

XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO

XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
26, 27, 28 y 29 de octubre de 2022

TOMO III



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



FACULTAD DE
DERECHO



UNC

Universidad
Nacional
de Córdoba



Editorial
Económicas



BANCOR

colección INVESTIGACIONES

XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO

XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

26, 27, 28 y 29 de octubre de 2022

TOMO III

COMPILADORES:

María Cristina Mercado de Sala, Jorge Fernando Fushimi,
María Fernanda Cocco, Isabel Luisa Alem de Muttoni,
Ricardo Javier Belmaña, María Laura Juárez



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



FACULTAD DE
DERECHO



UNC

Universidad
Nacional
de Córdoba



Editorial
Económicas



BANCOR

colección

INVESTIGACIONES

XV Congreso Argentino de Derecho Societario : XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa / Martín E. Abdala ... [et al.] ; compilación de María Cristina Mercado De Sala ... [et al.]. - 1a ed. - Córdoba : Editorial de la Facultad de Ciencias Económicas, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-48857-2-2 – Obra Completa

ISBN 978-987-48857-5-3 – Tomo III

1. Derecho Comercial . 2. Derechos Societarios . I. Abdala, Martín E. II. Mercado De Sala, María Cristina, comp.

CDD 346.0682

**Copyright Facultad de Ciencias Económicas
Universidad Nacional de Córdoba**

Bv. Enrique Barros s/n, Ciudad Universitaria X5000HRV
Córdoba, Argentina



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



Editorial
Económicas



Universidad
Nacional
de Córdoba

Licencia Creative Commons 4.0 internacional No Comercial.



El proceso de revisión de calidad, originalidad y pertinencia disciplinar de los textos contenidos en el presente material ha sido desarrollado por referentes académicos/as que no pertenecen a la Editorial.

Los trabajos publicados en este libro han sido transcritos literalmente de los originales enviados por sus autores/as, siendo de ellos/as la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

ISBN 978-987-48857-5-3



9 789874 885753

AUTORIDADES



Universidad
Nacional
de Córdoba

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Mgter. Jhon Boretto

VICERRECTORA

Mgter. Mariela Marchisio



FACULTAD DE
DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Dr. Guillermo Barrera Buteler

VICEDECANO

Dr. Edgardo García Chiple

SECRETARIA ACADÉMICA

Dra. Giselle Javurek

DIRECTOR DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

Dr. Efraín Hugo Richard

COORDINADORA ACADÉMICA DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

Prof. Soledad Pesqueira Nozikovsky



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

DECANA

Dra. Catalina Lucía Alberto

VICEDECANO

Dr. Ricardo Luis Descalzi

SECRETARIA DE ASUNTOS ACADÉMICOS

Dra. Rosa Argento

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE
CONTABILIDAD Y CIENCIAS JURÍDICAS

Mgter. Luis Ernesto Paiva

TITULAR CÁTEDRAS DE DERECHO PRIVADO II,
SOCIEDADES Y DERECHO EMPRESARIO

Prof. Jorge Fernando Fushimi



ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

PRESIDENTE

Dr. Armando S. Andruet (h)

VICEPRESIDENTA

Dra. Marcela Aspell

SECRETARIO

Dr. Juan Manuel Aparicio

TESORERO

Dr. Manuel Cornet

DIRECTOR DE PUBLICACIONES

Dr. Juan Carlos Palmero

REVISOR DE CUENTAS

Dr. Efraín H. Richard

PRESIDENTES HONORARIOS

Dr. Juan Carlos Palmero

Dr. Julio I. Altamira Gigena

INSTITUTO DE LA EMPRESA

DIRECTOR

Dr. Efraín H. Richard

VICEDIRECTOR

Dr. José Fernando Márquez

SECRETARIA ACADÉMICA

Prof. Luisa Isabel Borgarello

PROSECRETARIA ACADÉMICA

Prof. María Fernanda Cocco

EDITORIAL FCE

SECRETARIO GENERAL

Dr. Facundo Quiroga Martínez

SUBSECRETARIA GENERAL

Cra. Mariana Guardiola

DIRECTORA EDITORIAL

Dra. Mariana Funes

EQUIPO EDITORIAL

César Céliz

Carla Fernandez

Santiago Guerrero

Nicolás Ladydo

Paula Quiñones

CONSEJO EDITOR

Esp. Liliana Salerno

Dra. Claudia B. Peretto

Dra. Carina M. Borrastero

Bibl. Lucas S. Yrusta

Dra. Carola Jones

Lic. Pablo Calizaya

CONSEJO ASESOR ACADÉMICO

Dra. Leticia E. Tolosa

Lic. Sergio V. Barone

Dr. Juan M. Bruno

Esp. Norma Bertoldi

MAQUETACIÓN

Santiago Guerrero

ÍNDICE

COMISIÓN II: FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO, RESPONSABILIDAD,
CAUSALES DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

Tema 1: ÓRGANOS, INTEGRACIÓN, DE REPRESENTACIÓN, ADMINISTRACIÓN, GOBIERNO Y FISCALIZACIÓN. GESTIÓN. GOBIERNO CORPORATIVO. GUÍAS PARA EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO. CÓDIGOS DE CONDUCTA. FUNCIONAMIENTO DIGITAL Y A DISTANCIA DE LOS ÓRGANOS. ROBÓTICA EMPRESARIA. PLATAFORMAS DE GESTIÓN. HEADLESS COMMERCE-EMPRESAS DIGITALES.	19
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y REGLAS DE BUEN GOBIERNO Martín E. Abdala	21
EL OBJETO SOCIAL COMO TODA ACTIVIDAD LÍCITA Luis Felipe Aguinaga Baro	25
REUNIONES A DISTANCIA DE LOS ÓRGANOS DE LAS SOCIEDADES Luis Felipe Aguinaga Baro	29
BUEN GOBIERNO CORPORATIVO- DIGITALIZACIÓN COMO FACILITADOR EN LA DIVULGACIÓN Y TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN CONTABLE Daniel Albanesi y Paola Andrea Battistel Zamar	37
LA NECESIDAD DE REGULAR EL CONTRATO REMUNERATIVO DE LOS DIRECTORES Tomás J. Arecha	43
ASAMBLEAS Y REUNIONES DE DIRECTORIO POR VIDEOCONFERENCIA Daniel Balonas	55
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA REGULACIÓN DEL DIRECTORIO DE LA S.A. Gabriela Silvina Calcaterra	59
LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y LOS CRITERIOS DE SUSTENTABILIDAD Tomas Capdevila y Dolores Guzmán	65
¿EXISTE DELEGACIÓN DE FACULTADES POR PARTE DEL DIRECTORIO EN EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO? Tomas Capdevila y Dolores Guzmán	71

LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO CAUSADO POR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, COMO ALGORITMO COMPUTACIONAL O GOBERNANDO UN ROBOT, ES DE LA PERSONA PROPIETARIA Y SERÁ OBJETIVA. LAS LEYES DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LAS DISPOSICIONES DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, CONFIGURAN EL MARCO LEGAL Bernardo Pedro Carlino	79
EN LAS REUNIONES A DISTANCIA ES CONVENIENTE PREVER UN ARBITRAJE TÉCNICO VOLUNTARIO Bernardo Pedro Carlino	87
LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA POR FILTRACION DE DATOS EN REUNIONES VIRTUALES Daniel Alejandro Casella y María Alejandra Jurado	91
GOBERNANZA Y SOSTENIBILIDAD: INCORPORACIÓN DE FACTORES AMBIENTALES, SOCIALES Y DE GOBERNANZA (ASG) A LA TOMA DE DECISIONES Agostina Irene Coniglio y Contanza Connolly	95
EL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO COLEGIAL A DISTANCIA COMO PRESUPUESTO DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Verónica Escutti	103
EL PODER CAUTELAR DE LOS ÁRBITROS EN MATERIA SOCIETARIA. EL RETRASO QUE IMPORTA LA REGULACIÓN DEL CCYC. Patricia Andrea Fernández de Andreani	109
LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO OCULTO DEL ACCIONISTA María Noel Ferrer	113
DIRECTORIO, BIG DATA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL Luis Lapique	117
LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS PUEDE ABOCARSE A TRATAR CUESTIONES DE ADMINISTRACIÓN Liuba Lencova Besheva	121
ACTOS NECESARIOS PARA LA EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA -EL JUSTO MEDIO DE LA FACULTAD DE LOS LIQUIDADORES- Ariel Macagno	125
LA EMPRESA FAMILIAR EN BUSCA DE SU CONTINUIDAD Daniel Mansilla Muñoz	129

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO. SU NECESARIA REGULACIÓN POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Fernando Javier Marcos	135
LLEGO LA HORA DE PREVER LEGALMENTE LAS REUNIONES A DISTANCIA DEL ÓRGANO DE GOBIERNO POR MEDIOS SIMULTÁNEOS Javier Leandro Martínez Prieto	141
ACTUACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LAS SAS DE OBJETO AMPLIO Javier Miguel Mirande y Juan Pablo Orquera	147
ASAMBLEAS POR MEDIOS DIGITALES Federico Guillermo Netri	153
LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO POR JUSTA CAUSA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS María Victoria Perren de la Rúa	157
REMUNERACIÓN DE DIRECTORES DE SA ¿Y SI PROBAMOS CON LA RAZONABILIDAD? (HACIA LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO) Hernán Juan Francisco Racciatti	161
INHABILITACIÓN CONCURSAL Y LA CONTINUIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN EL CARGO Miguel Angel Raspall	169
LOS ESTADOS CONTABLES COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA APROBACIÓN DE GESTIÓN Juan Ignacio Recio	175
LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA QUE NO SE TOMAN POR ABUSO DE QUIENES VOTAN EN CONTRA Julia Villanueva	179
EL ART. 255 DE LA LGS INTERPRETADO A LA LUZ DEL ART. 263 DE LA MISMA LEY Julia Villanueva	183
LA NECESARIA SUBJETIVIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA PODER ACCEDER A LA INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS SOCIETARIOS Daniel Roque Vítolo	187

COMISIÓN II: FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO, RESPONSABILIDAD,
CAUSALES DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

Tema 2: CONFLICTOS INTRA E INTERORGÁNICOS. IMPUGNACIÓN DE DECISIONES Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE.	195
ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA REVOCACIÓN Y CONFIRMACIÓN DE RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS Gonzalo Luis Anaya	197
EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN DEL ART. 261 LGS Y EL CONTROL DE MÉRITO BASADO EN EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN Tomás Arecha	203
EL ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO SOCIETARIO Daniel Balonas	211
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR OMITIR TRATAR LOS ESTADOS CONTABLES EN EL PLAZO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 234 DE LA L.G.S María Barrau	215
LA ACCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS Y LA SUSPENSIÓN DE DECISIONES ASAMBLEARIAS José David Botteri y Diego Coste	219
LA INFLACIÓN Y LOS DERECHOS DEL SOCIO José David Botteri y Diego Coste	225
LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE GOBIERNO EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV Rafael F. Bruno	231
LA CAUCIÓN DEL ARTÍCULO 116 DE LA LEY 19.550 EN EL CASO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL CON DESPLAZAMIENTO Daniel Alejandro Casella y María Alejandra Jurado	233
DERECHO DE INFORMACIÓN. REGLAMENTACIÓN DEL EJERCICIO DEL EXAMEN DE LIBROS Y DOCUMENTACIÓN. SUJETOS LEGITIMADOS Albert E. Chamorro Hernández	237
PÉRDIDA DE LA CALIDAD DE ACCIONISTA DURANTE EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS Fernando G. D´Alessandro	243

LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS Y LA SITUACIÓN DE CRISIS DE LA EMPRESA Francisco Alberto Junyent Bas	245
RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES EN SOCIEDADES CERRADAS, EN CASO DE FALLECIMIENTO DE UN SOCIO Paula Elena Lage	251
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS. MEDIACIÓN, NEGOCIACIÓN COLABORATIVA Y ARBITRAJE EN CONFLICTOS INTRA E INTERSOCIETARIOS Ana Clara Marconi	257
LA NOVEDOSA ACCIÓN DE RENEGOCIACIÓN DEL ART. 1011 CCYC COMO HERRAMIENTA EN LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS Susana Monzó	267
ALCANCES DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL CONFLICTO SOCIETARIO Fernando Pérez Hualde	273
EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE DECISIONES ASAMBLEARIAS (HACIA LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO) Hernán Juan Francisco Racciatti	277
¿TUTELA DE LAS MINORÍAS O MAYORIZACIÓN DE LA MINORÍA?. EL “QUIZZ” DEL EQUILIBRIO ENTRE PROTECCIÓN DEL SOCIO Y EFICIENCIA DE LA EMPRESA SOCIAL. EL DEBER DE LEALTAD COMO REGLA DE COMPORTAMIENTO PARA EVITAR LOS ABUSOS EN LA SOCIEDAD CERRADA. (HACIA LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO) Hernán Juan Francisco Racciatti	285
UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LA FORMA LEGAL DE CONVOCATORIA A ASAMBLEA (HACIA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO) Hernán Juan Francisco Racciatti	291
HACIA UNA DIMENSIÓN PROTECTORIA DE LA EMPRESA Jaime Roig	297
CONFLICTOS DERIVADOS DE LA NO DISTRIBUCIÓN PERIÓDICA DE DIVIDENDOS. ALTERNATIVAS Alberto Antonio Romano	303
ARBITRAJE SOCIETARIO ¿ES OPONIBLE A TERCEROS? Lorena R. Schneider	311

COMISIÓN II: FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO, RESPONSABILIDAD,
CAUSALES DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

Tema 3: INTERVENCIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA DE SOCIEDADES. MEDIDAS CAUTELARES.

317

INTERVENCIÓN DE SOCIEDADES EN PROCESOS DE FAMILIA

Daniel Balonas

319

LA INTERVENCIÓN SOCIETARIA COMO ACCIÓN AUTÓNOMA

Andrea Belmaña Llorente

321

INTERVENCIÓN JUDICIAL SIN REMOCIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.
SUPUESTOS DE VIABILIDAD

Fernando G. D´Alessandro y Laura Filippi

327

NECESIDAD DE REVISAR PAUTAS DE INTERPRETACIÓN PARA LA REGULACIÓN DE
HONORARIOS EN LAS INTERVENCIONES JUDICIALES

Carolina Ferro

331

REGULACIÓN, SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LA LEGALIDAD SOCIETARIA
DE LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO, BURSÁTIL
Y PREVISIONAL EN EL PERÚ

Julio Hernán Figueroa Bustamante

335

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES FUERA DEL
RÉGIMEN DE LA LEY ESPECIAL

Marcela Claudia Frenquelli

339

EL VALOR DE LAS CAUTELARES EN MATERIA SOCIETARIA

Marcela Claudia Frenquelli

343

INTERVENCIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES. INFORMES DEL VEEDOR

Guillermo Andrés Marcos

349

INTERVENCIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES. MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA

Pablo Ernesto Mármol

351

SUSPENSIÓN JUDICIAL DE CONVOCATORIA A ASAMBLEA POR PARTE DEL
ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. SUPUESTOS

Pablo Ernesto Mármol

357

INTERVENCIÓN JUDICIAL AUTOSATISFACTIVA EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES
URUGUAYAS

Ricardo Olivera Garcia y Claudia Vallarino

361

COMISIÓN II: FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO, RESPONSABILIDAD,
CAUSALES DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

**Tema 4: RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.
RESPONSABILIDAD DE INTEGRANTES DE ÓRGANOS. RESPONSABILIDAD
EN LA LGS, EN LEY DE MERCADO CAPITALES Y SEGÚN LA ACTIVIDAD.
RESPONSABILIDAD CIVIL Y COMERCIAL, PENAL Y CONCURSAL.**

371

MORIGERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR
APLICACIÓN DE LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

Martín E. Abdala

373

SOCIO OCULTO: UN INSTRUMENTO DEFRAUDATORIO. ACCIÓN AUTÓNOMA

Eduardo Antinori y Natalia Romero

377

SOCIO OCULTO: UN INSTRUMENTO DEFRAUDATORIO. PRINCIPIOS DEL CCCN

Eduardo Antinori y Natalia Romero

381

IMPACTO DE LA PANDEMIA CON MOTIVO DEL COVID 19 EN LA
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Ricardo Javier Belmaña

387

OPONIBILIDAD DE DESIGNACIÓN NO INSCRIPTA DE ADMINISTRADOR DE
SOCIEDAD POR CONOCIMIENTO EFECTIVO DEL TERCERO

Adriana Beatriz Blanco

393

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINSTRADOR

Agustina Bolatti

397

RESPONSABILIDAD DE SOCIOS ANTE LA AUSENCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA

Gabriela Fernanda Boquin

405

SOBRE ACTIVIDAD ILÍCITA

Marcelo Camerini y Efraín Hugo Richard

409

RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES: LA SOLIDARIDAD ES LA EXCEPCIÓN
NO LA REGLA

Ricardo Cony Etchart

417

LA EXCEPCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA. UNA LÍNEA ORIENTATIVA EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE Ariel Ángel Dasso	421
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA CON OBJETO PROHIBIDO EN RAZÓN DEL TIPO Franco Javier De Grandis	427
¿LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD DE LA SECCIÓN IV ES DIRECTA O SUBSIDIARIA? Romina Di Salvo	433
LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS EN EL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES URUGUAYO Alicia Ferrer	437
LA ¿NO? RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DEL ESTADO Santiago Nicolás Lorenzatto	439
LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES José Fernando Márquez y Efraín Hugo Richard	445
ACCIONES INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD, ¿PORQUE NO? ESPECIAL MENCIÓN AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES Miguel Gerardo Martínez	451
RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV Y EXTENSIÓN DE QUIEBRA NicolásLionel Musso	457
CUESTIONAMIENTOS A LA PARTICIPACIÓN DEL SÍNDICO COMO REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD EN EL PROCESO PENAL Ignacio Olivari	463
RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LA SOCIEDAD DISUELTA Y NO LIQUIDADADA QUE CONTINÚA DESARROLLANDO SU OBJETO Fernando Pérez Hualde y Efraín Hugo Richard	469
LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA SINDICATURA EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Carlos Alberto Raffo	473
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY 27.401 Y SU CRITERIO DE IMPUTACIÓN PENAL Nicolás Daniel Ramírez	477

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR EL “DAÑO INDIRECTO” A LOS SOCIOS Pedro Sánchez Herrero	483
RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES ORGÁNICOS DE LA SAS Pedro Sánchez Herrero	491
PUEDEN DEJARSE SIN EFECTO LOS DEBERES DE LEALTAD Y DILIGENCIA EN LAS SAS? Lorena R. Schneider	499
VIABILIDAD DEL “QUITUS SELECTIVO” Julia Villanueva	507
EL DILEMA DE LAS PENAS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Daniel Roque Vítolo	511
LA INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL DE SOCIEDADES ES INCONSTITUCIONAL Daniel Roque Vítolo	519

***Por un nuevo Derecho Societario:
Libertad bajo responsabilidad***

*Generar nuevas visiones sobre
normas vigentes, cambio de ideas y
paradigmas que permitan ajustar
las organizaciones actuales a los
requerimientos de desarrollo del país.*

COMISIÓN II:
FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO,
RESPONSABILIDAD, CAUSALES
DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

Tema 1:

**ÓRGANOS, INTEGRACIÓN, DE
REPRESENTACIÓN, ADMINISTRACIÓN,
GOBIERNO Y FISCALIZACIÓN. GESTIÓN.
GOBIERNO CORPORATIVO. GUÍAS PARA
EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.
CÓDIGOS DE CONDUCTA.
FUNCIONAMIENTO DIGITAL
Y A DISTANCIA DE LOS ÓRGANOS.
ROBÓTICA EMPRESARIA. PLATAFORMAS
DE GESTIÓN. HEADLESS COMMERCE
-EMPRESAS DIGITALES.**

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS Y REGLAS DE BUEN GOBIERNO

Martín E. Abdala

SUMARIO

1. La imputación de responsabilidad a un administrador societario presupone que éste haya incumplido una obligación y detectar cuál fue el deber soslayado es una tarea difícil, porque en el derecho argentino no hay una norma jurídica o un digesto que precisen cuáles son las obligaciones de comportamiento de esos managers.
2. El uso de cláusulas generales de responsabilidad (como los arts. 59 y 274 de la LGS y a los arts. 1749 y cctes. del Código Civil y Comercial) para justificar imputaciones de responsabilidad que no encuentran un claro enclave en el ordenamiento jurídico conlleva el riesgo de tomar decisiones basadas en la equidad, con el alto grado de incertidumbre jurídica que ello provoca.
3. Es evidente la importancia de precisar cuáles son las obligaciones que deben satisfacer los administradores (no sólo los de las sociedades cotizantes, sino los de todos los tipos societarios) cuya inobservancia conducirá a la imputación de responsabilidad y las reglas de buen gobierno corporativo, más allá del objetivo originario para el cual fueron creadas, son útiles para lograr ese objetivo.
4. Un primer grupo de estas reglas surgen por la decisión de la misma empresa (autorregulación) y pueden ser consideradas obligatorias, reconociendo su imperatividad un origen o fuente contractual.
5. Un segundo grupo de reglas incluye a las que derivan de una disposición legal y pueden clasificarse en: las sugerencias, que tienen objetivo aconsejar la conducta esperada en la conducción de la firma y, por no ser imperativas, pueden ser soslayadas sin mayores consecuencias; las recomendaciones, que tienen un objetivo casi idéntico las anteriores, pero difieren en su imperatividad, pues exigen que se realicen los máximos esfuerzos para satisfacerlas y, si no se lo hace, obligan a explicar del soslayo, siendo discutidas las consecuencias de su inobservancia y finalmente las obligaciones, que tienen un carácter residual, precisan los deberes genéricos de conducta, son imperativas y su inobservancia puede conducir a una imputación de responsabilidad.
6. En Argentina algunas empresas tomaron la iniciativa de prever normas de comportamiento que pueden ser consideradas como reglas de buen gobierno corporativo y, como fueron creadas por las propias firmas, pertenecen al primero de los grupos de nuestra clasificación (es decir a las reglas que surgen de una autorregulación), con una imperatividad de origen contractual y cuya inobservancia puede conducir a una imputación de responsabilidad.
7. En cuanto a las reglas del segundo grupo, si bien el ordenamiento jurídico argentino no cuenta con un código de buen gobierno corporativo, hay diferentes normas jurídica positivas que prevén algunas de esas reglas, como por ej. el decreto nro. 677 y ley de mercado de capitales 26.831.
8. Las previsiones del derecho positivo argentino son rudimentarias y sería deseable, de lege ferenda, que se sancione un código de buen gobierno corporativo, aplicable a todos los tipos societarios y que prevea con claridad, puntiliosidad y precisión las obligaciones que deben satisfacer los administradores de sociedades.

PONENCIA

I. Introducción

La imputación de responsabilidad a un administrador societario presupone que éste haya incumplido

una obligación¹. Detectar cuál fue el deber soslayado es una tarea en muchas ocasiones difícil, lo que obedece principalmente a que, en el derecho argentino, no hay una norma jurídica o un digesto que precisen cuáles son las obligaciones de comportamiento de esos managers.

Ante esa dificultad, la doctrina y la jurisprudencia recurren con frecuencia para fundar la sindicación del deber resarcitorio a los arts. 59 y 274 de la LGS y a los arts. 1749 y cctes. del Código Civil y Comercial (antes art. 1109 del Código Civil). Pero resulta que esas normas son cláusulas generales de responsabilidad sumamente imprecisas y su utilización puede convertirlas en un “cajón de sastre” al que se recurre para justificar imputaciones de responsabilidad que de otra manera no encontrarían un claro enclave en el ordenamiento jurídico y que estarían basadas en la equidad, con el alto grado de incertidumbre jurídica que ello provoca.

Es entonces evidente la importancia que tiene precisar cuáles son las obligaciones que deben satisfacer los administradores societarios, cuya inobservancia conducirá a la imputación del deber resarcitorio, siempre que, claro está, se satisfagan los extremos que prevé teoría general de la responsabilidad civil². A pesar de los esfuerzos realizados para lograr ese cometido, subsisten un cúmulo de situaciones en las que es dudoso el comportamiento debido, muchas de las cuales incluso provocan calurosas discusiones doctrinarias.

En ese escenario irrumpen las reglas de buen gobierno corporativo que, en nuestra opinión y más allá del objetivo originario para el cual fueron creadas, son útiles para precisar las obligaciones que deben satisfacer los administradores (no sólo los de las sociedades cotizantes, sino los de todos los tipos societarios)³ y, de esa manera, complementar el sistema de responsabilidad de quienes gobiernan la empresa.

Las reglas de buen gobierno corporativo (corporate governance) reconocen sus antecedentes en el derecho anglosajón, donde aparecen a principios del siglo pasado. Ellas representaban una herramienta de protección del inversor, pues le permitían acceder a la información necesaria para poder conocer la realidad económica y financiera de las firmas a las que confiaban su capital; eran un adecuado instrumento para lograr ciertos estándares de comportamientos debidos por los administradores societarios; y eran útiles para fomentar la participación de los pequeños y medianos inversores en el mercado de capitales, lo que contribuía a lograr estabilidad e integridad en la plaza financiera y a mejorar la capacidad funcional o eficiencia del mercado⁴.

II. Reglas dictadas por autoregulación

Existen dos grandes grupos de reglas de buen gobierno corporativo: el primero reúne a las que son producto de la autorregulación empresarial y el segundo a las que derivan de una disposición legal.

La imperatividad del primer grupo de reglas generó controversias por surgir de la propia decisión de la empresa y por tratarse de una “autoregulación” prevista para precisar la manera en que deberán comportarse los administradores societarios.

Un sector de la doctrina considera que, al estar previstas en una norma que integre ordenamiento po-

¹ La responsabilidad sigue a la obligación como si fuera su sombra. Conf. Larenz, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts*, 12a. ed., Munich 1979, p. 21.

² Es decir, la existencia de un hecho antijurídico, el daño, la relación de causalidad y un factor de imputación. Véase al respecto, en general y por todos, Bustamante Alsina, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 4ta. ed., Abeledo-Perrot, Bs. As. 1983.

³ Conf. Alegría, Héctor: *Corporate Governance (El buen gobierno corporativo)*, Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 2007-E, p. 1364 y sgtes.

⁴ Con relación a la importancia de la protección de la eficiencia del mercado de capitales (Funktionenschutz) y la protección al inversor (Anlegerschutz), véase por ej. Abdala, Martín E.: *La Regulación Jurídica de los Fondos de Inversión en el Derecho Alemán*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Madrid, Enero-Marzo 1998, p. 135 y sgtes.; Assmann, Heinz-Dieter: *Konzeptionelle Grundlagen des Anleger-schutzes*, Zeitschrift für Bankrecht und Betriebswirtschaft, 1989, nro. 2, p. 61 y sgtes.; Schwintowski, Hans-Peter / Schäfer, Frank A.: *Bankrecht, Commercial Banking - Investment Banking*, ed. Carl Heymanns Verlag, Colonia 1997, § 11 nro. 66 y sgtes.

sitivo, esas reglas del primer grupo debían ser considerárselas "voluntarias" o "facultativas", con lo que su observancia sería optativa, solo comprometería moralmente a la sociedad y su incumplimiento no podría conducir a una imputación de responsabilidad, sino -a lo sumo- a cierta repercusión económica, por el potencial descrédito de la empresa ante la inobservancia de ese suerte de soft law⁵.

Nosotros discrepamos con esa tesis y creemos que, cuando la sociedad por decisión propia sanciona una regla de buen gobierno corporativo, ella sale de su esfera de dominio y se convierte en una obligación, cuya imperatividad no reconoce un origen o fuente legal, sino contractual y, si no se la cumple, pueden abrir el camino a una imputación de responsabilidad para lograr el resarcimiento de los daños que pudiera haber provocado ese soslayo.

III. Reglas derivadas de normas positivas

El segundo grupo de reglas de buen gobierno corporativo abarca a todas aquellas que derivan de una disposición legal. En muchos casos las reglas que pertenecen a este segundo grupo nacieron como una autorregulación empresarial (reglas del primer grupo) y fueron adoptadas e incorporadas al derecho positivo. Estas normas tienen diferentes grados de obligatoriedad o imperatividad, lo que permite clasificarlas en tres categorías: las sugerencias, las recomendaciones y las obligaciones.

Las denominadas sugerencias son aquellas reglas que tienen como único objetivo aconsejar la conducta esperada por la comunidad económica en la organización de la empresa o en ciertas situaciones que se presenten en la conducción de la firma. Este tipo de reglas utilizan normalmente la expresión "debería", que no es otra cosa que recurrir al verbo "deber", pero sustituyendo el presente del indicativo por un condicional de cortesía, para mitigar la obligatoriedad. Son reglas no imperativas, que pueden ser soslayadas por la empresa y por sus administradores, sin que sea necesario siquiera que se de una explicación de las razones por las que se decidió apartarse de las mismas. Como obvia consecuencia de ello, el soslayo de estas sugerencias no tiene consecuencia alguna, no implicará un descrédito de la empresa en el mercado, ni podrá, mucho menos, conducir a una imputación de responsabilidad a los administradores societarios, siendo incluso su imperatividad inferior a las reglas de autorregulación empresarial pertenecientes al primer grupo.

Las llamadas recomendaciones, a semejanza de las sugerencias, también señalan la conducta esperada en la organización y conducción de la empresa, pero -a diferencia de ellas- tienen cierto grado de imperatividad, razón por la que se utiliza el verbo "debe" u otras construcciones verbales de similar significado como por ejemplo "está obligada", "está compelida", etc. Por esa imperatividad relativa la sociedad puede apartarse de las recomendaciones, pero a diferencia de lo que ocurre con las sugerencias, se le exige que realice los máximos esfuerzos para satisfacerlas y, si finalmente no las cumple, debe explicar las razones del soslayo, por el principio denominado *comply or explain* (cumpla o explique). Si la empresa no cumple y tampoco explica las razones (o lo hace de forma insatisfactoria) tendrá una consecuencia económica, pues ese comportamiento generará desconfianza del mercado. La posibilidad de que ese incumplimiento conlleve a una imputación de responsabilidad es discutida: un sector de los autores, al que adherimos, sostiene que la inobservancia de las recomendaciones sin una adecuada explicación abre el camino a la sindicación del deber resarcitorio y otro sector de la doctrina afirma que no lo hace, aunque reconoce que ellas son un "tertium genus", pues si bien pueden o no cumplirse, si no se lo hace, obligan a informarlo y a explicar las razones del soslayo⁶.

5 Conf. Kort, Michael: *Corporate Governance-Fragen der Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats bei AG, GmbH und SE, Die Aktiengesellschaft*, ed. Otto Schmidt, Colonia, Alemania, nro. 5/2008, p. 138 y, entre nosotros, Junyent Bas, Francisco/Izquierdo, Silvana: *Responsabilidad de los administradores societarios*, Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 2007-E, p. 1119 y sgtes.

6 Conf. Alegría, Héctor: *Corporate Governance (El buen gobierno corporativo)*, Revista Jurídica Argentina La Ley, t. 2007-E, p. 1364 y sgtes.

Finalmente, las obligaciones, en algunos casos, precisan y especifican deberes genéricos de conducta impuestos por el ordenamiento jurídico a las empresas y a sus administradores y, en otros supuestos, consagran nuevas exigencias. A este tercer subgrupo se le otorga un carácter residual, de modo tal que todas aquellas reglas de buen gobierno corporativo que no precisen ser de cumplimiento sugerido o recomendado (las sugerencias y las recomendaciones), son consideradas obligaciones. Como este tipo de reglas están positivizadas, las conductas exigidas en ellas son imperativas (lo que originariamente eran pautas de conducta se convierten en reglas de actuación) y no se equiparan a deberes morales sino a reglas legales, razón por la que su inobservancia puede conducir a una imputación de responsabilidad incumplimiento.

IV. Las reglas del gobierno corporativo en el derecho argentino

En Argentina algunas empresas tomaron la iniciativa de prever normas de comportamiento que pueden ser consideradas como reglas de buen gobierno corporativo y, como fueron creadas por las propias firmas, pertenecen al primero de los grupos de nuestra clasificación (es decir a las reglas que surgen de una autorregulación), con una imperatividad de origen contractual y cuya inobservancia puede conducir a una imputación de responsabilidad.

En cuanto a las reglas del segundo grupo, si bien el ordenamiento jurídico argentino no cuenta con un código de buen gobierno corporativo, hay diferentes normas jurídicas positivas que prevén algunas de esas reglas. Entre esas normas se destacó el decreto nro. 677, conocido con el nombre "Régimen de Transparencia de la Oferta Pública" que fue sancionado en el año 2001 y que fue luego complementado por diferentes resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, que preveían sugerencias, recomendaciones y obligaciones⁷. La ley de mercado de capitales 26.831, derogó en 2012 el decreto 677 y, junto con el decreto reglamentario nro. 1023 del año 2013 y las posteriores resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, regulan hoy las cuestiones vinculadas a las reglas de buen gobierno corporativo de manera similar a sus antecedentes legislativos.

Como podemos ver, las previsiones del derecho positivo argentino en esta materia son rudimentarias e insuficientes y sería deseable, de lege ferenda, que se sancione un código de buen gobierno corporativo, que sea aplicable no solo a las cotizantes, sino a todos los tipos societarios previstos por el ordenamiento jurídico argentino y que -entre otras cosas- prevea con claridad, puntiliosidad y precisión las obligaciones que deben satisfacer los administradores de sociedades.

⁷ Véase al respecto Vanasco, Carlos A.: *Sociedades Comerciales*, ed. Astrea, Buenos Aires 2001, p. 34 y sgtes.; Gagliardo Mariano: Régimen de Transparencia de la Oferta Pública (Decreto 677/2001) y Ciertos Alcances en la Ley 19.550 (T.O. Decreto 841/1984), *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 2001-E, pág. 866 y sgtes.

EL OBJETO SOCIAL COMO TODA ACTIVIDAD LÍCITA

Luis Felipe Aguinaga Baro

SUMARIO

La inclusión del objeto plural y amplio como elemento esencial de las sociedades por acciones simplificadas por la LACE, obliga a revisar el concepto y la función del objeto social. La evolución del concepto del objeto social permite considerar el objeto de las sociedades como toda actividad lícita y de esa forma, equiparar la actuación de las sociedades con la actuación de las personas humanas.

a) Introducción

La sanción de la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, introdujo novedosos criterios de flexibilidad contractual basados principalmente en la autonomía de la voluntad. Tal como lo manifiesta el mensaje de elevación del proyecto de ley: “Dotar a las sociedades de un instrumento legal adecuado y eficaz que permitirá su desenvolvimiento en armonía con las actuales condiciones del tráfico mercantil”.

El presente trabajo de investigación abordará el análisis del objeto social de las sociedades, su evolución, y se propondrá una alternativa para brindar mayor certeza a la actuación de las sociedades en el tráfico mercantil.

Se considera al objeto social como el conjunto de actos o actividades descriptas en el contrato social, enderezados a la consecución de los fines y objetivos que motivaron la constitución de la sociedad. No resulta necesario ahondar sobre una antigua discusión respecto a que el objeto social no determina la capacidad de la sociedad, sino los actos que se le imputan como propios. Afirmación ratificada por el artículo 141 CCyC que les confiere a las personas jurídicas aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación. Ello permitió arribar a la conclusión que la capacidad de las personas jurídicas va más allá de las actividades que puedan estar incluidas en el objeto social, abarcando todo aquello que se encuentre justificado por los fines de su creación¹. El elemento agregado por la norma citada sobre “los fines de su creación” refiere a un ámbito de actuación más amplio que los actos o actividades previstas en el objeto social.

La finalidad de lo descripto en el párrafo anterior consiste en otorgar una mayor seguridad jurídica al tráfico comercial a través de una amplia imputación de actos a la sociedad. Ello brindará certeza tanto a terceros contratantes con la sociedad, ya sea en forma voluntaria o no, como así también a los socios. En virtud de esta concepción, una mayor cantidad de actos realizados por los administradores societarios serán imputados a la sociedad, asemejando su actuación a la de las personas humanas.

b) El objeto social en el sistema jurídico argentino

El objeto social como elemento esencial de las sociedades, se encuentra conformado por

¹ Villanueva, Julia, El objeto social y la capacidad de las sociedades, XIII Congreso Argentino y IX Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, año 2016.

los actos o categorías de actos que la sociedad podrá desarrollar durante su existencia. Es decir, contiene la descripción de la actividad que la sociedad desarrollará a los efectos de alcanzar el fin para el cual creada.

Respecto a sus funciones, la doctrina afirmaba que el objeto social poseía una función de garantía que se proyectaba en tres dimensiones, a saber: la primera, propia de la sociedad, delimitaba su ámbito de actuación; la segunda, interna, tiende a limitar la actuación de los administradores a los efectos de proteger a los socios y el patrimonio social frente a actividades que no fueron autorizadas; y la tercera, que es externa, permite a los terceros conocer la imputabilidad a la sociedad de los actos que los administradores realicen².

La Ley General de Sociedad no adopta el modelo del “ultra vires” relacionado con el principio de especialidad que determinaba que solo resultaban imputables al ente los actos expresamente previstos en el objeto social. Por el contrario, en su artículo 58 LGS dispone que los administradores o representantes obligan a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Ello implica un mayor campo de actuación que el previsto en la doctrina del “ultra vires”, toda vez que la sociedad quedará obligada no solo por los actos o categorías de actos previstos en el objeto social, sino que por todos aquellos que no sean notoriamente extraños a estos.

Sin embargo, como contrapeso a los dispuesto por la norma citada, el artículo 11, inciso 3, LGS dispone que el objeto social deber ser preciso y determinado. Ello trajo aparejado numerosas consecuencias poco felices sobre la amplitud que debe tener el objeto, incluso llega al rechazo de la inscripción de sociedades por parte del órgano de contralor debido a que el objeto no se ajusta a los criterios de precisión exigidos por la LGS. Y aun mas, la resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia exigía la implementación del objeto único. Dicha limitación respondía también a una interpretación que realizaba el registrador, por la que se exigía de manera arbitraria una adecuación entre el objeto y el capital social. Postura que recibió la crítica mayoritaria de la doctrina y que fue dejada de lado en el derecho comparado; cuestión a la que apuntan las reformas de nuestro sistema jurídico, sobre todo a partir de la sanción de la Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor.

c) El objeto social en la LACE

La LACE dispone que el objeto social podrá ser amplio y plural. Esta fórmula responde a una evolución de las legislaciones del mundo, que buscan equiparar la actuación de las sociedades con la actuación de las personas humanas. Ello obliga no solo a repensar el concepto y la función del objeto social, sino a reconsiderarlo como elemento esencial del contrato de sociedad.

Así las cosas, en su artículo 36 la LACE requiere en el instrumento constitutivo “la designación de su objeto, el que podrá ser amplio y plural. Las actividades que lo constituyan podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas.” Como se advierte en primer lugar, se suprime la obligación de enunciar en forma clara y precisa las actividades incluidas en el objeto, el que podrá ser amplio. De esta manera la noción de objeto único que se pretendió instalar queda descartada.

Por otro lado, el artículo 51 LACE dispone que el representante de la sociedad podrá celebrar y ejecutar todos los actos comprendidos en el objeto social o que se relacionan directa

² Ramírez, Alejandro, El Objeto Social en la Sociedad por Acciones Simplificada, La Ley 2018-B, Buenos Aires, 18/04/2018.

o indirectamente con el mismo. La incorporación de esta norma, permite extraer a priori dos conclusiones. En primer lugar, se permite celebrar y ejecutar todos los actos inmersos en el objeto social o relacionados en forma directa o indirecta con éste. Y en segundo lugar, si el objeto social puede ser amplio y plural conforme se establece en la LACE, le permite a los administradores o representantes de la SAS prácticamente la ejecución de cualquier actividad. De esta manera, se amplía el ámbito de imputación de actos a la sociedad, equiparando las mismas con las personas humanas³.

La postura descripta *ut supra* a favor del objeto amplio se contraponen a la teoría de la especialidad del objeto social, por la cual los administradores de la sociedad se encontraban solamente facultados a llevar a cabo las actividades descriptas en el objeto social.

d) El objeto social como toda actividad lícita

En este marco normativo y dada la tendencia mundial de incluir el concepto de objeto amplio, es donde se propone como alternativa incluir como objeto de la sociedad a “toda actividad lícita”, asemejando el ámbito de actuación de las sociedades a las personas humanas. Ello permite a priori imputar a las sociedades toda actuación realizada por sus administradores o representantes, garantizando mayor seguridad jurídica en el tráfico comercial y otorgando certeza a los terceros de que tales actuaciones fueron efectivamente ejecutadas por la sociedad.

De esta manera, en principio no existirían actos no puedan ser imputados a la sociedad, toda vez que los actos realizados por los administradores será atribuidos a la sociedad salvo que los mismos adolezcan de algún vicio de nulidad propio del derecho privado.

Se pueden citar algunos antecedentes normativos a esta idea que se propone. La nueva ley modelo de sociedades de capital en Estado Unidos, dispone que excepto que el estatuto prevea una limitación, toda sociedad tendrá como objeto social “cualquier actividad comercial lícita”. UNCITRAL aconseja para este tipo de sociedad la posibilidad de realizar “cualquier actividad lícita”. Similar postura asume la OEA, en la ley modelo SAS, donde recomienda que la sociedad podrá realizar “cualquier actividad comercial o civil lícita, con ánimo de lucro”⁴.

Finalmente, en cierta evolución personal a esta idea que se propone, no se descarta aceptar la derogación de las normas que requieren al objeto social como elemento esencial del contrato de sociedad. Es decir, la derogación del inciso 3 del artículo 11 de la ley 19.550 y la derogación del inciso 6 del artículo 36 LACE. Ello implica que las sociedades equipararan su campo de actuación al de las personas humanas y que ello solamente pueda ser limitado por los fundadores en el contrato social. En virtud de lo expuesto, ante la inexistencia de disposiciones contractuales que limitan la actuación de la sociedad, el principio general indicaría que todos los actos realizados por los administradores serán imputados a la sociedad.

³ Ramírez, Alejandro, El Objeto Social en la Sociedad por Acciones Simplificada, La Ley 2018-B, Buenos Aires, 18/04/2018.

⁴ Ramírez, Alejandro, El Objeto Social en la Sociedad por Acciones Simplificada, La Ley 2018-B, Buenos Aires, 18/04/2018.

REUNIONES A DISTANCIA DE LOS ÓRGANOS DE LAS SOCIEDADES

Luis Felipe Aguinaga Baro

SUMARIO

Las personas jurídicas privadas y, en especial las sociedades, poseen la facultad de adoptar resoluciones a través de sus órganos mediante la realización de reuniones a distancia, recurriendo al empleo de medios mecánicos o plataformas digitales que permiten la comunicación simultánea de los participantes. Este régimen de reunión de los órganos puede ser previsto en el contrato social de las sociedades, y aun no previsto, a lo largo del presente trabajo se demostrará que los órganos de las sociedades gozan igualmente de tales derechos.

a) Antecedentes normativos

En el año 2.015, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que dio lugar a la unificación del derecho privado, se incorporó una teoría general de las personas jurídicas privadas, tan esperada por la doctrina, que reguló entre otras cosas, la forma de adoptar resoluciones contemplando nuevos supuestos derivados del avance de la tecnología en la actividad comercial.

El artículo 158 CCyC dispone que el estatuto de la persona jurídica debe contener, entre otras cuestiones, las normas que regulen el funcionamiento de sus órganos de gobierno y administración, pero que en ausencia de previsiones especiales, se aplicará subsidiariamente la siguiente regla: si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse¹.

La norma permite extraer dos conclusiones a priori: se impone el deber de contener reglas sobre el funcionamiento de sus órganos de administración y representación, órgano de gobierno, y si la ley la exige, sobre la fiscalización interna; y en segundo lugar, establece la aplicación subsidiaria en caso de ausencia de previsión estatutaria, de un sistema para realizar reuniones no presenciales del órgano de gobierno si se cumplen los siguientes requisitos: a) todos los que participen del acto deben consentir el uso de medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos; b) el acta correspondiente deberá ser suscripta por el presidente y otro administrador; c) en el acta deberá indicarse la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse². Si bien no lo establece expresamente, se coincide con la doctrina en afirmar que esta norma puede ser aplicada también al resto de los órganos de las personas jurídicas privadas.

¹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994.

² Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994.

De este modo, el CCyC prevé una regla subsidiaria que privilegia la voluntad de llevar a cabo la reunión por parte de las personas legitimadas para ello, sobre el requisito formal de su presencia física en el lugar donde se celebre la misma ³. Deja de ser imprescindible la presencia física de los miembros del órgano, y se computa a los efectos del quórum y mayorías para adoptar resoluciones a todos los asistentes, ya sea que participen en forma física o a través de otro mecanismo no presencial, poniéndose acento en la simultaneidad de las comunicaciones entre quienes deben deliberar y adoptar decisiones. Con esta solución incorporada por la Ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial, la legislación en forma genérica se aleja de la presencialidad como requisito esencial para la validez de los actos orgánicos.

Previo a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2001 mediante el Decreto 677/01 que modificó el artículo 65 de la vieja Ley 17.881 de Sistema de Oferta Pública de Valores, se admitió la posibilidad de que el órgano de administración pudiera llevar a cabo reuniones con parte de sus miembros a la distancia. Posterior a ello, la Ley 26.831 de Mercado de Capitales en su artículo 61 dispone que el órgano de administración de las entidades emisoras podrá funcionar con los miembros presentes o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras cuando así lo prevea el estatuto social. Si bien la doctrina entiende a las normas citadas como antecedentes a lo que posteriormente vendría, no se debe perder de vista que tales normas resultaban de aplicación exclusiva a las sociedades amparadas por la Ley de Mercado de Capitales.

Por su parte, luego de la sanción del CCyC y con motivo de la emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19, algunos organismos de contralor, dependientes del Poder Ejecutivo de cada jurisdicción, han procedido a dictar resoluciones dentro de sus facultades reglamentarias (Poder de Policía), tendientes a regular las reuniones a distancia de los órganos de las sociedades y de las demás personas jurídicas.

La primera apreciación sobre estas resoluciones dictadas con motivo de la emergencia sanitaria resulta positiva en sentido que, a pesar de resultar innecesarias por aplicación de la ley de fondo (artículo 158 CCyC) como se explicará a lo largo de la presente investigación, constituyen una guía orientadora e interpretativa para la realización de reuniones a distancia por parte de los órganos de las personas jurídicas privadas.

Sin embargo, existe un elemento temporal vinculado a su vigencia, ya que la validez de las reuniones ha sido prevista durante la prolongación del periodo de emergencia sanitaria. Transcurrido este periodo únicamente se aceptarán la celebración de las reuniones del órgano de administración o de gobierno celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos expresamente así lo prevean ⁴.

b) Las reuniones a distancia y la LGS

Incorporada en la norma de fondo la posibilidad de realizar reuniones a distancia por parte de los órganos de las personas jurídicas, conviene ingresar en el análisis sobre su aplicación en la Ley General de Sociedades.

Resulta pacífica la doctrina respecto a la realización de reuniones a distancia de sus órganos cuando ello se encuentra previsto en el contrato social. Ahora bien, distinta resulta tal

³ Bárbara V. Ramperti & María Laura Bolatti, Reuniones a distancia en Argentina, Errepar online.

⁴ Resolución 743 DPJ, Dirección de Personas Jurídicas, Provincia de Mendoza, año 2.020.

posibilidad frente a la ausencia de regulación.

Una porción de la doctrina sostiene que esta norma analizada del CCyC no resultaría aplicable a la sociedad anónima, por lo que este tipo societario carecería de facultades para realizar reuniones a distancia en caso de no haberlo previsto en el estatuto. Fundamentan tal afirmación en el régimen jerárquico aplicable a las normas en juego que establece el artículo 150 CCyC “por el cual tienen prelación las normas imperativas de la ley especial por sobre las imperativas del CCyC y las normas supletorias de la ley especial por sobre las del CCyC. Dicho orden de prelación sólo es alterado por las normas del acto constitutivo y los reglamentos de las personas jurídicas que son aplicables sobre las normas supletorias de ambos regímenes legales. Por lo expuesto, ante una regulación expresa de la LGS sobre la celebración de las asambleas de accionistas, como es el caso de los Artículos 233 y siguientes de la LGS, éstas prevalecen por sobre las normas del CCyC para las personas jurídicas”⁵.

En virtud de ello, si bien la norma de la ley especial no prohíbe de forma expresa la participación del accionista por medios de comunicación a distancia, los artículos 243 y 244 LGS, que refieren al quórum necesario para la constitución de las asambleas, utilizan la palabra “presencia” para la primera convocatoria, y luego utilizan las palabras “presentes” y “concurencia” para la segunda convocatoria. Estos artículos mencionados de la norma especial tienen aplicación preeminente por sobre las normas del CCyC, y por su redacción, no autorizan la realización de reuniones a distancia por parte del órgano de gobierno de la sociedad anónima.

Ahora bien, planteada así esta postura doctrinaria, en primer lugar se debe determinar el carácter de las normas en juego de la ley especial y del CCyC. Para ello es dable repasar lo que se entiende por normas imperativas y supletorias en el derecho societario, y realizar una breve apostilla sobre el concepto de orden público.

Existen normas que interesan a la sociedad, dictadas en su beneficio y sustraídas de la libertad privada, y existen otras normas dictadas solo en beneficio de los particulares, que no se imponen obligatoriamente y pueden ser dejadas de lado por estos. A su vez, el orden público aparece como una limitación al principio de autonomía de la voluntad, incorporado al derecho con el fin de proteger intereses sociales que trascienden las relaciones jurídicas entre las partes. En cada caso se debe analizar el objeto perseguido por el legislador con la norma, y que interés protege⁶.

Sobre esta clara idea, se puede sostener que las normas imperativas inderogables o indisponibles son aquellas destinadas a la protección de derechos e intereses individuales⁷ y colectivos, se agrega esto último. Son normas de cumplimiento forzoso que configuran un límite a la autonomía de la voluntad y que no pueden ser modificadas por la voluntad de los particulares. Sin embargo, a diferencia de las normas de orden público, este derecho es renunciable por el o los sujetos protegidos al momento de ejercerlas. Los derechos reconocidos por normas de orden público no podrían ser renunciados por el sujeto amparado, sin embargo, los derechos reconocidos por normas imperativas, si bien no son disponibles por los interesados, podrán ser renunciados o no ejercidos por ellos⁸.

5 Pagani, Florencia, “Reuniones del órgano de gobierno a distancia, su aplicación al régimen de sociedades anónimas”. XIII Congreso Argentino y IX Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, año 2016, p. 1226.

6 Olivera García, R., El orden público en la Ley de Sociedades. Revista Electrónica de Derecho Societario n° 2, año 2000.

7 Balbín, Sebastián, Sociedad por Acciones Simplificadas, Cathedra Jurídica, p. 32.

8 Mema, Romina, “Las nuevas sociedades de la sección IV de la Ley General de Sociedades”, tesis de maestría, año 2.016, Universidad de Mendoza.

El orden público consiste en el conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico y moral, cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de la organización social⁹. Parte de la doctrina a la cual se adhiere, afirma que no existen normas de tal carácter en la Ley General de Sociedades¹⁰.

Finalmente, las normas disponibles o supletorias son aquellas que pueden ser prescindidas por la voluntad de los interesados, por lo tanto, una vez dejadas de lado por voluntad de las partes, tal exclusión es obligatoria para ellos¹¹.

Aclarada esta serie de conceptos, se puede ingresar en el análisis de las normas que regulan el funcionamiento de las asambleas en la sociedad anónima. Parte de la doctrina sostiene que algunas normas referidas al lugar de celebración, quórum y a las mayorías requeridas según el tipo de resoluciones a ser adoptadas, y a la asistencia a asambleas por parte de los órganos de fiscalización y demás órganos societarios, son de carácter imperativo. Se adelanta que tal afirmación es parcialmente correcta, y que aun en caso de resultar imperativa, tal norma no contradice la aplicación del régimen de reuniones a distancia que se propone. En primer lugar, las disposiciones contenidas en el artículo 233 LGS respecto al lugar de reunión, siendo este la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social, se advierte que los interesados pueden establecer un lugar de celebración de la asamblea distinto a la sede social fijada en el estatuto. Surge claro el carácter supletorio del artículo, las partes podrán fijar un lugar distinto de reunión dentro de la jurisdicción, siendo tal lugar obligatorio para todos los interesados. La norma tiene por finalidad proteger el interés particular del accionista y no debe interpretarse de modo tal que se restrinjan sus derechos al extremo de convertirse en un obstáculo a su participación de forma virtual o a distancia¹². Finalmente, la norma establece que la reunión no puede ser celebrada fuera de la jurisdicción, pero realizar una asamblea por medios virtuales a distancia, ¿se considera fuera de la jurisdicción? No puede afirmarse tal cuestión.

Con respecto a los artículos 236, 237, 238, 239 y 240 LGS que establecen normas respecto a la convocatoria y la participación de los interesados en las asambleas, se puede advertir que si bien las mismas resultan de carácter imperativo, no son contradictorias con el régimen de reuniones a distancia que se pretende aplicar. Tampoco resultan de contradictoria aplicación los artículos 234 y 235 LGS que establecen la competencia en cuanto a la materia de las asambleas ordinarias y extraordinarias respectivamente. No es intención del presente trabajo profundizar el análisis sobre el carácter imperativo o supletorio de las normas, toda vez que se consideran de aplicación a las reuniones a distancias tal cual se encuentran legisladas en la ley especial.

Finalmente, los artículos 243 y 244 LGS, que como se anticipara representan el obstáculo a sortear, debido a que sus redacciones no autorizarían la realización de reuniones a distancia conforme lo establece el artículo 158 CCyC. Se advierte aquí, una supuesta colisión de normas que como se explicará a continuación no resulta ser tal.

En primer lugar, es posible afirmar que los artículos 243 y 244 LGS no se consideran normas imperativas de la Ley General de Sociedades. El fin que tuvo el legislador al redactar los ar-

9 Salvat, Tratado Derecho Civil Parte General, t. I, p.168. Lambías, Tratado Derecho Civil Parte General, t. I, p.158.

10 Rovira, Alfredo, "Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada", LL, 2016-F-515.

11 Colonnese, F. y Peña y Lillo, L., "Las reuniones de los órganos sociales con miembros a distancia. Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación", XIII Congreso Argentino y IX Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, año 2016.

12 Considerandos Resolución General 11/2020 IGJ.

tículos fue de proteger intereses particulares de los socios, pero no como terceros respecto a la sociedad (derechos intersubjetivos – externos de los socios ¹³), en ese caso sería considerada imperativa la norma, sino como miembros integrantes del órgano de gobierno (derechos intrasubjetivos – internos de los socios ¹⁴). Incluso, el mismo carácter supletorio de la norma que se sostiene, les permite a los socios derogar este requisito por vía estatutaria. Asimismo, fuera de este análisis de jerarquía de normas, se entiende que el vocablo presencia exigido por la norma como “circunstancia de estar presente o de existir alguien o algo en determinado lugar”, puede ser interpretado de manera amplia, por lo que una persona se encuentra “presente” cuando se conecta o se comunica a través de una plataforma virtual o un sistema de videoconferencia o chat.

Como corolario de este análisis y fundamento por el cual resulta aplicable a la sociedad anónima el régimen de reuniones a distancia previsto en el Código Civil y Comercial, se considera que el artículo 158 CCyC si resulta ser de carácter imperativo. Este artículo en cuestión, dispone que “el estatuto de la persona jurídica deberá contener, entre otras cuestiones, las normas que regulen el funcionamiento de sus órganos de gobierno y administración...”, utiliza el vocablo deberá, dándole un sentido imperativo a la norma. Y no se detiene ahí, sino que aun en ausencia de previsiones especiales crea un régimen de reuniones a distancia para los órganos de gobierno, aplicable a todas las personas jurídicas privadas. Es decir, que autoriza la utilización del sistema de reuniones a distancias aun cuando ello no fue previsto en los estatutos de las personas jurídicas. Claramente, la intención del legislador fue la proteger el interés particular de los socios y asociados (derechos intersubjetivos – externos de los socios y asociados ¹⁵) de las personas jurídicas privadas, garantizando su participación en el órgano de gobierno a través de la sanción de una norma imperativa. En virtud de lo expuesto, dado el carácter de las normas en colisión, resultando ser supletoria las normas de la ley especial, y revistiendo el carácter de imperativo el artículo 158 CCyC, se concluye que el régimen de reuniones a distancia es aplicable a las sociedades anónimas.

c) La aplicación a la LACE

Posterior a la unificación del derecho civil y comercial en un cuerpo normativo, se sancionó la Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE), la cual creó un nuevo tipo societario, la sociedad por acciones simplificadas. Si bien este tipo societario fue creado en el marco del ecosistema emprendedor, el régimen simplificado de constitución y funcionamiento, demuestra que este tipo societario puede ser utilizado también por grandes empresas y, resulta adecuado también, para la empresa familiar ¹⁶.

13 Manóvil, Rafael, Nulidades asamblearias: un nuevo fallo esclarecedor. Comentario al fallo “Bona, Gáspare c/ Compañía Industrial Lanera S.A.14”, donde se discutió el carácter de la norma a los fines del cómputo del plazo para impugnar la decisión asamblearia, el autor destaca la importancia de distinguir entre aquellas normas que están destinadas a proteger los derechos de naturaleza particular de los socios (intrasubjetivos - internos), de aquellos que tienden a proteger los derechos de terceros ajenos a la sociedad (intersubjetivos - externos). El Derecho, t. 176, p. 221 y ss.

14 Manóvil, Rafael, Nulidades asamblearias...

15 Manóvil, Rafael, Nulidades asamblearias: un nuevo fallo esclarecedor. Comentario al fallo “Bona, Gáspare c/ Compañía Industrial Lanera S.A.14”, donde se discutió el carácter de la norma a los fines del cómputo del plazo para impugnar la decisión asamblearia, el autor destaca la importancia de distinguir entre aquellas normas que están destinadas a proteger los derechos de naturaleza particular de los socios (intrasubjetivos - internos), de aquellos que tienden a proteger los derechos de terceros ajenos a la sociedad (intersubjetivos - externos). El Derecho, t. 176, p. 221 y ss.

16 Luis Felipe Aguinaga Baro, “La sociedad por acciones simplificada como instrumento adecuado para la Empresa de familia”, Jornada Interdisciplinaria de Empresas de Familia, Universidad de Congreso, año 2017.

En su regulación a partir del artículo 34 de la Ley 27.349, se incorporaron normas que dan amplio margen de maniobra a la autonomía de la voluntad. El artículo 49 LACE dispone que los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. Los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades. La misma norma permite a los órganos de administración y gobierno auto convocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Finaliza la norma aceptando como válidas las resoluciones adoptadas por el órgano de administración y el órgano de gobierno, en el caso que se encuentren presentes la totalidad de sus miembros y el temario u orden del día respectivamente, hayan sido aprobados por unanimidad.

Respecto al funcionamiento de los órganos de la SAS, aquí si se encuentran numerosas novedades legislativas, como por ejemplo: la posibilidad de citar a los miembros del órgano de administración por medios electrónicos; la auto convocatoria de ambos órganos, que ya fue explicada en el párrafo anterior; la omisión de la publicación edictal para la citación los miembros del órgano de gobierno; pero la novedad que más interesa y que resulta ser el objeto de estudio, consiste en la facultad de reunirse en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. Por primera vez, se sanciona una norma que expresamente acepta las reuniones a distancia para los órganos de una sociedad. Si bien la LACE nada dice respecto al órgano de fiscalización, se entiende que esta facultad también es aplicable a este.

Los artículos 51 y 53 LACE permiten al órgano de administración y gobierno, respectivamente, la realización de reuniones a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes y socios comunicarse simultáneamente entre ellos. En estos casos el acta deberá ser suscripta por el administrador o el representante legal, debiéndose guardar y conservar las constancias de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.

Ahora bien, hasta acá la norma no presenta dificultades para el caso que las disposiciones relativas a reuniones a distancia se encuentren previstas en el instrumento constitutivo. Distinto resulta el caso cuando hay ausencia de previsión. Algunos autores entienden que la LACE dispone que las reuniones a distancia solamente se podrán realizar si el instrumento constitutivo lo permite ¹⁷, de manera que, en alguna medida, la LACE establece un requisito – previsión en el instrumento constitutivo – que la ley de fondo no requiere. No se comparte tal afirmación.

En primer lugar, la norma que prevé las reuniones a distancia para el órgano de administración, no requiere la previsión en el instrumento constitutivo. Al parecer, la intención del legislador fue la dotar de esa facultad a la administración sin la necesidad de acordarlo previamente en el instrumento constitutivo. Y, con respecto al órgano de gobierno, cabe aplicar la misma interpretación utilizada para con la sociedad anónima, no resultando pues el artículo 53 LACE de carácter imperativo, por el empleo de la palabra podrá en su redacción, así entonces, “el instrumento constitutivo podrá establecer que las reuniones de socios se celebren en la sede social o fuera de ella, utilizando medios que les permitan a los socios y

17 Ramírez, Alejandro H., SAS Sociedades por acciones simplificada, Astrea, año 2019.

participantes comunicarse simultáneamente entre ellos”, resulta entonces, de aplicación preeminente el artículo 158 CCyC que permite las reuniones a distancia en el órgano de gobierno de la SAS, aunque tal situación no se encuentre prevista en el instrumento constitutivo.

En ambos casos, la norma requiere la confección del acta de reunión, firmada por el administrador o representante legal, y la conservación de las constancias de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.

En virtud de lo expuesto, de la misma manera que se concluyó para la sociedad anónima, es posible afirmar que los órganos de la SAS pueden realizar sus reuniones por medios virtuales o plataformas digitales, aun cuando ello no se encuentre previsto en el instrumento constitutivo.

BUEN GOBIERNO CORPORATIVO - DIGITALIZACIÓN COMO FACILITADOR EN LA DIVULGACIÓN Y TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN CONTABLE

Daniel Albanesi y Paola Battistel

SUMARIO

Mediante el presente trabajo pretendemos introducirnos a los principios del Gobierno Corporativo, su importancia y aplicación en el ámbito Nacional. - En especial tomaremos en consideración el ítem V en especial el apartado B y E, el primero en cuanto a las exigencias de normas de calidad en materia de contabilidad y la segunda en referencia a los canales que se utilicen para la difusión de información relevante tanto para los administradores, los propios socios o terceros inversores.

El origen de los principios:

Comenzamos diciendo que el Gobierno Corporativo y las mejores prácticas surgen con motivo de distintas crisis (Wall Street Crash en 1929, la crisis asiática de 1997, etc) y de otras variables como el comportamiento de la Corporación puertas adentro y con esto nos referimos a distintos fraudes con participación de Directivos que llevan al fracaso de la misma.¹ Como consecuencia de ello y a los efectos de tratar de revertir dicha situación que suscitaba a nivel global es que fueron desarrollándose principios como paliativos a los desvíos que parecían comunes a distintas corporaciones. Así, en el año 1999 la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OCDE) elabora los principios que mencionaremos, los que fueron modificados en 2004 y se encuentran en permanente revisión.- La última de ellas realizadas en 2014 y 2015², llevándose este año reuniones para su modificación nuevamente.- Según el preámbulo de los principios “El objetivo del gobierno corporativo es facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios. Todo ello contribuirá a un crecimiento más sólido y al desarrollo de sociedades más inclusivas”³. Así la OCDE en colaboración con otras instituciones no solo determina los principios, sino que colabora con estas a fin de la correcta aplicación de los mismos. -

Los Principios se dividen en seis capítulos 4:

1) Consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo;

1 Recuperado de Boletín de Gobierno Corporativo. Deloitte. Antecedentes del Gobierno Corporativo.

2 Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y G20 “Para garantizar la pertinencia y la exactitud de los Principios a lo largo del tiempo, la revisión se apoya y se basa en un trabajo empírico y analítico exhaustivo sobre los cambios en los sectores empresarial y financiero. Para su realización, la Secretaría y el Comité de Gobierno Corporativo de la OCDE contactaron un amplio número de expertos, organizaciones y centros de investigación”. Pag. 4 Cabe aclarar que también participaron instituciones académicas. -

3 <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

4 Op. Cit. Pag. 7?

- II) Derechos y tratamiento equitativo de los accionistas y funciones de propiedad clave;
- III) Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios;
- IV) El papel de los actores interesados en el ámbito del gobierno corporativo;
- V) Divulgación de información y transparencia; y
- VI) Las responsabilidades del Consejo de Administración.

Cada uno de los capítulos viene encabezado por un solo principio que aparece destacado en negrita y cursiva, al que le siguen una serie de sub-principios de desarrollo. Los Principios se complementan con anotaciones que incluyen comentarios a los mismos destinados a ayudar al lector a entender su justificación. Las anotaciones también pueden incluir descripciones de tendencias recientes o consolidadas y ofrecer diferentes métodos de aplicación, así como ejemplos que pueden ser útiles para que los Principios resulten más operativos.

Cabe aclarar en este aspecto que los principios mencionados no son vinculantes, pero pueden ser receptados y de hecho en el transcurso del trabajo encontraremos ejemplos, por la legislación de los distintos países. Es así el documento que los contiene con vocación a evolucionar. De hecho, el pasado 7 y 8 de junio del corriente año, fue la discusión de la reforma que se va a realizar de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 referido a sostenibilidad y resiliencia⁵.

Banco de la Nación Argentina:

A los fines de ejemplificar la aplicación de los principios en Sociedades en nuestro país, exigido por la comisión nacional de valores, consideramos el Banco de la Nación Argentina establece que busca una gestión transparente y de datos abiertos ya que los mismos “mejoran la toma de decisiones y optimizan el funcionamiento del mercado de la prestación de servicios”.- Asumen también la misma guía que la digitalización de los estados contables facilita el acceso a la “información y divulgación”.- Entre distintos ítems que serán evaluados pueden mencionarse ente otras:

- Si existen políticas que garanticen el funcionamiento coordinado de la entidad con las sociedades controladas en el relacionamiento de aspectos vinculados al Gobierno Corporativo a partir de la sanción de la Ley N° 25.246.
 - Prevención de lavado de activos, fraude, etc.-
 - La existencia de un sitio web <http://www.bna.com.ar/> donde se difunda la información relevante para los grupos de interés como así también la publicación de los estados contables a través del BCRA.-
 - Se publica tanto la composición del directorio como la información sobre la trayectoria de cada uno de los miembros.
 - En la misma página pueden encontrar normas de creación de la entidad (responsabilidad, funciones y objeto social). -
- Todas ellas en el marco de las políticas de transparencia y acorde a lo que venimos desarrollando. -

Continuando nos detendremos, como explicamos, en el presente trabajo en el quinto de los principios se hace referencia a la divulgación de información y transparencia. Así mani-

⁵ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-cnv-participa-de-la-discusion-de-los-principios-de-gobierno-corporativo-de-la-ocde>

fiesta en su apartado hay dos puntos que para este trabajo pretendo resaltar y que influyen en los principios de buen gobierno corporativo:

- 1) La importancia de la contabilidad como fiel reflejo de la situación de la empresa, como fuente de información a nivel interno tanto para: accionistas, órgano de administración. Y a nivel externo sobre todo en atención a posibles inversores.
- 2) La agilidad y dinamismo para acceder a la fuente de información que permita hacerlo de manera oportuna. -

1) CONTABILIDAD COMO REFLEJO DE LA SITUACIÓN DE LA EMPRESA:

Los accionistas deben poder acceder a la información de manera periódica ya que la misma es la base para la toma de decisiones. Permitirá de esa forma a los accionistas **“evaluar la gestión de los directivos y tomar decisiones informadas sobre la valoración, titularidad y votos de las acciones”**.

Por ello corre especial relevancia el punto V de los principios de la OCDE que trata sobre DIVULGACION DE INFORMACION Y TRANSPARENCIA. -

Así el apartado comienza manifestando:

“El marco del gobierno corporativo garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno.”

Indicando en este apartado lo mínimo que se develará así se indica lo atinente a los resultados financieros u la explotación de la empresa. Un punto a destacar es la relevancia de la divulgación de una “visión completa”, haciendo alusión a que muchos de los errores del gobierno corporativo son causados por esa falta de visión. -

A lo requerido en cuento a transparencia se suma la actuación de una auditoria externa (independiente) anual, que garantice tanto a los accionistas como al órgano de administración que los estados financieros son un fiel reflejo de la “situación financiera”. Para el caso de auditoria se recomienda seguir los principios de la IOSCO para la Independencia de Auditores y el Papel del Gobierno Corporativo en la Supervisión de la Independencia de los Auditores. - Los mismos adquieren compromiso con la empresa y responden ante los accionistas.

En la guía de la CNV establece como la obligación del directorio enviar un “paquete de información”⁶ a los accionistas previo a la asamblea a través de medio virtual. - También ha incorporado la obligatoriedad para las entidades emisoras de acciones y/u obligaciones negociables de presentar los estados financieros de acuerdo a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)⁷. - Las nombradas se aplican obligatoriamente a la preparación de estados contables (estados financieros) de las entidades incluidas en el régimen de oferta pública⁸, ya sea por su capital o por sus obligaciones negociables, o que hayan solicitado autorización para estar incluidas en el citado régimen, con la excepción de las entidades para las que, aun teniendo en dicho régimen los valores negociables mencionados, la CNV mantenga la posición de aceptar los criterios contables de otros organismos reguladores o de control, tales como las sociedades incluidas en la Ley de Entidades Fi-

6 El paquete provisorio deberá contener como mínimo la fecha tentativa de la asamblea, el orden del día propuesto por el Directorio y su opinión fundada respecto a cada uno de los temas, incluyendo la propuesta de remuneración y nominación de directores.

7 El objetivo es lograr un lenguaje global en términos contables. Son emitidas por el consejo de normas internacionales de Contabilidad International Accounting Standards Board (IASB).-

8 Ley 26.831 Ley de Mercado de Capitales. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Promulgada: diciembre 27 de 2012.-

nancieras, compañías de seguros, cooperativas y asociaciones civiles. Los inversores y mercados financieros necesitan de información veraz y transparente. - Esta información se ve distorsionada por los numerosos principios y normas contables, con el fin de homogenizar esta información es que surgen las Normas Internacionales de Información Financieras. -

2) ACCESO A LA INFORMACION:

EL CONTENIDO:

“La información se elaborará y se hará pública con arreglo a normas de alta calidad en materia de contabilidad y de presentación de informes financieros y no financieros”.

Recomienda para ello ajustarse a las normas internacionales en materia de contabilidad, cuestión que mencionamos hace un momento, e indica que varios países ya las han incorporado. - Sus propósitos están centrados en generar información de calidad para sus principales usuarios; accionistas, inversionistas, proveedores, clientes y público en general. Otro aspecto no menos importante es la transparencia de la información para el inversor y la comparabilidad de la información financiera.

Recordemos que la fuente de información más utilizada son los estados contables: balances, cuenta de resultados, memoria etc. Dan una visión global del devenir de la empresa, lo cual, llevado de manera fiable, contribuye a la toma de decisiones efectiva por parte de quienes de manera interna o externa interactúan con el ente. - Acompaña a la exigencia de llevar la contabilidad de acuerdo a normas internacionales la publicidad de alguno de los informes, por otro lado, son la propia empresa que de manera voluntaria publicitan los informes

Algunos otros puntos que pueden ser materia de divulgación de acuerdo a estos principios entre los que se menciona: La información de la estructura de la sociedad como grandes accionistas, beneficios y derecho a voto. Remuneración y cualquier otro aspecto sobre miembros del consejo de administración. - Características de las operaciones con “partes vinculadas”. -

LA FORMA:

La era digital ha sido una revolución, ahora, las tareas administrativas que solían llevar días se resuelven en cuestión de minutos. Lo que permite al directorio trabajar de manera eficaz y al accionista el acceder rápidamente a la información. Sobre todo, a la hora de poder participar en las asambleas o reuniones de socios. - Por ello es imprescindible que la naturaleza cambiante del entorno empresarial no dificulte el buen gobierno corporativo que permita a los agentes que participan de la actividad mantenerse al tanto de manera eficaz de los posibles riesgos y oportunidades. La transformación digital es un hecho, y debe acompañar el cambio que la globalización provoca en el perfil empresarial, aspecto que consideramos debe ser contemplado desde lo normativo. -

Especial consideración plantea el mencionado apartado E que trata sobre los canales pertinentes para difundir la información, dando especial relevancia a el objetivo planteado que es que los usuarios accedan a una información de modo “IGUALITARIO, OPORTUNO Y PERTINENTE”. - Atenta con este principio los canales que puedan ser de difícil acceso o costosos, de manera contraria lo facilita los “sistemas electrónicos de presentación y recuperación de datos”

Entonces si uno de los objetivos, de acuerdo a lo que venimos observando es la transparen-

cia, promover la rendición de cuentas y fomentar el buen comportamiento. Las herramientas digitales permiten acceso a una comunicación más segura y efectiva. Entre otras ventajas que plantea es la agilidad y la posibilidad de almacenamiento de gran cantidad de información. Siempre teniendo en cuenta un almacenamiento de datos de manera segura. – Por ello podríamos decir que la digitalización va de acuerdo con estos principios o por lo menos se plantea como herramienta tendiente a facilitar el logro de sus objetivos. – Más allá del principio internacional bajo análisis, la regulación de las SAS fue pionera en ese aspecto ya que es la primera regulación societaria que trae a colación el tema de las reuniones a distancia y la contabilidad digital. Si bien el Código Civil y Comercial, en su art. 329 establece que se podrán sustituir uno o más libros, exceptuando claro el libro de inventario y balance por “la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos que permitan la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación”. - Permite tanto llevarlos de esa forma como la conservación de la documentación. Pero retomando a las SAS en el art 58⁹ de la ley citada establece los libros que debe llevar entre ellos el libro de inventario y balance.- Por otro lado La Inspección General de Justicia (IGJ) emitió a principios del año pasado la resolución general 2/2021, por medio de la cual reglamentó la presentación de estados contables por parte de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) . En Córdoba IPJ (Inspección de personas Jurídicas) definió que la competencia le corresponde exclusivamente .- Además establece que todas las Asociaciones Civiles y Fundaciones tienen la obligación de llevar los libros digitales. El procedimiento se realiza a través del CIDI (portal público del Gobierno de la Provincia). - El procedimiento también es obligatorio para las SAS pero opcional para el resto de las sociedades. Cabe aclarar que, de escogerlo, será ese el que se seguirá utilizando .

El impacto en el buen gobierno corporativo conjuga dos elementos de acuerdo a los principios y según venimos desarrollando, en el marco de la globalización la implementación de normas internacionales de contabilidad. Y de la mano con el dinamismo comercial, la digitalización que permita fácil acceso a la información y mayor transparencia en las corporaciones que brinde certezas y agilidad a clientes, proveedores, directivos y accionistas.-

⁹ APOYO AL CAPITAL EMPRENDEDOR Ley 27349. El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso

LA NECESIDAD DE REGULAR EL CONTRATO REMUNERATIVO DE LOS DIRECTORES

Tomás J. Arecha

SUMARIO

De lege data consideramos que las remuneraciones fijas y periódicas que puedan percibir los administradores, sean por contratación de servicios, laboral o en concepto de anticipos deberán ser aprobadas por el directorio o sindicatura y dar cuenta de ello a la asamblea de acuerdo al segundo párrafo del art. 271 LGS. A su vez, dichas remuneraciones percibidas estarán condicionadas a la aprobación asamblearia al cierre del ejercicio de acuerdo a los parámetros y límites del art. 261. De lege ferenda, consideramos que la legislación argentina debería prever un régimen de contratación específico para los administradores que presten funciones técnico administrativas y comisiones especiales que permita que estos perciban una remuneración periódica por estas especiales funciones. En este sentido, compartimos la propuesta introducida por el Anteproyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades del año 2019, que incorpora el principio de adecuación a este tipo de remuneraciones.

1. Determinación ex post.

Conforme se desprende del régimen del art. 261 LGS, la remuneración en el sistema legal argentino debe ser determinada una vez finalizado el ejercicio y cumplidas las funciones, por lo que resulta un aspecto esencial del sistema que la remuneración debe ser determinada ex post. Ello se debe a que sólo una vez que se encuentre determinada la ganancia y decidido el destino del resultado se podrá establecer el límite legal, y en su caso, proceder a la aprobación mediante el régimen especial de excepción.

Probablemente este aspecto sea el más criticable del sistema por la inseguridad que provoca en el administrador el hecho que su remuneración -incluso acordada- será aleatoria y condicionada a la aprobación final asamblearia.

En el marco de los métodos retributivos en el régimen comparado, sólo la remuneración sujeta al régimen de participación en los beneficios debe satisfacerse una vez cumplidas las tareas, o lo que es lo mismo, una vez confeccionadas las cuentas anuales¹. En cambio, el ordenamiento nacional, toda remuneración cualquiera fuera su causa o especie debe ser aprobada en forma posterior en la asamblea que trate los balances y resultado del ejercicio. Sin embargo, la realidad del director técnico profesional exige que se encuentre alejado de los avatares de una decisión asamblearia. Aquel debe tener una compensación razonable y predeterminada por sus funciones. De no ser así el director técnico podría renunciar y la sociedad perderá con ello mucho más de lo que la ley pretende tutelar². En este sentido

¹ FARRANDO MIGUEL, Ignacio, "La retribución de los administradores de sociedades anónimas", en *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en las sociedades anónimas*, Dir. EMBID IRUJO, José M. y VITOLLO, Daniel R., Ed. Rubinzal-Culzoni, 1º Ed., Buenos Aires, (2004), pág. 111. Se destaca que conforme ha sido instaurado en el derecho francés por la Ley Sapin II las sociedades cotizantes no podrán abonar las remuneraciones variables de los administradores por cuanto las mismas se condicionan a la aprobación posterior del órgano de gobierno, de forma que de no resultar aprobada, únicamente se podrá satisfacer el componente fijo de la retribución, pero no la parte variable. (ZABALETA DIAZ, Marta, "La retribución de los consejeros en los ordenamientos europeos de sociedades", en *Retribución de Consejeros*, dir. Santiago Hierro Anibarro, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 323).

² MATA Y TREJO, Guillermo E. "La remuneración de los directores de Sociedades Anónimas. Necesidad de un planteo normativo y

debe destacarse el voto en disidencia de la Dra. Tevez en *“De All, Jorge Emilio c/ Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. s/ Ordinario s/ Incidente art. 250³”* al señalar en oportunidad de expedirse a favor de la procedencia de retiros a cuenta de retribuciones que parece poco probable que un ente *“pueda ser conducido sin la expectativa de la obtención de una retribución no sólo adecuada sin también oportuna”*.

Si bien la Ley en su cuarto párrafo dejó la puerta abierta para retribuir adecuadamente al director técnico y un sistema balanceado entre los intereses de los accionistas y el de la sociedad, ello no exige que el régimen siga condicionado a esa decisión asamblearia final y a la necesidad de que la retribución se fije en forma posterior al cumplimiento de su función.

2. Anticipos o retiros a cuenta.

El hecho que la remuneración se encuentre condicionada a la aprobación asamblearia posterior, hace que sea muy frecuente en la práctica societaria nacional⁴ los “retiros a cuenta” de honorarios o retribuciones. Los también denominados “anticipos de honorarios” se utilizan para asignar una retribución fija mensual o variable a los directores, independientemente de sus funciones, ya sean éstos de asiento o societarios, como aquellos que cumplen funciones técnico-administrativas de carácter permanente, denominados directores profesionales⁵.

Esta práctica parecería responder a una cuestión por demás entendible: como es la asamblea anual la que determina los honorarios del directorio, de no autorizarse anticipos, los directores trabajarían todo el año sin recibir contraprestación alguna⁶, salvo que estuvieran vinculados a la sociedad por un contrato laboral o un contrato de prestación de servicios profesionales.

Es así que los directores pueden recibir adelantos a cuenta de honorarios por el ejercicio de la función que desempeñan, pero, en tal supuesto, siempre será atribución de la asamblea la fijación definitiva de los mismos o su ratificación⁷. Determinada la remuneración por parte de la asamblea, se compensarán dichos retiros con la suma final asignada, ya que dichos retiros se contabilizan como un crédito de la sociedad contra los sujetos que efectuaron los mismos⁸.

La potestad de realizar retiros a cuenta se encuentra expresamente reconocida por el régimen legal fiscal, por fallos judiciales⁹ y por la normativa de la Comisión Nacional de Valores.

La Comisión Nacional de Valores reconoce implícitamente la posibilidad de que los directores retiren anticipos de sus honorarios en las sociedades cotizantes por cuanto establece en sus normas¹⁰ que los directores deberán devolver a la sociedad las sumas percibidas

doctrinario”, ED 199-556.

3 CNCom, Sala F.

4 OTAEGUI, Julio “Algunas cuestiones sobre la retribución de los directores”, ED 181-122; ANAYA, Gonzalo L., “La impugnabilidad de los anticipos de honorarios”, ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y la Empresa, Mendoza, 2016; GAGLIARDO, Mariano, “Anticipos a cuenta de honorarios y una gestión ineficaz. Comentario breve”, ED 181-398).

5 MATTAY TREJO, Guillermo, “La remuneración...”, ob. cit., pág. 566.

6 ANAYA, Gonzalo L., “La impugnabilidad de los anticipos de honorarios”, ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y la Empresa, Mendoza, 2016.

7 GAGLIARDO, Mariano, “Anticipos a cuenta de honorarios y una gestión ineficaz. Comentario breve”, ED 181-398).

8 ROVIRA, Alfredo L. “La remuneración de los directores”, en “El Directorio en las Sociedades Anónimas. Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos Odriozola”. Ed Ad-Hoc, pág.196.

9 “Es procedente la autorización asamblearia a los directores para realizar retiros a cuenta de sus honorarios, cuando tal proceder no está vedado ni por el estatuto ni por la Ley de Sociedades.” (C. Nac. Com., Sala E, 02/09/98, “Ramos Mabel c/ Editorial Atlántida”, ED 181-122, CNCom, Sala D, 20/11/2000, “Distrel SA c/ Nogués Hnos. S.A.”, Diario El Derecho, 11/4/2002).

10 “No realizada esta asamblea, los directores deberán devolver a la sociedad la suma percibida en exceso, sin perjuicio de las sanciones correspondientes.” Normas CNV 2013, Resolución General CNV, 623/13, Capítulo III, Sección I. Artículo 5.

en exceso cuando la asamblea no aprobare en legal forma las remuneraciones en exceso. Los anticipos a cuenta de honorarios también se encuentran reconocidos a través de en ley impositiva. El artículo 73¹¹ de la Ley de Impuesto a las Ganancias establece que toda disposición de fondos efectuado por la sociedad a favor de terceros y que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa, hace presumir una ganancia gravada. Sin embargo, el artículo 103¹² del decreto reglamentario prevé expresamente que constituyen una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa las sumas anticipadas a directores, síndicos y miembros de consejos de vigilancia, en concepto de honorarios, en la medida que no excedan los importes fijados por la asamblea correspondiente al ejercicio por el cual se adelantaron y siempre que tales adelantos se encuentren individualizados y registrados contablemente¹³. Cabe destacar que el decreto reglamentario aclara que los anticipos a los que hace referencia deben ser retirados expresamente en concepto de honorarios. En su caso, la falta de imputación de dicha cuenta implicará que los adelantos retirados por el director serán considerados préstamos sujetos a una ganancia gravada. En tal sentido, se ha resuelto que los retiros mensuales retirados por directores que no hayan sido imputados expresamente a futuros honorarios, no pueden posteriormente ser compensados con éstos, por lo que puede posibilitar la vía del cobro de los mismos por parte del director¹⁴.

11 Art. 73.- Toda disposición de fondos o bienes efectuados a favor de terceros por parte de los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso a), y que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa, hará presumir, sin admitir prueba en contrario, una ganancia gravada equivalente a un interés con capitalización anual no menor al fijado por el BANCO DE LA NACION ARGENTINA para descuentos comerciales o una actualización igual a la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, con más el interés del OCHO POR CIENTO (8%) anual, el importe que resulte mayor. Las disposiciones precedentes no se aplicarán a las entregas que efectúen a sus socios las sociedades comprendidas en el apartado 2. del inciso a) del artículo 69. Tampoco serán de aplicación cuando proceda el tratamiento previsto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14.

12 Art. 103 - A efectos de la aplicación del artículo 73 de la ley, se entenderá que se configura la disposición de fondos o bienes que dicha norma contempla, cuando aquéllos sean entregados en calidad de préstamo, sin que ello constituya una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa o deban considerarse generadoras de beneficios gravados. Se considerará que constituyen una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa, las sumas anticipadas a directores, síndicos y miembros de consejos de vigilancia, en concepto de honorarios, en la medida que no excedan los importes fijados por la asamblea correspondiente al ejercicio por el cual se adelantaron y siempre que tales adelantos se encuentren individualizados y registrados contablemente. La imputación de intereses y actualizaciones presuntos dispuesta por el citado artículo, cesará cuando opere la devolución de los fondos o bienes, oportunidad en la que se considerará que ese hecho implica, en el momento en que se produzca, la cancelación del crédito respectivo con más los intereses devengados, capitalizados o no, generados por la disposición de fondos o bienes respectiva. Sin embargo, si en el mismo ejercicio en el que opera la devolución o en el inmediato siguiente, se registraran nuevos actos de disposición de fondos o bienes en favor del mismo tercero, se entenderá que la devolución no tuvo lugar en la medida dada por el monto de esas nuevas disposiciones y que los intereses y actualizaciones que proporcionalmente correspondan a dicho monto no han sido objeto de la cancelación antes aludida. A todos los fines dispuestos por el artículo 73 de la ley y por este artículo, los bienes objeto de las disposiciones que los mismos contemplan se valorarán por su valor de plaza a la fecha de la respectiva disposición. La imputación de intereses y actualización previstos por el citado artículo de la ley, también procederá cuando la disposición de fondos o bienes devengue una renta inferior en más del VEINTE POR CIENTO (20%) a la que debe imputarse de acuerdo con dicha norma, en cuyo caso se considerará que el interés y actualización presuntos imputables resultan iguales a la diferencia que se registre entre ambas. En el supuesto que la disposición de fondos o bienes de que trata este artículo suponga una liberalidad de las contempladas en el artículo 88, inciso j), de la ley, los importes respectivos no serán deducibles por parte de la sociedad que la efectuó y no dará lugar al cómputo de intereses y actualizaciones presuntos. Compensación de quebrantos por sociedades, asociaciones, empresas y explotaciones unipersonales

13 "Que en estas condiciones, debe señalarse que el decreto reglamentario hace jugar el interés de la empresa en la disposición de los fondos de los directivos, en la medida del límite de las remuneraciones aprobadas por la asamblea, entendiendo como efectuadas no en interés de la empresa, a aquellas que superen dicha aprobación asamblearia. Que, frente a esta disposición reglamentaria, el contribuyente, haciendo pie en la realidad económica y la posterior reducción del capital societario destaca la existencia de una verdadera distribución de capital social, sin que pueda considerárselos préstamos... Que la razonabilidad de dicho límite es evidente si se piensa que es por la vía asamblearia mediante la cual se reconoce y retribuye las tareas efectuadas por los miembros de su órgano directivo en interés del ente, siendo entonces que todo lo que exceda dicha suma, no estará ya relacionado con el interés social, sino de los sujetos directivos quienes, por medio de adelantos en cuenta corriente, obtienen una suerte de financiamiento aprovechando la caja de la sociedad que administran, ya que pasa su subsistencia personal o familiar, ya sea para la realizar otras operaciones lucrativas en forma personal, cuestión que no interesa para la calificación legal de la operación en cabeza de la sociedad." (TFN, Sala B, 28/03/05, "Punte SACIF s/ apelación impuesto a las ganancias", societario.com ref. nro. 8883)

14 "Ahora bien, independientemente de lo anterior, ambos expertos contables dijeron que no les fueron exhibidos recibos que acreditan

Además, la jurisprudencia se ha expedido favorablemente respecto de la licitud de los anticipos de honorarios por entender que este mecanismo de adelantos no se encuentra prohibido en el régimen del art. 261, agregando que cuando la Ley ha querido abolir estas prácticas lo ha hecho expresamente, como es el supuesto del art. 224 LGS que prohíbe los dividendos anticipados. Por ende, bajo este silogismo, lo que no está expresamente prohibido, es lícito¹⁵.

El problema se presenta cuando el monto de los honorarios retirados como anticipos resulta inferior al monto que en definitiva aprueba la asamblea, por cuanto en dicho caso, los directores se constituyen en deudores de la sociedad y deben restituir los honorarios percibidos en exceso¹⁶, incluso con más sus intereses¹⁷. El carácter provisorio de los anticipos hace a la esencia de este mecanismo, ya que hasta tanto se conozca el resultado del ejercicio en curso, y pueda compararse aquella remuneración y el resultado, y así valorar la legitimidad de la remuneración percibida con arreglo a las pautas del art. 261 LGS¹⁸.

En este sentido Gagliardo¹⁹ entiende que la obligación de restituir no resulta de la ausencia de su desempeño o por infringir las pautas de un buen hombre de negocios, sino por no verificarse los recaudos formales del art. 261 que dan validez a su emolumento^{20 21}.

ten que los retiros efectuados mediante esos cheques fueron realizados a cuenta de honorarios...En el caso, lo único que los peritajes han podido establecer es que el actor cobró ciertos cheques que fueron debitados de la cuenta n° 210 antes referida. No se ha establecido en cambio, cuál ha sido la imputación de dichas cobranzas." (C. Nac. Com., Sala D, 28/08/2007, "Rodríguez, Manuel Pedro c/ Engraulis SA s/ ordinario", societario.com ref. nro. 16.181).

15 "No cabe interpretar que el pretendido impedimento se encuentra, implícitamente, contenido en el art. 261, pues cuándo el legislador ha querido establecer una prohibición -por caso la de distribuir dividendos anticipados- lo ha dicho en forma expresa (art. 224, segundo párrafo, de la Ley 19.550)" CNCom, Sala E, 02/09/98, "Ramos, Mabel c/ Editorial Atlántida", La Ley 2000-B, 850.

16 En este sentido, se ha resuelto que es procedente la medida cautelar de inhibición general de bienes contra el director que haya percibido honorarios en exceso que no hayan sido ratificados por la asamblea. (CNCom., Sala B, 21/08/2009, "Nahuelsat SA en liquidación c/ Torres Raúl Alfredo s/ ordinario s/ incidente de apelación", societario.com ref. nro. 14.401. En igual sentido se ha orientado la doctrina al señalar que "los directores sí pueden, en cambio, recibir adelantos a cuenta de honorarios por el ejercicio de la función o funciones que desempeñan, pero, en tal caso, será siempre atribución de la asamblea ordinaria fijar definitivamente aquellos, y si resultan inferiores al monto anticipado, se constituyen en deudores de la sociedad por el excedente, que deberán restituir. (VERON, Victor, Sociedades Comerciales, Astrea 1987, t. IV, p. 154.

17 En este sentido lo ha resuelto la jurisprudencia al sostener que: Corresponde hacer lugar al incidente de recupro de activos, condenando así al ex director de la fallida a reintegrar la suma dineraria abonada en concepto de anticipo de honorarios. Ello, ya que dicha suma no fue convalidada por la asamblea. Lo mismo debe ocurrir con los intereses toda vez que la intención de ser eximido de abonar los acrecidos con sustento en lo dispuesto en los arts. 786 y 2356 del Código Civil y la configuración de un "error de hecho excusable", no puede ser admitida. Sobre el particular, es dable recordar que la posesión es de buena fe cuando, por ignorancia o error de hecho excusable, el poseedor estuviere convencido, sin ningún tipo de dudas, de la legitimidad de su posesión (Bueres - Highton, "Código civil. Análisis doctrinal y jurisprudencial" T. V.A, pág. 179, edit. Hammurabi). Tal hipótesis no puede ser invocada en el caso, a poco que se advierta que, como reconoce incluso el quejoso, la posibilidad de que los fondos pudieran ser imputados efectivamente a honorarios exigía su convalidación por parte de la asamblea que, como también fue conocido por él, nunca lo hizo. (CNCom, Sala C, 10/04/2018, "Banco Patricios SA s/ quiebra s/ inc. de recuperación c/ Sergio Fryd", El Dial AG5011.

18 CNCom, Sala D, 20/11/00, "Dristel SA c/ Nougues Hnos S.A. y otros s/ Sumario". En igual sentido: CNCom, Sala B, 21/08/2009, "Nahuelsat SA en liquidación c/ Torres Sael Alfredo s/ Ordinario s/ incidente de apelación".

19 GAGLIARDO, Mariano "Anticipos a cuenta de directores y una gestión eficaz. Breve comentario", ED 181-398.

20 En este sentido se ha resuelto que "En nuestro sistema societario, son "posibles" los adelantos de honorarios a directores, pero -ante el silencio del estatuto, claro- "será siempre atribución de la asamblea fijarlos, efectuando el cálculo legal" (fs. 180), y si ese órgano de gobierno los establece en suma menor que la recibida como anticipo por los directores, éstos quedarán constituidos en deudores de la sociedad -afirmación ésta fundada con cita de Verón... Finalmente, se estableció como principio que el director ha derecho a honorarios desde su designación, pero se agregó que su percepción "se encuentra sometida a la condición de fijación de los mismos por parte de la asamblea que, en caso que no lo decidiera o lo hiciera por monto menor, deja lo pagado como sin causa e impone su devolución" (fs. 180 in fine y vta.; esta última consideración, referida a la falta de causa del pago adelantado, fue fundada con cita de Llambías). (C. Nac. Com., Sala D, 12/11/2001. "Banco Extrader SA c/ Sosa, Carlos María s/ ordinario" Revista Electrónica de Derecho Societario N° 10 - Septiembre de 2002).

21 Debo destacar también que en un antecedente jurisprudencial que no comparto su solución, se resolvió que ante la falta de aprobación asamblearia de los retiros realizados de una sociedad devenida en quiebra, la mera circunstancia de no haberse celebrado la asamblea, no resultaba causa suficiente que justifique por sí sola la obligación de reintegro de los anticipos recibidos, por quien ejerció el cargo de director de la empresa. "No celebrada la asamblea -en el caso como consecuencia de la declaración de quiebra de la actora-, debió necesariamente determinarse la improcedencia de aquellos anticipos, como presupuesto para habilitar el posterior reintegro. No cumplido tal extremo, el rechazo de la pretensión en tales condiciones se importe." (CNCom., Sala B, 04/03/2002, "Banco Extrader SA

Conforme lo explica Otaegui, y a diferencia de los criterios expuestos en la norma impositiva, los importes recibidos no constituyen adelantos o anticipos a cuenta de honorarios pues de ser pagos, nada tendrían que devolver, salvo el supuesto de pago por error. La verdadera naturaleza del negocio celebrado entre el director y la sociedad puede entenderse que es un mutuo que la sociedad otorga al director y cuya restitución debe efectuarse cuando la asamblea fije la retribución y en su caso, la fecha de pago, extinguiéndose con fuerza de pago las dos deudas (la del director con la sociedad y la de la sociedad con el director) hasta donde alcance la menor. En definitiva, para el destacado autor, los retiros a cuenta no son adelantos de honorarios sino mutuos a imputar a honorarios²².

3. La existencia de un acuerdo remunerativo. El régimen de contratación del director con la sociedad.

Como se ha podido apreciar, la figura tan aceptada de los anticipos de honorarios demuestra que entre los administradores y la sociedad existe un acuerdo previo sobre la remuneración que será percibida, y ello a pesar del carácter condicional de estos emolumentos.

Así lo sostenemos partiendo de las modernas posiciones²³ sobre naturaleza jurídica del vínculo del director con la sociedad, en su doble vertiente, orgánico y contractual y en virtud del cual la remuneración se vincula a este segundo carácter contractual, que bajo un acuerdo se presenta y se encuentra condicionado al alea de las ganancias y a la aprobación posterior por parte de la asamblea.

La doctrina nacional²⁴ ha hecho referencia a la existencia del acuerdo remunerativo pero no ha desarrollado su naturaleza o alcance, destacándose la carencia de formas sobre el mismo al reconocerse que puede ser incluso celebrado en forma verbal²⁵.

El ordenamiento nacional no prevé un régimen que regule este acuerdo remunerativo, pero ello no implica que en la práctica el mismo no se realice. Este acuerdo consiste en fijar una remuneración que el director percibirá durante el transcurso del ejercicio, y que será posteriormente refrendado con la asamblea que trate las cuentas anuales y fije la remuneración en cumplimiento a las pautas del art. 261.

Son diversas las fórmulas que pueden utilizarse para la materialización del acuerdo ya que podría optarse por celebrar un contrato laboral, un contrato de prestación de servicios o a través de la fijación de los mencionados anticipos.

En los primeros dos casos, la existencia del contrato, independientemente de su naturale-

s/ quiebra c/ Sosa, Santiago s/ ordinario"; Revista Electrónica de Derecho Societario N° 10 - Septiembre de 2002.

22 OTAEGUI, Julio, "Algunas cuestiones...", ob. cit. En el mismo sentido, MATTAY TREJO, Guillermo, "La remuneración...", ob. cit., pág. 567.

23 Conforme lo explica Polo, este desdoblamiento en la naturaleza jurídica del administrador según el prisma bajo el cual se observe, orgánico o funcional, es que encuentra base a las teorías que han intentado superar la visión estrictamente organicista de la relación de administración, por cuanto si bien la teoría del órgano cierra expresamente la puerta a cualquier otra relación interna entre la sociedad y el administrador, es palpable que alguna otra relación debe necesariamente establecerse entre la persona jurídica sociedad y la persona física administrador que asume la titularidad del órgano. Sostiene el autor citado que la relación del director con la sociedad expone claramente una característica negocial –si se quiere sui generis–, por entender que en la naturaleza de la designación del administrador existe una manifestación de voluntad colegial por parte del órgano de gobierno y una aceptación por parte de los sujetos designados, también manifestación jurídica voluntaria, necesarias ambas para la manifestación de sus efectos, lo que en definitiva se expresa en un negocio jurídico bilateral (POLO, E "Los Administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima", en "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles", dirigido por R. Uría, A. Menendez y M. Olivencia, Ed. Civitas, Marid, 1992, Tomo VI, pág. 50).

24 MATTAY TREJO, Guillermo, ob. cit., pág. 563. ROITMAN Horacio, "Ley de Sociedades...", ob. cit., pág. 408, ACHAVAL, Andrés; "Remuneración de los integrantes del órgano de administración en la sociedad de responsabilidad limitada", JA 2000-II-999.

25 MATTAY TREJO, Guillermo, ob. cit., pág. 563.

za, importará que deba cumplirse con el régimen del art. 271 LGS²⁶ que establece que el director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere²⁷ y siempre que se concierne en condiciones de mercado²⁸. Agrega la norma que los contratos que no reúnan dichos requisitos sólo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura, si no existiese quorum, debiendo a su vez dar cuenta a la asamblea. Por ende, en el sistema del art. 271 LGS ante el cumplimiento de los recaudos previstos en el primer párrafo de la norma, el contrato puede celebrarse sin una decisión orgánica concreta. Por el contrario, cuando no se celebre en condiciones de mercado o no este comprendido en la actividad en la que opere la sociedad, requerirá aprobación del órgano de administración y dar cuenta de ello a la asamblea.

La aplicación de esta norma a los contratos de prestación de servicios o laborales ha sido escasamente tratada por la doctrina, y ante las pocas posiciones de los autores y la jurisprudencia comercial, no podemos concluir en una posición pacífica. En concreto, no se encuentra definido si los contratos laborales o de prestación de servicios que realice un director responden a la actividad en la que ésta opera, y que por ende permita la aplicación de la primera parte de la norma que no requiere aprobación específica por parte del órgano de administración, o si por el contrario se debe aprobar conforme al segundo párrafo de la norma y en consecuencia, dar cuenta a la asamblea.

En definitiva, la ley no prohíbe su proceder y ello aparece acertado ya que la celebración de un contrato de servicio u obra con quien ya es administrador de la sociedad puede resultar incluso de interés para la propia sociedad, pues ésta había demostrado confianza en un

26 ARTICULO 271. Prohibición de contratar con la sociedad. — El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que éste opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior sólo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea. Si desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad. Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero.

27 Verón, al referirse al tema restringe el concepto de "actividad en que opere" a las operaciones habituales de la empresa, enmarcando éstas dentro de las contrataciones que han seguido un procedimiento regular, sin posibilidad de afectación del derecho de la sociedad, no de los demás accionistas, desarrollándose dentro de un normal desenvolvimiento del giro social (VERON, ob. cit. T IV, pág. 279). Otaegui interpreta que en dicho texto quedan incluidas las operaciones ordinarias (art. 64, in fine) y los negocios ordinarios (art. 269), exceptuándose los negocios extraordinarios que cuando encuadren dentro del objeto social, no son realizados habitualmente por la sociedad (OTAEGUI, Julio, "Administración...", ob. cit., pág. 290).

28 "Antes de la reforma de la ley 22.903, el art. 271 original, disponía como requisito que se celebren en las mismas condiciones en que la sociedad lo hubiere hecho con terceros, sin embargo en la reforma se decidió modificar aquella condición por el requisito de que los actos se celebren "en las condiciones de mercado". En la exposición de motivos se dijo que el nuevo requisito es "una pauta de fácil aprehensión y de mayor concreción que la remisión a la contratación con terceros, que en definitiva es más lata por la propia amplitud de la noción de terceros que pueden ser de distintas categorías, o ser terceros que contratan en distintas condiciones. Antes de la reforma de la ley 22.903, el art. 271 original, disponía como requisito que se celebren en las mismas condiciones en que la sociedad lo hubiere hecho con terceros, sin embargo en la reforma se decidió modificar aquella condición por el requisito de que los actos se celebren "en las condiciones de mercado". En la exposición de motivos se dijo que el nuevo requisito es "una pauta de fácil aprehensión y de mayor concreción que la remisión a la contratación con terceros, que en definitiva es más lata por la propia amplitud de la noción de terceros que pueden ser de distintas categorías, o ser terceros que contratan en distintas condiciones" El elemento de condiciones de mercado, se refiere a las pautas generales del contrato, es decir al precio, los descuentos, la forma de pago, las garantías, los plazos, los intereses, etc. La referencia al "mercado" tiene su antecedente en la ley de sociedades por acciones brasileña de 1976 art. 156[136]. Si bien la exposición de motivos considero que la pauta relacionada con "el mercado" es más aprehensible y concreta, la realidad es que esta pauta es más abstracta, y dependerá de la oferta y demanda existente al momento de la contratación. Según la Real Academia Española, la definición de mercado apropiada sería la 8va. que lo define como "estado y evolución de la oferta y la demanda en un sector económico dado". De la parte final de esta definición se puede inferir que hay diferentes mercados, y cada uno es diferente, siendo pocos los mercados en el país en los cuales se pueda establecer con cierta certeza "las condiciones de mercados", que serían aquellos en donde el precio en plaza puede obtenerse de alguna bolsa de comercio u otra similar, en el resto de los casos, será una cuestión de ardua prueba, donde se deberá recurrir a otras ciencias para poder determinar cuáles eran "las condiciones de mercado" al momento de celebrar el contrato. RAMIREZ, Alejandro, "Contratación del director con la sociedad que administra", Revista Argentina de Derecho Empresario N° 13, 01/12/13, IJ-LXXI-475.

sujeto que previamente había sido designado administrador de la sociedad y tendrá un perfecto conocimiento de la sociedad a la que le prestará el servicio u obra²⁹.

La doctrina argentina considera que el contrato laboral que pudiera celebrar el director con la sociedad -de admitirse la licitud de tal relación- queda comprendido en el régimen del art. 271 LGS³⁰. En el mismo sentido y en relación a los contratos de prestación de servicios que puede celebrar el director con la sociedad, debe considerarse que el art. 261 in fine LSC dispone que los directores puedan llevar a cabo el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas, y también el art. 270 que autoriza al directorio a "designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración". De esta manera, resulta lógico que puedan realizar este tipo de contratos, pero con sujeción a lo dispuesto por el art. 271 LSC³¹. En este sentido se ha sostenido que si bien el director de una sociedad anónima puede contratar sus servicios de abogado como patrocinante de la sociedad en un juicio, estará sujeto a las operaciones comprendidas en el segundo párrafo del art. 271 LSC³².

Por su parte, se ha sostenido que dada la redacción ambigua del art. 270 LGS en cuanto al régimen de contratación de un gerente por parte de la sociedad, no queda suficientemente claro si el desempeño de un director del cargo de gerente de la sociedad, es una excepción al principio general del art. 271 que prohíbe al director contratar con la sociedad, o, en su caso, debe interpretarse como una simple consecuencia de que la locación de servicios para la ejecución de los actos administrativos de la sociedad y necesarios para la adecuada marcha de la misma, y logro del objeto social, es un acto normal de la actividad de la sociedad, que no está vedada a los directores ejercer y desempeñar³³.

Ha sido la jurisprudencia del fuero laboral la que ha tomado una posición más concreta sobre el particular al considerar que el contrato laboral que pueda vincular al director con la sociedad deberá ser puesto a consideración de la asamblea en los términos del párrafo segundo del art. 271 LGS. Se funda tal posición en el hecho que si el director suscribiera con la sociedad un contrato de trabajo sin la intervención de otros órganos merecería una tacha de ilicitud (art. 41 LCT³⁴) por contrariar las buenas costumbres³⁵.

Se agrega a ello que si se le diera la posibilidad a los directores de designarse empleados sin la previa autorización de la asamblea extraordinaria, se corre el riesgo de asumir toda clase

29 GARCÍA CRUCES, José A. "La prestación de servicios por los administradores sociales y su remuneración", en *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Dir. García-Cruces, José Antonio. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 242.

30 HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio, "Sociedades Anónimas", Lexis Nexis, 2º ed. Buenos Aires, 1998, pág. 583. Por su parte, Sasot Betes y Sasot entienden que el contrato laboral queda comprendido en el régimen del art. 271 pero solo en relación a las funciones como gerente general o especial de la empresa: "En síntesis, entendemos que lo procedente, de acuerdo con el espíritu de la LSC es: 1) considerar como prohibido por el art. 271 la designación como empleado de un director en actividad, con la sola excepción de los cargos de gerente general y gerente especial, expresamente permitido por el referido artículo" (270 LSC). SASSOT BETES, Miguel y SASSOT, Miguel, "Sociedades Anónimas", Editorial Abaco, Buenos Aires, pág. 122.

31 RAMÍREZ, Alejandro, "Contratación del director con la sociedad que administra", *Revista Argentina de Derecho Empresario* N° 13, 01/12/13, IJ-LXXI-475.

32 Cía. Civil, Comercial y Minas de Mendoza, (1955), JM, XXIII-76, Rep LL, XVIII.1707, sum. 9, cit en Verón, *Sociedades...*, op. cit., pág. 283.

33 SASOT BETTES, Miguel y SASOT, Miguel P. *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, ob. cit., pág. 119.

34 Art. 41 LCT. "Nulidad de contrato de objeto ilícito: El contrato de objeto ilícito no produce consecuencias entre las partes que se deriven de esta ley."

35 "La reforma de la ley 22.903 flexibilizó el régimen estatuido por la ley 19.550, pero el contrato de trabajo siguió excluido del art. 271 ya mencionado. Resulta indiscutible que el deber de lealtad prohíbe al presidente del directorio intervenir, siquiera, en su propia contratación y que, de hacerlo, el acto, por prohibición del objeto, es nulo (art. 953 C. Civ) y que en el marco del art. 41 LCT merece la tacha de ilicitud por contrariar las buenas costumbres" (CNTrab, Sala VIII, 6/12/02, "Arzani, Eduardo c/ Biblión, Tomás y otro s/ despido", El Dial AL852, Ídem, CNTrab, Sala I, 20/06/20, "Franqueiro, Miguel Angel c/ Polymont Argentina SA y otro s/ despido").

de abusos en materia de remuneraciones a pesar de los límites impuestos por el art. 261³⁶. Desde nuestro punto de vista, consideramos que la contratación de servicios -ya sea mediante un contrato de prestación de servicios o laboral- deberá cumplir con el segundo párrafo del art. 271 LGS que requiere una decisión expresa del directorio al efecto -y en su caso de la sindicatura- y dar cuenta de ello a la asamblea. Fundamos tal posición en tres aspectos. El primero porque consideramos que cuando el art. 271 LGS se refiere a la "actividad en que esta opere" para permitir la contratación del director con la sociedad se remite a la actividad o sector en la que esta realice el intercambio de bienes o servicios (art. 1 LGS). A su vez, la norma del art. 261 prevé un mecanismo especial de aprobación para los sueldos y otras remuneraciones por tareas técnicas o comisiones especiales que impone la intervención del órgano de gobierno para su aprobación. Por ende, respetando el régimen de competencias del régimen remuneratorio, el contrato que pudiera dar origen a dicha remuneración debiera ser competencia del mismo órgano de gobierno. Finalmente, entendemos que si se permitiera que dichas contrataciones se realizaran sin necesidad de decisión orgánica, se estaría fomentando una falta de transparencia total en una materia -la remuneratoria- donde debe primar la amplia información.

No obstante lo expuesto, en la práctica, este tipo de contratos suelen ser aprobados sin decisión orgánica, posiblemente sustentado en las posiciones encontradas sobre la aplicación del art. 271³⁷.

Respecto a los anticipos, si bien por su carácter sui generis no se someten a un régimen particular, si nos remitimos a su naturaleza al ser considerados mutuos sujetos a una eventual compensación, la jurisprudencia³⁸ ha sostenido que deberían aprobarse conforme el párrafo segundo del art. 271, cumpliendo con la aprobación del directorio -o de la sindicatura en su caso- y dando cuenta de ello a la asamblea. A su vez, debe destacarse que se ha propiciado que los mismos deban ser fijados en términos razonables³⁹.

En el ámbito de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones debe destacarse que el art. 71 LMC⁴⁰ determina que es competencia de la asamblea ordinaria la aprobación de celebración de contratos de administración o gerenciamiento de la sociedad. De este modo, la norma aplicable a sociedades cotizantes otorga competencia a la asamblea para

36 FARINA, Juan, "Tratado de Sociedades Comerciales", Ed. Zeuz, Rosario, 1979, nota 1049.

37 COSTE, Diego, ob. cit. pág. 764.

38 "la actividad en que la sociedad opere", ha sostenido que "el director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Los contratos que no reúnan los requisitos antes expuestos solo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. Ahora bien, si el director puede celebrar con la sociedad los contratos en las condiciones antes señaladas, se infiere que ni el director ni la sociedad pueden prestarse dinero a menos que específicamente el contrato societario prevea tal tipo de actividad financiera. En su defecto, tal operación crediticia para su viabilidad sólo podrá ser celebrada en tanto medie una autorización previa del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. En el supuesto de dificultades de financiamiento, el procedimiento apropiado sería que los accionistas suministren los recursos por vía de un aumento de capital social, cuando no puedan satisfacerse las exigencias del citado art. 271. En el caso, de las constancias del presente incidente no ha mediado autorización previa del directorio que haya permitido al incidentista otorgar el préstamo que se pretende verificar" CNCom, Sala C, 16/02/99, Bongiorno, Domingo s/inc. de verif. por Bongiorno, Emilio; LL 2000-C, 88, DJ 2000-2, 351

39 ANAYA, Gonzalo, ob. cit: Son numerosas las variables que pueden y deben considerarse y analizarse para determinar la razonabilidad y licitud de la decisión a la luz de la situación económico financiera de la sociedad y, consecuentemente, del interés social e, incluso, en salvaguardia de los derechos de los accionistas minoritarios que no integran el directorio y que, consecuentemente, no tienen acceso a este beneficio.

40 Art. 71. Asambleas ordinarias. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones corresponde a la asamblea ordinaria resolver, además de los asuntos mencionados en el art. 234 de la ley 19.550, los siguientes: a) La disposición o gravamen de todo o parte sustancial de los activos de la sociedad cuando ello no se realice en el curso ordinario de los negocios de la sociedad; b) La celebración de contratos de administración o gerenciamiento de la sociedad. Lo mismo aplica a la aprobación de cualquier otro pacto por el cual los bienes o servicios que reciba la sociedad sean remunerados total o parcialmente con un porcentaje de los ingresos, resultados o ganancia de la sociedad, si el monto resultante es sustancial habida cuenta del giro de los negocios y del patrimonio social.

la aprobación de los contratos de gerenciamiento o administración desplazando la competencia del órgano de administración hacia la ya que la designación de gerentes corresponde según el régimen general de la LGS al directorio.

El punto a dilucidar es si a través de esta norma se habilita el tratamiento de un contrato de administración con los propios miembros del directorio, más allá de la posibilidad de la suscripción de un contrato de administración o gerenciamiento con el gerente general o gerentes especiales. En definitiva, no encontramos óbice para que en el marco de las facultades delegables, y la posibilidad de que las mismas sean asumidas por uno o más directores, la asamblea apruebe este tipo de contratos con sus propios directores. En definitiva, a través de la norma analizada se podría aprobar el otorgamiento de facultades ejecutivas y/o técnico administrativas a los directores y su retribución.

3. Conclusiones.

En síntesis, el contrato laboral, de prestación de servicios o los anticipos resultan mecanismos mediante los cuales se establece una remuneración periódica a los administradores. Conforme a los argumentos que desarrollamos, deberán ser tratados conforme al segundo párrafo del art. 271 LGS que impone su aprobación expresa por parte del órgano de administración y dar cuenta de ello a la asamblea. El cumplimiento de estos recaudos no obsta a que -a su vez-, por la aplicación del art. 261 LGS, se encuentran sujetos a condición -que existan ganancias- y que sean aprobados por asamblea al finalizar el ejercicio social.

No obstante nuestra posición sobre la necesidad de cumplir con los parámetros del párrafo segundo del art. 271 LGS, no desconocemos que en la práctica estos mecanismos se imponen sin ningún tipo de decisión orgánica que los avale. La existencia de estos acuerdos previos remuneratorios no regulados y su falta de transparencia, son algunos de los problemas que hacen a la conflictividad de la materia remuneratoria. Nos encontramos ante un mecanismo puro de autocontratación que ni siquiera requiere una aprobación por parte del órgano de administración.

A su vez, esta situación propicia la contratación laboral del director, buscando en las normas de orden público laboral cierta estabilidad remuneratoria, lo que además importará una colisión entre las normas del derecho laboral y las comerciales.

Los accionistas externos o minoritario recién tomarán conocimiento de estas remuneraciones periódicas una vez que finalice el ejercicio social y con una asimetría de información evidente podrán conocer algún escaso detalle de las labores cumplidas que justifiquen la remuneración cuando la asamblea -en su caso- deba aprobar la remuneración y justificar la realización de funciones técnico administrativas y comisiones especiales.

En definitiva, conforme a lo expuesto, parece razonable que el Derecho ofrezca respuesta ante los peligros que se configuran cuando se presenta un régimen de autocontratación⁴¹. Entendemos que el acogimiento de una solución contractual para la retribución de los administradores que presten funciones técnico administrativas o comisiones especiales -conforme a la letra del art. 261 LGS- es acorde con la relevancia y complejidad del asunto⁴².

Como lo hemos expresado, existe una contradicción entre la norma y la práctica. El régimen

41 GARCÍA CRUCES, José A. "La prestación de servicios por los administradores sociales y su remuneración", en *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Dir. García-Cruces, José Antonio. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 239.

42 SANCHEZ CALERO-GILARTE, Juan, "La retribución de los consejeros ejecutivos", en "Estudios sobre órganos de sociedades de capital", Volumen II, pág. 353, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, Vol. II, pág. 365.

del art. 261 impone que la retribución sea fijada una vez finalizado el ejercicio y determinada la utilidad y el destino del resultado. Sin embargo, y conforme ha sido destacado por la jurisprudencia, parece poco sensato que el director *“pueda ser conducido sin la expectativa de la obtención de una retribución no sólo adecuada sin también oportuna”*⁴³ lo que en definitiva justifica la existencia de los anticipos o de la contratación laboral del director. Si efectivamente hay un divorcio entre la teoría y la práctica, una de dos: o la teoría debe ser abandonada o la práctica corregida⁴⁴.

Por ello, entendemos que sería prudente que la legislación argentina regule el contrato de delegación de funciones técnico administrativas o comisiones especiales y su correlativa remuneración.

El objeto del contrato permitirá la concreción de las facultades que competen al administrador, lo que en definitiva se traduce en la determinación de los servicios que éste ha de prestar a la sociedad en el que se detallarán sus deberes y la remuneración que va a percibir por tales funciones especiales⁴⁵.

Coincidiendo con la doctrina española, entendemos que dicho contrato debe circunscribirse a aquellos directores que presten funciones ejecutivas. La previsión específica de la relación contractual del administrador ejecutivo con la sociedad resulta fácil de comprender si tenemos en cuenta el plus de actividad que realiza este tipo de administradores en relación con el resto de los miembros del órgano, y en consecuencia, la conveniencia de su concreción individualizada en el correspondiente contrato de administración⁴⁶.

Debemos destacar que el Anteproyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades del año 2019⁴⁷ ha previsto la posibilidad de establecer una remuneración fija determinada al momento de la designación y que no estaría sujeta a la existencia de ganancias ni a la distribución de utilidades⁴⁸.

43 “De All, Jorge Emilio c/ Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. s/ Ordinario s/ Incidente art. 250

44 PAZ ARES, José C, “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, Indret, 2008, Núm. 1. pág. 5.

45 GUERRERRO TREVILJANO, Cristina, “La retribución de los consejeros ejecutivos en sociedades cerradas”, en “Estudios sobre Organos de las Sociedades de Capital. Volumen 1”, Dir. Rodríguez Artigas, Fernando y Velazco, Gudencio Esteban, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1º ed, 2017, pág. 988; FARRANDO, Ignacio, ob.cit., pág. 116.

46 JUSTE MENCIA, Javier y CAMPINS VARGAS, Aurora., “La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas. El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad (arts. 249.3 y 4 y 529 octodecies LSC)”, en Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones d / coord. por Antonio Roncero Sánchez; Fernando Rodríguez Artigas (dir.), Alberto Alonso Ureba (dir.), Luis Fernández de la Gándara (dir.), Luis Antonio Velasco San Pedro (dir.), Jesús Quijano González (dir.), Gaudencio Esteban Velasco (dir.), Vol. 2, 2016 (Tomo II), pág. 768.

47 La comisión redactora fue creada por decreto de la Presidencia Provisional del Honorable de la Nación 58/2018, a propuesta de los senadores Ada Iturriz de Capellini y Federico Pinedo, e integrada por los Dres. Rafael M. Manóvil, Guillermo E. Ragazzi, Julio César Rivera, Alfredo L. Rovira, Gabriela S. Calcaterra, Arturo Liendo, secretaria a cargo de la Dra. Liuba Lencova Besheva. En este orden, el 5 de Junio de 2019, mediante el Expte. 1726/19/Senado, se le otorgó estado parlamentario al Proyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades de la Argentina, estado que finalmente perdió por no haber sido puesto a consideración en el recinto.

48 ARTÍCULO 261.- **Remuneración.** El estatuto podrá establecer el régimen de las remuneraciones del directorio y del consejo de vigilancia, en su caso, el cual podrá consistir en una suma fija, pagadera en efectivo, proporcional a los resultados u otros incentivos, o en una combinación de ambas de esas modalidades. En caso de silencio del estatuto, la remuneración será fijada por la asamblea, o por el consejo de vigilancia en caso de que fuese éste el encargado de elegir los directores.

Cuando la remuneración consista en una suma fija, la misma no estará condicionada a la existencia ni a la distribución de utilidades. Será determinada por el órgano que nombra a sus integrantes en la misma resolución que los designa, debiendo fundarse el monto en las tareas, la dedicación asignada, la formación profesional del director, y las condiciones del mercado.

El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto pueden percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia, en su caso, incluidos sueldos, retribuciones indirectas y remuneraciones por el desempeño de comisiones especiales o funciones técnico-administrativas, ocasionales o permanentes, no podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) de las ganancias.

Dicho monto máximo se limitará al cinco por ciento (5%) cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición, no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos, resultante de la formación de reservas legales y estatutarias, ni de deducir las retribuciones del directorio y del consejo de vigilancia.

En conclusión, de lege data consideramos que las remuneraciones fijas y periódicas que puedan percibir los administradores, sean por contratación de servicios, laboral o en concepto de anticipos deberán ser aprobadas por el directorio o sindicatura y dar cuenta de ello a la asamblea de acuerdo al segundo párrafo del art. 271 LGS. A su vez, dichas remuneraciones percibidas estarán condicionadas a la aprobación asamblearia al cierre del ejercicio de acuerdo a los parámetros y límites del art. 261.

De lege ferenda, consideramos que la legislación argentina debería prever un régimen de contratación específico para los administradores que presten funciones técnico administrativas y comisiones especiales que permita que estos perciban una remuneración periódica por estas especiales funciones. En este sentido, compartimos la propuesta introducida por el Anteproyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades del año 2019, que incorpora el principio de *adecuación* a este tipo de remuneraciones.

Cuando, frente a lo reducido o a la inexistencia de ganancias se imponga la necesidad de exceder los límites prefijados, la asamblea puede decidir remuneraciones en exceso. El asunto deberá ser incluido como uno de los puntos del orden del día. La resolución deberá fundar la procedencia de la remuneración en exceso y su monto.

ASAMBLEAS Y REUNIONES DE DIRECTORIO POR VIDEOCONFERENCIA

E. Daniel Balonas

SUMARIO

El aislamiento sanitario del año 2020 funcionó como un catalizador que aceleró la utilización de la tecnología en los procedimientos y actos que antes la resistían. No debemos permitir que, la vuelta a la normalidad implique un retroceso en esos avances. En ese contexto proponemos interpretar que las sociedades pueden celebrar las reuniones de sus órganos por videoconferencia, aún en ausencia de previsión contractual.

PONENCIA

INTRODUCCIÓN

Hace ya muchos años se viene hablando de asambleas y otras reuniones de órganos societarios celebradas a distancia. Aunque lo cierto es que la mayoría interpretaba tal solución solo viable para grandes compañías que dispusieran de sofisticado y costoso equipamiento. Sin demasiado análisis se repetía que el Art. 233 de la LGS era un impedimento para celebrar las asambleas fuera de la jurisdicción, e incluso que tal norma, por analogía, se aplicaba a las reuniones de los demás órganos societarios. También se traían, como impedimentos las normas sobre quórum. En función de ello las normas administrativas solo admitían las reuniones a distancia cuando ello solo era un medio para que participen desde el exterior algunos de sus miembros, mas el quórum debía alcanzarse con presencias físicas. También se supeditó a que el Estatuto lo contemplara.

Existieron algunas voces que cuestionaron tal análisis, afirmando, en esencia, que el concepto de “presencia” debía revisarse, y que quien participa de un acto a través de una pantalla, en realidad debe computarse como presente. Se ha dicho que *“la presencia puede ser física o virtual, ya que lo que importa es que la participación sea real, a través de medios que aseguren la intersubjetividad y la simultaneidad (principio de igualdad entre socios), esto es, que hagan factible que cada individuo emita su voto o mensaje y lo dirija a otros, y que éstos puedan recibirlo simultáneamente, al mismo tiempo (por teleconferencia o videoconferencia, entre otros)”*¹.

Tal interpretación no ha sido única y de hecho ya mucho antes se había sostenido lo mismo, mas no se impuso y, pacíficamente se aceptaba que la reunión por videoconferencia no era, por regla, válida y que para realizarla debía existir previsión estatutaria.

El Art. 158 del Código Civil y Comercial debió, al menos en el caso del órgano de gobierno, permitir superar el escollo. Mas la interpretación mayoritaria fue que en el caso de las sociedades las limitaciones sobre quórum y sobre el lugar de celebración derivada del Art. 233 LGS seguían siendo un impedimento y que prevalecían en función del orden de prelación normativa del Art. 150 CCyCN.

¹ BORETTO, Mauricio, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1a edic., t. I, p. 299.

2. LA RESISTENCIA A LOS CAMBIOS.

Es conocida la resistencia humana a los cambios. Y cuando los cambios vienen de la mano de la tecnología, los obstáculos suelen ser los siguientes:

- (i) Las fallas de diseño y funcionamiento de los sistemas.
- (ii) La necesidad de tecnología y sus costos.
- (iii) La necesidad de conocer y manejar con eficiencia esa tecnología.
- (iv) La necesidad seguridad, al menos, igual a la del sistema físico.
- (v) La necesidad de modificar normas que impiden los cambios.
- (vi) Y, lo más importante, la resistencia humana a todo cambio.

Las primeras cinco funcionan siempre al servicio de la última y con ello los procesos de cambio se vuelven eternos. Salvo que surja un catalizador que remueva de un plumazo esos obstáculos. Y la pandemia de Covid19 lo fue.

3. EL AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO Y OBLIGATORIO COMO CATALIZADOR.

La Pandemia Mundial de Covid 19 paralizó al mundo, al menos en los primeros meses del año 2020. La parálisis vino en algunos casos impuesta por normas sanitarias incorporadas al derecho positivo, en otros por la suspensión de vuelos y cierre de fronteras, y mucho más por una reacción natural de la población que optó por aislarse, a modo de instintiva defensa. Mas, rápidamente, se comprendió que la vida no podía suspenderse, que las actividades -laborales, educativas y aún sociales- debían continuar. Y aún en aislamiento comenzaron a desarrollarse modos nuevos de comunicarse y de resolver las actividades a distancia. En general con sustento en la tecnología ya existente.

Así, aprendimos que las videoconferencias no requerían de costosos dispositivos, y que existían aplicaciones sencillas que nos permitían participar de reuniones sin más que un celular o una notebook, desde el living de nuestro domicilio. Pronto las videoconferencias se volvieron parte de la vida diaria, la forma de conectarnos con afectos, con estudiantes, con profesores e incluso de celebrar eventos académicos. Y claro, también de celebrar actos societarios.

Así, la parálisis inicial fue sucedida por la comprensión de que la vida no podía detenerse, y que grandes problemas requerían grandes soluciones, y así los insalvables obstáculos que en el pasado impedían la modernización, fueron superados en pocos días.

4. LAS SOLUCIONES QUE VINIERON DE LA MANO DEL AISLAMIENTO.

Aislados y en nuestros domicilios, las soluciones surgieron rápidamente.

En pocos meses los procesos judiciales terminaron el proceso en camino a la digitalización absoluta, que llevaba años demorándose. Los trámites administrativos también se digitalizaron. Incluso las actividades privadas pareciera que descubrieron la posibilidad del trabajo remoto y los sistemas “*en la nube*”.

Los temores a la inseguridad fueron resueltos privilegiando la Buena Fe, como único mecanismo para que las actividades no se paralizaran.

En un trabajo que escribimos en el año 2020² destacamos que aún con falencia normativa y tecnológica, “*Los procesos [judiciales digitales] comenzaron a avanzar al amparo del Principio de Buena Fe, y, si se quiere, del principio de preclusión y del consentimiento tácito que las partes van dando a los actos celebrados sin las formalidades requeridas por la Ley*”

² BALONAS, Daniel “Verificación de Créditos Electrónica, Expedientes Digitales y el Principio de Buena Fe”. Ponencia presentada en el 72 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Azul, noviembre de 2020.

Y también descubrimos que la digitalización, o la celebración de actos con la sencilla posibilidad de grabarlos podía aportar transparencia, bien quizás mucho más importante que alguno que pudiera menguarse.

Se ha dicho, con razón, que *“la digitalización puede alterar las oportunidades de corrupción al reducir la discreción, aumentar la transparencia, y permitir la rendición de cuentas al desmaterializar los servicios y limitar las interacciones humanas”*³.

Sistemas de transacciones digitales, junto con el desarrollo de la tecnología que se denominó *Blockchain* demuestran como lo digital, con su nota de transparencia, terminan brindando mayor confiabilidad que los históricos sistemas con soporte físico.

5. LOS EFECTOS EN MATERIA DE ASAMBLEAS Y REUNIONES SOCIALES.

En materia de asambleas y otras reuniones de órganos societarios -e incluso de asociaciones civiles y otras personas jurídicas- se consideró, con toda naturalidad, que no existía norma que impidiera las reuniones virtuales, por los mismos sistemas con que se daban clases, se hacían los congresos e incluso se reunían nuestros líderes políticos para definir los destinos del mundo.

En muchas jurisdicciones nada se reguló, simplemente se aceptaron este tipo de reuniones. La respuesta a las consultas era: *“si no se perjudican derechos de quienes tienen derecho a asistir, ninguna norma lo impide”*.

A nivel nacional, la Inspección General de Justicia fue precursora. Y el 26/3/2020, a días de comenzado el aislamiento, dictó la Resolución General 11/2020 que en pocos párrafos removió los mentados obstáculos⁴ y aprobó una reglamentación para las asambleas y reuniones de otros órganos por videoconferencia.

Certeramente reguló el instituto, impuso recaudos de seguridad -tales como grabar el acto y conservar el video, garantizar la participación, etc.-. Mantuvo el recaudo de que ello debía estar previsto en el estatuto, aunque, a modo de norma de emergencia autorizó su realización sin previsión contractual en tiempos de pandemia. Y así el sistema funcionó sin mayores problemas.

6. EL FIN DEL AISLAMIENTO Y LOS RIESGOS DE RETROCEDER EN LO AVANZADO.

Sin embargo, recuperada poco a poco la actividad normal, aun con la resistencia de muchos a volver a sus puestos de trabajo presenciales, volvieron las discusiones sobre la conveniencia o no de mantener los avances decididos “en la emergencia”.

Se vuelven a enfrentar los obstáculos que mencionamos en el punto 2 anterior.

Estamos convencidos que las herramientas conocidas no pueden abandonarse, y que los avances no pueden sacrificarse.

En el punto que aquí nos ocupa, entendemos que las asambleas -y en realidad las reuniones de cualquier órgano social- puede llevarse adelante -a opción de la sociedad- por videoconferencia.

7. LOS FUNDAMENTOS A FAVOR DE LAS ASAMBLEAS (Y LAS REUNIONES DE OTROS ÓRGANOS) POR VIDEOCONFERENCIAS.

Somos de la opinión de que el histórico concepto de presencia/ausencia debe adaptarse a

³ SANTISO, Carlos “La digitalización como estrategia anticorrupción”, <https://oecd-development-matters.org/2021/08/05/la-digitalizacion-como-estrategia-anticorrupcion/>

⁴ Por ejemplo, se reconoció que el art. 233 solo existe para evitar el perjuicio de la convocatoria en lugares lejanos que impida la participación de accionistas, pero no para restringir la realización virtual.

los tiempos actuales.

La tecnología permite hoy en día que la presencia física y la virtual -a fines jurídicos- no tengan mayor distinción. En tanto quienes participen de un acto puedan escuchar y ver lo que ocurre en el mismo en tiempo real y, a su vez, puedan intervenir en el mismo logrando que todos los demás los escuchen y vean, es claro que debemos calificarlos como presentes y no como ausentes. Ello más allá del lugar físico en que se encuentren.

El tradicional concepto de presencia limitada a la presencia física, considerando ausencia a todo lo demás no se condice con la realidad actual ni con la tecnología disponible. Tecnología que, además, continuará avanzando a pasos agigantados.

Compartimos con los fundamentos de la Res. IGJ 11/2020 que el art. 233 LGS -y su aplicación analógica a otros órganos- es en favor de no cercenar la participación de todos los integrantes en las reuniones. Mas vemos que las reuniones por videoconferencia lejos de cercenar tal derecho lo incrementan, al permitir la participación de quienes por residir lejos o por problemas de salud o movilidad antes no podían participar.

Y eso vale para todos los órganos sociales, en tanto no exista norma -legal o privada- que disponga expresamente lo contrario. Es más, en el caso de órganos de gobierno, el Art. 158 del CCyCN lo admite expresamente siempre que todos los interesados lo consientan. Y aquí debemos reconocer que quizás la Ley imponga el escollo de consentimiento de todos los socios, lo que podría implicar que la oposición de uno solo exija que el acto sea presencial⁵. Por nuestra parte consideramos que habría sido mejor solución dejar que la mayoría decida sobre la modalidad de la reunión. Como dijimos, el sistema virtual, especialmente con la regulación que trajo la normativa de emergencia (RG IGJ 11/2020), da más transparencia al sistema, lo que justifica el mantenerlo. Claro que siempre debe quedar a favor de la sociedad -entendemos que por mayoría de quienes deben intervenir en el acto- el decidir la reunión presencial por el sistema tradicional, cuando se deban tratar temas que, bajo ningún concepto, se podría aceptar que trasciendan a terceros. Y allí la transparencia sería una desventaja más que un beneficio.

Por tales motivos no compartimos lo dispuesto por la Res. General IGJ 8/2022 que ha vuelto las cosas al estado anterior. Es cierto que el modo en que se legisló en la emergencia mediante RG 11/2020 requería poner fin a la norma de excepción, mas la situación actual imponía mantener como permanente el régimen de la RG 11/2020 y no ponerle fin.

Todo lleva a pensar que funcionó el temor al retroceso que mencionamos en el punto anterior.

8. CONCLUSIONES.

Consideramos que ninguna norma legal limita la posibilidad de realizar cualquier reunión, de cualquier órgano societario, mediante videoconferencia, en tanto la mayoría de quienes deban participar lo consienta. La participación por videoconferencia importa presencia de todos aquellos que participen en simultáneo con capacidad de ver y escuchar así como ser escuchados y vistos por los demás.

No existiendo prohibición, no es necesaria previsión contractual para que el sistema sea válido. Quizás, la única excepción sería la asamblea, en la que el Art. 158 del CCyCN exige la conformidad de todos los participantes para ello. De *lege ferenda* proponemos la modificación de tal norma, dejando la decisión a la mayoría de quienes tienen derecho a participar.

⁵ De hecho así se ha regulado en algunos regímenes, como por ejemplo la Ley 13951 de Mediación en la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario 600/2021 que solo admiten la reunión a distancia si ninguno de los que deben participar se opone.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA REGULACIÓN DEL DIRECTORIO DE LA S.A.

Gabriela Silvina Calcaterra

SUMARIO

Las normas imperativas de la ley general de sociedades dejan un amplio margen de autonomía para regular en estatuto la organización y funcionamiento del directorio, contribuyendo así a la prevención y solución de conflictos societarios

PONENCIA

La celeridad y proyección de los negocios, cada vez más sofisticados, las complejas necesidades de los consumidores, el vertiginoso avance de la tecnología y las crisis de los sistemas económicos y políticos conocidos, reclaman una adecuación de la norma societaria a las actuales necesidades organizativas de la empresa, inspirada en los principios de flexibilidad, transparencia y desburocratización con el fortalecimiento de la buena fe, el no abuso del derecho y la seguridad jurídica.

Hasta tanto ocurran las reformas esperadas, es responsabilidad de los operadores del Derecho, interpretar y aplicar las normas con la mayor creatividad respetando la coherencia del sistema jurídico. Tal actividad deberá procurar como función propia del estatuto, la prevención y solución de conflictos, teniendo en cuenta que el contrato plurilateral de organización que da nacimiento a la persona jurídica sociedad debe organizar y regular el funcionamiento de los órganos con el único límite que imponen las normas imperativas en resguardo de los terceros, del interés social y de los caracteres rectores de la condición de socios. (art.150 inc 1° CCC).

A lo largo de los años, el derecho ha fortalecido el criterio de autocomposición de conflictos como superador del sistema constitucional clásico de heterocomposición en manos de jueces e incluso de árbitros, fortaleciendo al extremo la vigencia del refrán popular que reza “más vale un mal arreglo que un buen pleito”. Dentro de las fórmulas de autocomposición, es válido incluir al organicismo societario como forma de prevención y solución interna de conflictos a través del “agotamiento de la vía interna”.

Entiendo que para que ese procedimiento resulte efectivo, debemos hacer una adecuada aplicación de las normas legales y, sobre todo, incluir disposiciones convencionales acertadas, superando la discrecionalidad de las autoridades administrativas de control cuyo excesivo celo fiscalizador ha aletargado el ejercicio de la autonomía negocial arrastrando a los interesados a la judicialización de los conflictos con los mayores costos y resultados tardíos e inciertos que ello conlleva.

Dentro de este orden de ideas, y a modo de ejemplo, propongo circunscribir la continuidad de este análisis al directorio de las S.A., pues a la luz de este órgano, indirectamente podemos hacer algunas consideraciones adaptables a la gerencia de la SRL y la administración de las SAS puesto que son aplicables a la gerencia de la S.R.L. y por remisión, a la administración de las S.A.S., las normas legales sobre deberes, obligaciones, prohibiciones

e incompatibilidades de los directores. (arts. 157 ley 19.550 y 49 ley 27.349).¹

A poco de andar podemos recordar que el art. 167 C.Civ. y Com. dispone que “el estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación...”.

Por su parte, en el texto de la ley 19.550, el art. 1° define a las sociedades a partir del principio de organización tipificante,²; el art. 11, al enunciar los requisitos que debe contener el instrumento constitutivo refiere expresamente, en el inc. 6 a “la organización de su administración, de su fiscalización y de las reuniones de socios” y en el inc. 9 a “las cláusulas atinentes a su funcionamiento, disolución y liquidación”. Más adelante, el art.58 reconoce expresamente la “validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad del administrador por su omisión”, en un sentido amplio, referido tanto a las restricciones incluidas en el estatuto como en pactos de sindicación, reglamentos, protocolos familiares o cualquier pacto en el que intervengan todos los socios.

A partir de estas disposiciones generales, podemos interpretar que el instrumento no estará completo si carece de normas concretas y sistemáticas relativas a la organización de la administración y su funcionamiento. El legislador claramente nos desafía a hacer uso de la autonomía negocial regulando sobre la constitución y funcionamiento de los órganos de acuerdo a las particularidades del tipo y para cada sociedad en particular, a fin de que los conflictos puedan prevenirse y, sólo ante el agotamiento infructuoso de la vía interna, podremos acudir ante el juez o el árbitro.³

Recién entonces, podremos asegurar que cada estatuto cumple las funciones de: a) organizar la gestión de la sociedad para realizar la actividad prevista en su objeto, b) funcionar de manera eficiente garantizando la legalidad de sus actos y la continuidad de la empresa y c) ser una vía interna en sí mismo para prevenir y resolver conflictos.

1 Para facilitar el seguimiento de esta ponencia, transcribo las disposiciones contenidas en la ley 27.349 en materia de administración de las SAS:

Artículo 49.- Organización jurídica interna. Los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. Los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984. Durante el plazo en el cual la sociedad funcione con un solo socio, éste podrá ejercer las atribuciones que la ley le confiere a los órganos sociales, en cuanto sean compatibles, incluida la del representante legal. Los administradores que deban participar en una reunión del órgano de administración cuando éste fuere plural pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Igual regla se aplica para las reuniones de socios. Las resoluciones del órgano de administración que se tomen serán válidas si asisten todos los integrantes y el temario es aprobado por la mayoría prevista en el instrumento constitutivo. Las resoluciones del órgano de gobierno que se tomen serán válidas si asisten los socios que representen el cien por ciento (100 %) del capital social y el orden del día es aprobado por unanimidad.

Artículo 50.- Órgano de administración. La administración de la SAS estará a cargo de una o más personas humanas, socios o no, designados por plazo determinado o indeterminado en el instrumento constitutivo o posteriormente. Deberá designarse por lo menos un suplente, en caso de que se prescinda del órgano de fiscalización. Las designaciones y cesaciones de los administradores deberán ser inscriptas en el Registro Público.

Artículo 51.- Funciones del administrador. Si el órgano de administración fuere plural, el instrumento constitutivo podrá establecer las funciones de cada administrador o disponer que éstas se ejerzan en forma conjunta o colegiada. Asimismo, al menos uno de sus miembros deberá tener domicilio real en la República Argentina. Los miembros extranjeros deberán contar con Clave de Identificación (CDI) y designar representante en la República Argentina. Además, deberán establecer un domicilio en la República Argentina, donde serán válidas todas las notificaciones que se le realicen en tal carácter.

2 debería decir formas o admitir a las sociedades de la sección IV como tipo) y cuando dice previstos en esta debería decir la ley;

3 Sumo como nota, a los fines del debate en comisión, que paralelamente, el art. 36 ley 27.349 dispone que “el instrumento constitutivo, sin perjuicio de las cláusulas que los socios resuelvan incluir, deberá contener como mínimo los siguientes requisitos:.. inc. 7. La organización de la administración, de las reuniones de socios y, en su caso, de la fiscalización. El instrumento constitutivo deberá contener la individualización de los integrantes de los órganos de administración y, en su caso, del órgano de fiscalización, fijándose el término de duración en los cargos e individualizándose el domicilio donde serán válidas todas las notificaciones que se les efectúen en tal carácter. En todos los casos, deberá designarse representante legal” y replicando el inc. 11 de la ley 19.550, el inc. 10° requiere que el instrumento constitutivo incluya “ Las cláusulas atinentes a su funcionamiento, disolución y liquidación.”. De la lectura comparativa de los incs. 6 de la ley 19.550 y 7 de la ley 27.349 surge un aparente mayor rigor formal para las SAS que para las sociedades reguladas en la ley 19.550, ambos textos, con idéntico criterio, requieren de las partes la previsión de las cláusulas necesarias para que los órganos cumplan su función.

Hoy es tiempo de debatir acerca de cuál es el límite que las normas imperativas ponen al ejercicio de nuestra autonomía. Ese límite, a mi entender, está mucho más allá de los límites que nos hemos auto impuesto en los últimos cincuenta años, desde la vigencia de la ley 19.550.

En efecto, la ley 19.550 nos anima a asignar funciones a los directores⁴ evitando que la confianza inicial y el apremio que despierta el haber implementado una distribución espontánea, no regulada e improbable arrastre la responsabilidad del director de buena fe por actos realizados por otro, abusiva o equivocadamente.

Existen muchos otros ejemplos que ni siquiera atinamos a evaluar como posibilidades a veces por mera pereza intelectual y otras, por la frustración que produce el ejercicio inadecuado de la función de fiscalización externa de algunas reparticiones administrativas. Y es así como en lugar de hacer lo más, hacemos lo menos con los elevados costos de transacción que esta anomalía produce.

Nada impide fijar un plazo mínimo de duración en los cargos o regular que la fijación del plazo máximo sea resulta por la asamblea, o prever la la rotación en los cargos por parte de los distintos grupos de socios o ramas familiares, acordar mayorías especiales para designar al presidente del directorio, fijar requisitos para ser designado director, inclusive para reforzar la paridad de género restringir sus facultades de representación y de delegación de funciones, ampliar la habilitación para realizar actos en competencia, o de los mal llamados contratos con la sociedad regulados en el art. 271 ley 19, 550, siempre que no tenga interés directo o indirecto en conflicto con la sociedad.

Interpreto que nada impide pactar condiciones para el desempeño como directores luego de vencido el plazo de su designación obligando a ceñir sus facultades sólo a los actos urgentes y necesarios para impulsar una nueva designación en lugar de estimular su perpetuación indefinida en los cargos.

En lo relativo al funcionamiento del directorio tenemos permitido establecer quórum y mayorías especiales para ciertos actos y regular con buena fe el ejercicio del “doble voto” contemplando el funcionamiento de esta regla diferenciado según se trate de un directorio de dos miembros (donde si bien puede destrabar las decisiones pone todo el poder en manos del presidente) o de un número superior a tres donde realmente pueda ejercerse de buena fe.

Prever la renuncia del director definiendo cuándo será considerada dolosa o intempestiva y acordar que nunca será necesario invocar justa causa para la remoción debiendo aún así, el director abstenerse de votar en la pertinente decisión, aceptando con criterio de transparencia que quien es director no tiene derecho a imponer su permanencia en el cargo ya que su carácter de tal no le da derechos más allá de la voluntad de la asamblea.

Para el caso de designar varios suplentes, sería simple y aconsejable para evitar conflictos futuros, tener la previsión de disponer en qué orden asumirán los suplentes e, incluso, pactar que en caso de cubrir una vacancia provisoria no podrá realizar determinados actos que se reservan sólo a quienes asumen de manera definitiva.

Existen vías para agilizar la convocatoria a reuniones de directorio o facilitar la celebración

4 .Nada impide, a mi juicio, hacer lo mismo en las SRL. Asignar funciones en caso de órgano plural aunque no sea colegiado, es de enorme valor práctico dado que en las sociedades cerradas esto es una constante, pero al no tener formalmente asignadas las funciones la responsabilidad de los directores se mantiene solidaria y todo termina confluendo en un juicio interminable donde los jueces no pueden tener una visión clara de lo que realmente ha ocurrido en el seno de la sociedad y por ende se limitan a resolver en base a las pruebas producidas por las partes, las que terminan siendo favorables al director que peor se ha desempeñado.

de reuniones a distancia sin tener que caer, en cada caso, en la zozobra de no saber cómo resolver los efectos de funcionamiento del órgano que acarrearán las cuestiones tecnológicas. También es posible, en nuestra interpretación, garantizar la continuidad de la gestión habilitando, por ejemplo, al representante o a otro director a realizar actos urgentes y no tan urgentes si claramente son beneficiosos para el interés social y no perjudican a los accionistas ni a terceros en una suerte de representación temporal, previniendo así que el potencial conflicto entre los directores no permita adoptar resoluciones.

El estatuto podría sincerar el funcionamiento del directorio liberando de las reuniones trimestrales “formales” que se han convertido en actas copiadas cada tres meses en muchas sociedades anónimas donde son innecesarias, e, inclusive, establecer un método de toma de decisiones para cuestiones simples o de mero trámite por alguna otra vía de consulta o remota sin afectar la prohibición (que deberían reconsiderarse en una futura reforma legal) de votar por correspondencia. Por otra parte, es viable fijar temas de tratamiento obligatorio por el directorio cuando sean esenciales para la actividad que define su objeto. Hasta podría considerarse la viabilidad de incorporar cláusulas penales que sean de ejecución interna y que no requieran de una acción social de responsabilidad frente al incumplimiento de obligaciones específicas por parte de los directores, tales como desviar fondos o negocios sociales. No vemos que eso pudiera alterar la relación contractual existente entre el administrador y la sociedad pero sí garantizaría una tutela efectiva del interés social. En tutela de este interés, estamos habilitados a establecer otros deberes, prohibiciones e incompatibilidades además de las legales e incluso dejar en claro algunos deberes como el de renunciar al cargo cuando caigan en alguna de ellas. O dejar en claro algunos efectos normales de las vicisitudes propias de ser directores como, por ejemplo, que una vez removidos con o sin causa, no podrán ser reelegidos en los cargos si eso es de interés atento las particulares circunstancias de la sociedad que regula su estatuto. O que el cargo de director puede, o no puede, ser ejercido por una persona jurídica.

No vemos tampoco que pueda afectarse algún elemento esencial del concepto de sociedad al admitirse convencionalmente, prestaciones a cargo de los directores regulando en el estatuto su remuneración, plazo y demás condiciones de ejecución al estilo de las prestaciones accesorias, o, incluso, contratos de anticipo de fondos, concesión de créditos o préstamos, otorgamiento de garantías o cualquier otro tipo de asistencia financiera a favor del director por vía estatutaria.⁵

Por otra parte, nada impediría delegar algunas funciones de la asamblea hacia el directorio como la de fijar estrategias,⁶ o disponer que en caso de duda sobre la competencia de la asamblea o del directorio, la decisión será competencia del directorio y no de la asamblea.⁷ Muy necesarias son las cláusulas relativas a la presencia de notarios o asesores de directores en las reuniones que suelen aparecer en reglamentos pero no en estatutos de sociedades cerradas. Reglamentar el derecho de acceso a la información por parte de los integrantes del directorio e imponer sanciones específicas y de ejecución interna directa para el director que oculta información a los demás directores es otro aspecto que impacta directamente en el funcionamiento del órgano.

5 En el art. 59 septies del proyecto presentado al Senado de la Nación en 2019 por la omisión que integramos junto a los Dres. Manóvil, Ragazzi, Rovira, Rivera, Liendo proponíamos otorgar esta facultad a la asamblea.

6 Sánchez Calero, Fernando, “Los administradores de las sociedades de capital”, Civitas, Madrid, 2005, p. 41.

7 Se estaría abandonando así, el criterio de Halperín, Isaac, “Sociedades anónimas”, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 558.

En suma, estos y muchos otros, son todos temas que podrían incorporarse al estatuto dentro del deber legal de regular la organización y funcionamiento del directorio.

La sociedad es una persona nacida de un contrato que por definición es de duración y como toda persona, presenta una complejidad funcional que siempre es mejor regular. La responsabilidad de actuar con buena fe y ejercer la libertad bajo responsabilidad, comienza por el desempeño de los abogados que somos llamados a intervenir en cada una de las etapas de la vida de la sociedad y es parte de esa responsabilidad, acercar a los accionistas un estatuto que refleje y permita el funcionamiento de buena fe, evitando abusos y desalentando picardías que no contribuyen en nada a encaminar los conflictos hacia su resolución pacífica y eficaz.

LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y LOS CRITERIOS DE SUSTENTABILIDAD

Dolores Guzmán y Tomás Capdevila

SUMARIO

Las tendencias actuales de la economía y la sustentabilidad empresarias influyen en las decisiones de los socios y condicionan la gestión por los administradores de las sociedades. La consideración de los factores que hacen al Ambiente, Cuestiones sociales y Gobierno Corporativo y la inclusión de propósitos que trascienden el concepto de la causa de las sociedades, denotan la percepción de los socios acerca del propósito y de los intereses subyacentes de las sociedades en las que participan.

Ciertas legislaciones nacionales han receptado esas corrientes en los regímenes societarios o comerciales, con carácter imperativo.

Se aprecia la expansión de la sustentabilidad en el ámbito societario desde su inclusión en los estatutos. Luego, se generan contenidos específicos a los deberes de los administradores, cuyo cometido consistirá en la ejecución del mandato legal o estatutario sin desatender el núcleo de la actividad y de la causa de cada sociedad.

I. Introducción.

La evolución del pensamiento y de los criterios de la administración societaria se originaron en la *lex mercatoria*, de la que se siguió el desarrollo doctrinario.

Han influido la asimilación de los mandatos de tutela del ambiente, del respecto a la diversidad y el género, así como el afianzamiento de las reglas del buen gobierno societario.

Esos postulados se incardinaron con las nuevas concepciones sobre el propósito en materia societaria y la tutela de los intereses de quienes convergen con el interés social, en el marco de la actividad societaria. Entre éstos, destacan los proveedores, clientes, consumidores, acreedores involuntarios, denominados “*portadores de interés o stakeholders*”.

La adopción voluntaria de estos principios, mediante su incorporación a los estatutos sociales o a través de los Códigos de Buen Gobierno o de Integridad de las sociedades, se acompaña de normas específicas, en ciertos países.

Destacan, entre otras, la ley francesa PACTE, sancionada en 2019¹ y las Guías de Debida Diligencia de las Empresas en materia de Sostenibilidad de la Unión Europea, emitidas por su Comisión durante el pasado mes febrero de 2022².

La legislación nacional, en lo que refiere al Código Civil y Comercial y su legislación complementaria, carece de novedades sobre la materia.

Las referencias regulatorias se concretan en la Resolución General 896/2021 de la Comisión Nacional de Valores³ y en los reglamentos delegados conexos.

1 La Ley PACTE reforma el Code Civil y el Code du Commerce en cuanto al objeto y a la causa de las sociedades comerciales. PACTE se entiende como PACTE “Plan d’action pour la croissance et la transformation des entreprises”

2 Aprobadas por la Comisión Europea el día 23 de febrero de 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145

3 Resolución General 896/2021, la que aprobó la Guía para la Inversión Socialmente Responsable en el Mercado de Capitales Argentino. Su Anexo, “Lineamientos para la emisión de Valores Negociables Sociales, Verdes y Sustentables” prevé la apertura del capital de

El Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades (“LGS”) de 2019 recepta varios postulados inherentes a la materia bajo análisis, ya sea mediante una apertura a texturas más amplias de la causa de la sociedad como a la enunciación del contenido de los deberes de los administradores societarios⁴.

La atención de las sociedades a los asuntos englobados en la sustentabilidad se llevó adelante sin modificaciones normativas de magnitud en su organización y estructura, sin desmedro de las enunciadas en los párrafos anteriores.

El desarrollo de la ponencia analizará los medios de los que se valen los socios y administradores para considerar y ejecutar los requerimientos de la comunidad en cuanto a los principios o factores que hacen al Ambiente, Sociales y de Buen Gobierno Corporativo (en adelante, “Factores ASG o ESG, indistintamente”) con base en el régimen societario nacional y comparado.

En ese contexto, destaca el ejercicio de la autonomía estatutaria y de la relevancia del deber de diligencia de los administradores.

II.- LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA ANTE LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA SUSTENTABILIDAD.

Desde el último quinquenio, se ha debatido en la doctrina y en los Parlamentos sobre la absorción, en la organización societaria, de pautas relativas al concepto de la causa y de los Factores ESG.

En todos los supuestos, se trata de decisiones propias de la sociedad, salvo las contadas normas que, con sustento imperativo, requieren el cumplimiento de determinados parámetros de sustentabilidad o la incorporación de contenidos específicos a la causa de las sociedades⁵.

La dinámica de reformas legales y estatutarias se ha acelerado durante los últimos años. El activismo de legisladores, accionistas y administradores denota el carácter heterónomo, en observancia de mandatos legales o auto regulados, o de autonomía estatutaria de estos fenómenos.

Es un debate en el que la actividad y la estrategia societarias, elementos que exteriorizan la matriz de la diligencia de los administradores, está influida por el contexto político y económico y las tendencias de las ciencias de la administración⁶.

1. El Propósito como Elemento de las Sociedades.

Es éste uno de los temas centrales en el debate societario.

El propósito complementa y extiende los contornos de la causa de la sociedad. No desmiente la común asunción del riesgo que caracteriza los últimos desarrollos de este ele-

las sociedades cotizadas para inversores calificados en esta materia.

4 Véase, artículos 1, primero y segundo párrafos y 59, Proyecto de Reformas a LGS.

5 Véase, entre otras, las reformas a los artículos 1833, el que sujeta la gestión al interés social con atención a las cuestiones sociales y ambientales inherentes a su actividad, 1835, el que ordena la fijación de una razón de ser y a los principios de su ejecución, del Código Civil francés; 222-35, el que establece las pautas de conducta funcional de los administradores al interés social, con resguardo a los principios ambientales, sociales, deportivos atinentes; 210-11, mediante el que se prevé la adopción de un propósito en los estatutos y los consiguientes principios que han de guiar la actividad societaria; 210-12 del Código de Comercio francés, por el cual, ante un dictamen de un panel independiente que asevera sobre el incumplimiento a los Factores ESG, la Fiscalía competente en el domicilio social está facultada para demandar la eliminación del propósito y del triple impacto en esa sociedad.

6 Al respecto, Mariana Pargendler “The Grip of Nationalism on Corporate Law”, ECGI, Working Paper 437/2019 páginas 8 y siguientes.; Jill Fisch y Steven Davidoff Solomon “¿Should Corporations have a Purpose? ECGI, Working Paper 510/2020, páginas 8 y siguientes.

mento en la doctrina societaria ⁷ ni atribuye las externalidades propias de la actividad societaria a los portadores de interés con los que actúa.

Tampoco, desestima la estructura imperativa de la atribución de las ganancias y pérdidas para con los socios. Para el caso de la LGS, una previsión estatutaria así plasmada infringiría el artículo 13.

La matriz del propósito se enuncia en el segundo párrafo del artículo 1º del Proyecto de Reformas a la LGS⁸.

Su textura se expone en los estatutos de sociedades, a través de menciones generales o específicas de los sectores de la comunidad cuyo desarrollo o fomento promoverá la sociedad. Destaca la autonomía estatutaria como patrón de conducta funcional de los administradores, en desmedro de la inexistencia de mandatos legales.

La voluntad de los socios ha de (i) indicar en la estipulación del estatuto la esencia del propósito con enunciación de los factores ESG u otros parámetros a tener en cuenta y (ii) decidir si el incentivo será general o particular, dirigido a sectores específicos.

Ciertos precedentes normativos incentivan esta dinámica de la autonomía de la voluntad estatutaria, mediante incentivos fiscales (los vinculados al cambio climático, la huella de carbono o las energías renovables) o administrativos (aquellos que eximen de tasas o aforos en los procedimientos de registración mercantil a sociedades que prevén la integración de sus órganos de administración con paridad de género).

Empero, el propósito no sustituye la causa ni la sujeción de los administradores al interés social. Por el contrario, es una manifestación de su prelación absoluta en el orden societario. Esto es, son los socios quienes, sin perjuicio del acatamiento de las normas imperativas vigentes en la materia, resuelven la asignación de recursos propios de las sociedades para la satisfacción de objetivos que trascienden a la asunción del riesgo común para la creación de valor corporativo⁹.

El propósito tampoco soslaya la debida y paritaria asunción del riesgo ni la primacía de los socios. Esta aserción realza su carácter ordenatorio de la conducta de los administradores, quienes se atendrán al esquema de los artículos 1º, 59 y siguientes LGS como principios rectores. La inexistencia de modificación de los elementos esenciales que estructuran la sociedad, su personalidad jurídica ni el diagrama de la administración develan la preeminencia de la autonomía de voluntad estatutaria en la cuestión.

La causa no es sustituida ni alterada por el propósito. Mucho menos aún, restringe su extensión y rigor legal

Esa pauta se instrumenta mediante guías de determinación de prioridades subsiguientes a las fijadas por la ley. El estatuto las estipula según los valores y principios, contingentes o permanentes, que los socios seleccionen, en base a los cuales se delinearán las opciones que ejecutarán los administradores¹⁰.

En ese debate, el propósito insta un parámetro de largo plazo para con la administración societaria. La interpretación de la causa, en ese contexto, se desgaja del resultado de

⁷ Vide, propuesta del artículo 1 del Proyecto de Reformas a la LGS.

⁸ Sociedades con otra finalidad. El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios.

⁹ Edward Rock "For whom Corporations are managed in 2020. The Debate over Corporate Purpose" ECGI, Working Paper 515/2020, páginas 10y siguientes

¹⁰ En este sentido, Alain Pietrancosta "Codification in Company Law of CSR Requirements. Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives" ECGI Working Paper 639/2022, páginas 58 y concordantes.

los ejercicios económicos anuales y se proyecta con su complemento hacia la atención de propósitos conexos a sectores que trascienden a la persona jurídica más allá de su propio eco sistema.

La descripción precedente abona el rol de los deberes de los administradores en esta cuestión, enfatizada en el proceso de reforma legal citada.

2. Los Deberes De Los Administradores Ante El Propósito Y Los Factores Esg.

La irrupción del propósito y de los factores ESG en el contexto societario demanda la revisión de su incidencia en la sustancia de los deberes de los administradores.

Sentado ha sido la supervivencia de la estructura de la administración societaria en ese marco.

Luego, la debida evaluación e implementación de políticas que desbordan la estructura societaria se aduna con la matriz del deber de diligencia.

La lealtad de los administradores, aceptada ya en su filiación deontológica y no exonerable en cuanto a su violación, compelería a los administradores la observancia de las opciones estatutarias o de política societaria decididas por los socios.

Mal podrían trastocar los lineamientos sobre los colectivos o sectores que promovería la sociedad sin incurrir en un conflicto de interés tras el que subyacería un quiebre en la relación principal – agente.

La falta de adhesión por parte del administrador societario al propósito de la sociedad que gestiona, supone en sí mismo la imposibilidad de actuar con la lealtad exigida, ya que no se subordinarían los intereses propios a aquellos gestionados.

Los administradores, una vez establecidos los nuevos parámetros en el estatuto, deben adecuar su comportamiento funcional a éstos. Carecen de competencia para su impugnación de la consistencia y del entramado del interés social que se derivará de la nueva configuración estatutaria.

Su diligencia se edifica desde tal base, el respeto por la opción de la autonomía estatutaria y la aplicación de su idoneidad y del activo de la sociedad para la ejecución de la actividad social en tal dirección¹¹

La inclusión del propósito y de los factores ESG dentro de las estipulaciones estatutarias no trastocan el concepto de rentabilidad o creación de valor como núcleo de la causa societaria. Tampoco, tergiversan la soportación del riesgo común entre los socios.

Por ende, ése es imperativo primario y básico de los administradores en el diseño de la o las empresas sociales y en la planificación ínsita en estos.

El deber de diligencia es el connotado para la eficiencia en la observancia de las directrices estatutarias.

A través de la pericia de los administradores en su implementación se posibilitará la consecución de los fines de los que la sociedad se ha apropiado mediante su consagración en el estatuto.

Una vez estipulada la subsunción de los factores ESG, alguno de ellos o su integridad, en el propósito, los actos o negocios jurídicos que se celebren se considerarán obligaciones de la sociedad. Por ende, los administradores desplegarán en su planificación, ejecución

¹¹ José Manuel Serrano Cañas "El Deber de Fidelidad al Interés Social (art. 127 bis LSA)" en Francisco León Sanz (dir.) Sonia Rodríguez Sánchez y Gloria Puy Fernández (coords.) "Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades anónimas", Marcial Pons, Madrid, 2009, páginas 237 y siguientes.

y control idénticos cartabones de cuidado y previsión a los aplicados en la dinámica de la actividad societaria.

Se denota su rol de gestores del contrato social, en el que los socios han manifestado su preferencia por la extensión de su causa en pos del fomento de ciertos sectores de la comunidad¹². La diligencia se actúa sobre supuestos ya relevados y estipulados, con lo que la opción es preexistente a las decisiones de política empresarial delegadas en los administradores.

No se distingue una diligencia subordinada al cumplimiento de la causa de la sociedad para la posterior atención de estos asuntos. La identidad estatutaria adjudica una jerarquía similar, más allá de la decisión empresarial del administrador.

En tanto no concurra un abandono a la esencia de la diligencia acerca del desarrollo de la actividad societaria normal y habitual o un desvío de fondos y activos sociales con la excusa de atender los perímetros de la sustentabilidad, el administrador ajustaría su conducta a la renovada esencia de este deber.

3.- La Vigilancia como contenido del Deber de Diligencia.

La Directiva sobre la Debida Diligencia Empresarial en materia de sustentabilidad de la UE atribuye a los administradores un rol sustantivo en su cumplimiento. A ese fin, se resalta sus obligaciones en pos de asegurar la vigencia del decálogo de hitos que aseguran el suceso de la iniciativa.

El lineamiento exterioriza la disparidad normativa de la Unión, dado que ciertos Estados han regulado, ya, las materias objeto de esta ponencia. Mientras, en otras, pende una norma de adhesión a la Directiva¹³ de la UE.

Con ello, se infiere una dualidad de criterio legislativo con directo impacto sobre las sociedades. Ante la ausencia de directrices mandatorios de los ordenamientos societarios, será la autonomía de la configuración estatutaria el instrumento al que recurren los socios para llevar adelante su motivación.

Se ha tratado a la vigilancia como un contenido de la diligencia asignado sólo a las sociedades por acciones, en Francia, por ejemplo. Esta situación genera las asimetrías habituales para las sociedades, incluso algunas de gran magnitud, encuadradas bajo el tipo SRL.

La vigilancia, en cualquier supuesto, comporta una de pautas de cumplimiento funcional de la diligencia.

El propósito o la consecución de los factores ESG según el mandato estatutario demandará una calificación agudizada de los administradores en pos de

- (a) Planificar el método de cumplimiento de los propósitos y de atención a la sustentabilidad sin desatender la obtención de la sustancia de la causa societaria, o sea la rentabilidad.
- (b) Adecuar la o las empresas de la sociedad a la doble misión estatutaria o legal sin generar o profundizar el riesgo financiero. El cuidado, en este supuesto, es resaltado por la debida sustentabilidad financiera de la sociedad. Ha de evaluarse con regularidad el riesgo, de modo de prever o minimizar los efectos negativos al respecto de la sociedad y de los portadores de interés.
- (c) Instituir sistemas de vinculación con los colectivos tutelados por el propósito para consultar

¹² Jesús Alfaro, "Artículo 225. Deber General de Diligencia" en Javier Juste Mencia (Coordinador) "Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)", Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015, páginas 314 y siguientes.

¹³ Véase la Directiva citada, páginas 12 y siguientes, en especial la nota 44, con cita de la evolución legislativa de los países miembros.

su interés y el medio de su satisfacción. En especial, se atenderá a sus reclamos y evaluaciones. (d) Establecer esquemas de información que aseguren datos y estadísticas reales y actuales sobre el cumplimiento de los propósitos y de su incidencia sobre la situación económica y financiera de la sociedad.

Esa información podría utilizarse para los dictámenes de terceros independientes a quienes se requiera un monitoreo

(e) Asegurar el sistema de control y de seguimiento de las medidas e inversiones aplicadas a su cumplimiento, con verificación de la opinión de los portadores de interés¹⁴.

III.-CONCLUSIÓN.

La inserción del propósito y de la sustentabilidad en las sociedades es un fenómeno en expansión en la comunidad de negocios global.

La política legislativa definirá su carácter imperativo o delegará en la autonomía de los socios la delimitación estatutaria de esta cuestión.

Se trata de sistemas de protección de los intereses de terceros, a quienes se identifica como portadores de derechos o de necesidades a cuya satisfacción la sociedad contribuirá a satisfacer. Dado que esa tutela no es objeto primario de la legislación, constituye una opción libre de los socios su selección y ejecución¹⁵.

La adecuación estatutaria no altera la organización legal ni la tipicidad de las sociedades. Menos aún, su estructura orgánica ni el régimen de responsabilidad.

Empero, afectan la gestión social mediante una novedosa textura del deber de diligencia de los administradores, quienes desplegarán su idoneidad para su debido aseguramiento.

¹⁴ Para el deber de vigilancia, vide Pietrancosta, op. Citada, páginas 30 y siguientes.

¹⁵ Gaetano Presti, "Le Nuove Ricette del Diritto Societario" en "Il Nuovo Diritto Societario fra Società Aperte e Società Private" a cura di Paolo Benazzo, Sergio Patriarca y Gaetano Presti, Giuffrè, Milan, 2003, páginas 7 y siguientes.

¿EXISTE DELEGACIÓN DE FACULTADES POR PARTE DEL DIRECTORIO EN EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO?

Dolores Guzmán y Tomás Capdevila

SUMARIO

Las regulaciones globales que procuran e imponen prácticas de transparencia a las sociedades han instituido la figura del Oficial de Cumplimiento como aquel responsable de implementar, gestionar y fiscalizar de manera rigurosa, el efectivo cumplimiento de las normas y leyes que resultan aplicables a la sociedad.

Por su parte, desde la óptica del derecho de sociedades, la responsabilidad de gestionar a la sociedad con miras a la satisfacción de su interés social y el cumplimiento de su objeto recaen en el órgano de administración de las Sociedades.

El interrogante es cómo se compatibilizan las responsabilidades y ámbitos de actuación de los funcionarios societarios y el Oficial de Cumplimiento a los efectos de su correcta y clara delimitación.

A.Introducción.

Se advierte una tendencia global en las regulaciones que combaten la corrupción y el lavado de activos a delegar en las sociedades y sus órganos de administración, la implementación de buenas prácticas de transparencia y gestión a los fines de minimizar la ocurrencia de tales ilícitos.

Por su relevancia y participación en los mercados de capitales, la gran empresa ha sido tradicionalmente objeto de este tipo de normativas, más recientemente se advierte en la intención del legislador, extender su aplicación a todas las clases de sociedades, incluidas las medianas y pequeñas empresas.

Otras sociedades aún sin estar obligadas pero motivadas por una perspectiva comercial o de responsabilidad social, dictan sus propios Códigos de Ética o Programas de Integridad designando asimismo a un Responsable para que vele por el estricto cumplimiento de dicha norma interna.

Es claro que resulta eficiente a los Gobiernos delegar en las empresas que cuentan con recursos técnicos y humanos formados y específicos, la promoción de mejores prácticas internas que a la postre redunden en mejorar los índices de transparencia en los diferentes ámbitos en los cuales dichas sociedades se desenvuelvan.

Tales normativas y regulaciones erigen la figura del Oficial de Cumplimiento como aquella responsable de implementar y garantizar el cumplimiento de los valores éticos organizacionales y el estricto cumplimiento de la normativa aplicable a la actividad de la sociedad.

Por su gran relevancia, sus funciones pueden enmarcarse en el contenido dado a los deberes de diligencia y lealtad impuestos a los administradores societarios que aún sin exonerarse de su responsabilidad, la especificidad de las obligaciones y responsabilidades impuestas al Oficial de Cumplimiento, parecen exceder la pauta de razonable diligencia de la gestión social habitual.

Asimismo, exige del funcionario aptitudes y capacidades profesionalizadas para liderar con estrictez, la observancia por parte de la sociedad de todas las normas que regulan su actividad empresarial.

En ese contexto, ha de dilucidarse la posición orgánica y la filiación, legal o estatutaria, de la función del Oficial de Cumplimiento. Ese será el objeto de este trabajo.

I. LA FIGURA DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO Y SU UTILIDAD.

El oficial de cumplimiento es la figura dispuesta o exigida por variadas regulaciones nacionales e internacionales como responsable del riguroso cumplimiento normativo dentro de las corporaciones, así como también debe velar por el respeto a los principios éticos que rigen y dan propósito a una determinada sociedad.

Como tarea específica, el Oficial de Cumplimiento es quien gestiona las líneas de denuncias de las organizaciones a los fines de constatar la ocurrencia de los hechos denunciados – por trabajadores, proveedores, clientes u otros terceros interesados - y en caso de ser así, resolver y dar respuesta oportuna a todos los reclamos recibidos.

La figura del Oficial de Cumplimiento se encastra en la tendencia actual de las normativas regulatorias, mediante las cuales se impone a las sociedades implementar y desarrollar mejores prácticas de transparencia que procuren la mitigación de conductas disvaliosas, incluidos ilícitos tales como el fraude, cohecho, situaciones de favoritismo u otros, que en sí mismos perjudican el buen funcionamiento de la gestión pública.

Se advierte que las mentadas buenas prácticas - plasmadas en los llamados “Programas de Integridad”, “Códigos de Ética” u otra terminología afín - garantizan el desarrollo de un círculo virtuoso a las sociedades y favorece la rentabilidad de las organizaciones, las beneficia mediante la participación de operadores comerciales más transparentes y facilita el ejercicio de los mecanismos de control Estadales mediante su delegación en el empresario societario.

Todo ello a la postre, se espera que redunde en una mejora de los índices de corrupción de los países en que estas buenas prácticas son exigidas.

En particular, a la luz de diferentes normas de anticorrupción y anti lavado de dinero, la figura del oficial de cumplimiento ha cobrado gran importancia¹. Se le atribuyen facultades y funciones específicas, así como también, se le exige contar con una sólida formación ética y capacitación en legislaciones aplicables, con el objetivo de garantizar la efectiva vigencia y aplicación de los Programas de Integridad de manera transversal en las organizaciones.

I.A) Diferentes Legislaciones que regulan la temática:

Tal como se consignó previamente, la tendencia global² es la de establecer pautas y regulaciones que impongan a las sociedades prácticas de transparencia y buena gestión. A modo ejemplificativo, se enumeran algunas de dichas legislaciones:

- Argentina: Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (27.401) y su Guía de Implementación de Programas de Integridad en Pymes (Resolución 36/2019).

¹ Ramiro Cabrero, “El rol del Oficial de Cumplimiento en la Práctica”. Suplemento Especial “Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Empresarial”, Thomson Reuters LA LEY, pg.247 y sgts.

² Ver los Principios de Gobierno Corporativo del G20 y la OCDE: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf> así como la Resolución del Parlamento Europeo del 16 de Septiembre de 2021 sobre el refuerzo de la transparencia y la integridad de las instituciones de la Unión mediante la creación de un órgano independiente de la Unión encargado de las cuestiones éticas.

En la mentada ley se define el concepto de Programa de Integridad como el “conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley”. Adicionalmente establece: “El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación”³.

Nótese que los elementos del Programa de Integridad resultan afines a los conceptos de buena gestión societaria y reflejan el contenido específico de los deberes de los administradores societarios quienes serán quienes deberán velar por el cumplimiento de los mismos. La figura del funcionario responsable del desarrollo y supervisión del Programa de Integridad que se implemente en la Sociedad, aun cuando no se indique como obligatoria, es conducente y necesaria para garantizar la real implementación y vigencia del programa.

Más aún, cuando las compañías tengan una mayor dimensión y sean más los riesgos que ésta deba afrontar⁴.

En consonancia con lo indicado, la normativa aclara que debe tratarse de una persona humana que desempeñe la función y se le atribuye la obligación de contar con capacitación y de brindar instrucciones a los colaboradores en su relacionamiento con el Estado en todas sus formas.

El régimen legal nacional enanca en una pauta común de las legislaciones de esta especie en el derecho comparado. Un contenido básico de la función del Oficial de Cumplimiento viene dada por la vigilancia o supervisión de la implementación y del debido cumplimiento del Programa de Integridad y de los mandatos legales de los funcionarios orgánicos, representantes y agentes de la sociedad así como por los portadores de interés que interactúan con éstos.

Esa vigilancia conforma una diligencia aplicada, que demanda sistemas de información, control y evaluación de riesgos en pos de la prevención de los ilícitos e infracciones.

- **Estados Unidos.** Se destaca la normativa de la Oficina del Inspector General (**Office of Inspector General**) y su “**Evaluación de los Programas de Cumplimiento Corporativo 2017**”⁵. Conforme esta regulación, los miembros del Directorio resultan solidariamente responsables con el Oficial de Cumplimiento por los incumplimientos a las regulaciones aplicables o en los casos en que se suscriba un Acuerdo de Integridad Corporativa (Corpo-

3 Y en su ARTÍCULO 23 establece el contenido o elementos de los Programas de Integridad: a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados.

4 Resolución 36/2019. “Guía para implementación de Programas de Integridad en Pymes”: ...La Ley N° 27.401 menciona entre los elementos posibles de un programa de integridad a un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión de aquél (más allá de que cumplir con el programa de integridad sea una responsabilidad de todos los integrantes de la empresa). Si bien la ley no lo incluye como un elemento obligatorio, la articulación de las medidas necesarias para implementar un programa de integridad podría requerir de la designación de una persona responsable que pueda dedicarse a ese fin cuanto mayor sea la dimensión de la empresa y sus riesgos de corrupción.”

5 “PRACTICAL GUIDANCE FOR HEALTH CARE GOVERNING BOARDS ON COMPLIANCE OVERSIGHT”. Que establece que las principales funciones de la Oficina del Inspector General es investigar las violaciones denunciadas a la ley civil y penal así como las regulaciones y los estándares éticos que surjan del departamento de Trabajo ... “What is the main role of the Office of the Inspector General? The major functions of the OIG are to: **Investigate alleged violations of criminal and civil laws, regulations and ethical standards arising from the conduct of Department employees.** Conduct, report, and follow up on financial audits of Departmental organizations, programs, contracts, grants, and other agreements”.

rate Integrity Agreement (CIA) por parte de la compañía para zanjar una investigación o eventual sanción. Dicha solidaridad surge de la exigencia de una certificación personal de los Directores en la cual se comprometan solidariamente a su cumplimiento.

Asimismo, la **FCPA (Foreign Corrupt Practice Act)** prohíbe a las compañías de Estados Unidos (las que emitan valores, que tengan relación con la SEC u otras de las allí previstas) o a cualquiera de sus subsidiarias, independientemente de dónde estén ubicadas sus operaciones y sus empleados, a propiciar directa o indirectamente el soborno a funcionarios públicos en el extranjero con el fin de beneficiarse de esta acción.

En ambas regulaciones la figura del Oficial de Cumplimiento o Compliance Officer es esencial para garantizar el cumplimiento de las normas por parte de las compañías reguladas en todos los países y jurisdicciones en las que operan.

- **Colombia.** En Colombia se ha implementado el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SAGRILAF) y Normas Anticorrupción/lavados de activos, las cuales resultan aplicable a las denominadas "Súper sociedades" – entendiéndose por tales a aquellas que facturan anualmente 4.000 SMVM – Unos USD 184k -.

Ambas normativas prevén y establecen la figura de un oficial de cumplimiento que será responsable frente a la autoridad de contralor por la implementación de la normativa y su correcta aplicación.

- **Brasil. La ley Anticorrupción (12846/2013).** Establece un sistema integral de responsabilidad corporativa e individual por actos de corrupción contra funcionarios públicos brasileños u organismos gubernamentales, que fija pautas de conductas y obligaciones a ser cumplidas por las Sociedades.

También esta normativa establece la figura del Oficial de Cumplimiento como responsable de implementar y supervisar el cumplimiento de la legislación. Sin perjuicio de ello, no resulta obligatoria su designación, sino que es una recomendación para garantizar la efectiva implementación del Programa de Integridad y las buenas prácticas que ellos supone.

- **Chile.** La "Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas" (N° 20.393), en la cual se prevé la figura del oficial de cumplimiento quien puede ser empleado de la Sociedad o ser un asesor externo que desarrolle las funciones y ejerza las responsabilidades impuestas por la legislación.

II. EL DIRECTORIO Y LA POSIBILIDAD DE DELEGACIÓN DE SUS RESPONSABILIDADES Y FUNCIONES EN EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

En el derecho de sociedades Argentino se ha definido el vínculo jurídico entre el Director y la Sociedad como una locación de servicios⁶, definición compartida por gran parte de la doctrina que entiende que se trata de un vínculo contractual, diferente al mandato y al vínculo laboral.

Los estándares de conducta de lealtad y diligencia exigidos por los artículos 59 y 274 de la LGS a los administradores sociales son aquellos esperados de "un buen hombre de negocios". A la vez, habiendo adoptado nuestra legislación el criterio de la teoría del órgano, la aplicación de las disposiciones civiles no será forzosa, sino que devendrá de una adecuada valoración en cada caso concreto⁷.

6 Halperín, Isaac y Otaegui, Julio C. "Sociedades Anónimas". 2° Edición. Lexis Nexis Depalma. Pg. 469.

7 Verón, Alberto, Víctor "Tratado de Sociedades Anónimas". Tomo III. La ley. Pg. 529.

Dicha pauta de conducta se traduce en la razonabilidad que debe apreciarse en la gestión social por parte de los administradores, anteponiendo siempre – como presupuesto y fundamento de la obligación de fiducia asumida – los intereses de la sociedad a los personales. Por su parte, la diligencia se aprecia como la habilidad desplegada por quien conoce las actividades que demanda el cumplimiento del objeto social y con una mirada de mayor profesionalismo, quien a la vez, comprende el negocio que se desarrolla, poniendo en ello sus mayores esfuerzos pero sin asumir la responsabilidad por los resultados de la gestión social⁸.

La LGS establece las responsabilidades y funciones del Directorio a partir de su Art. 255 en el que determina que ...“la Administración social estará a cargo de un directorio”. Y en su Art. 266 establece el carácter personal e indelegable del cargo.

Debe aclararse que sin perjuicio de lo anterior, el concepto de director excede el mero aspecto formal o funcional, dado que su responsabilidad se extiende a los directores “de facto” en los arts. 18 y 19 LGS (...“quienes actúen como tales en la gestión social”)⁹, así como también se extiende a ellos la eventual responsabilidad de aquellos en quienes eventualmente se delegaran facultades.

Lo anterior confirma la vigencia de la teoría de la apariencia frente a terceros de buena fe ajenos a la sociedad y ratifica la indelegabilidad del cargo, que hace a la esencia de la función de gestión¹⁰.

II. A) La Delegación de Funciones por parte del Directorio.

La mayor parte de la doctrina y las nuevas reformas legislativas europeas confirman la delegación atribuyendo responsabilidad acumulativa del Directorio e inclusive, materias específicas que no pueden ser delegadas.

En los Arts. 269 y 270 de la LGS se autoriza la delegación de facultades del Directorio aclarando en la mayoría de los supuestos, la no eximición de responsabilidad del mismo. En el primero, se prevé la posibilidad de crear un Comité Ejecutivo integrado exclusivamente por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios.

Si bien la mayoría de la doctrina entiende que se trata de una delegación en la cual Directorio no se exonera de responsabilidad sino que resulta responsable de supervisar su funcionamiento, otra parte entiende que no hay tal delegación y que en realidad, se trata de un órgano con competencia propia.

Por su parte, en el Art. 270 de la LGS autoriza al Directorio a designar gerentes generales o especiales (directores o no) en quienes delegar funciones ejecutivas de la administración quienes responderán frente a terceros en la misma extensión y forma que los directores.

El vínculo con los gerentes referirá a la existencia de un vínculo laboral para con la sociedad, en quien se confían actividades y funciones ejecutivas.

Es dable entender que la posibilidad del Directorio de eximirse de responsabilidad también en estos casos, se circunscribirá a lo dispuesto por el Artículo 274 de la LGS, en tanto se hayan asignado funciones específicas (segundo párrafo) o la imputación de responsa-

8 Ob. Cit. Supra... Véase el concepto de “Business Judgment Rule” desarrollado por Verón (o la “Regla del Juicio de los Negocios”). Pg. 531

9 Ob. Cit....“Halperín, Isaac y Otaegui, Julio C...Pg. 486.

10 Como ejemplos, podemos citar el Art. 259 LGS que establece que el director que renuncia no puede apartarse efectivamente del cargo hasta tanto el mismo no es reemplazado por su sucesor, o el art. 12 LGS que, determina la vinculación del director cuya designación no se canceló en el Registro Público.

bilidad se efectúe atendiendo a la actuación individual instituida estatutariamente como requisito para la viabilidad de dicha exoneración.

La Ley de Sociedades de Capital española en sus Arts. 249 y 249 bis fija un cartabón de relevancia acerca de la indelegabilidad de las potestades del Directorio¹¹.

Se prescribe que, en cuestiones nucleares a la estructura y funcionamiento de la sociedad, el órgano de administración ha de supervisar con criterios de regularidad y completitud el obrar de los funcionarios delegados, aun cuando integren el Directorio.

Las normas sobre Gobierno Corporativo omiten una definición del rol o de los funcionarios que invertirán la función, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en las diferentes regulaciones específicas sobre transparencia y ética¹² que dotan de contenido a tales responsabilidades.

Entonces, el contenido del deber de diligencia, connotado por el control y la supervisión calificada en esta materia según los argumentos expuestos con anterioridad, jamás podría delegarse in totum por el Directorio hacia el Oficial de Cumplimiento.

En infracción a la organización imperativa del órgano de administración, se vaciaría de sustancia a la obligación de gestionar el riesgo societario, su prevención y la vigilancia de la observancia de las normas y estipulaciones estatutarias y del Programa de Integridad.

La verificación de la ejecución de la competencia por el Oficial del Cumplimiento es materia que hace a la consistencia del interés social, atinente al necesario basamento ético de la actividad societaria. Son patrones de conducta no susceptibles de asignación en terceros de parte del Directorio.

El deber de lealtad, reconocido unánimemente por doctrina y jurisprudencia como inexcusable, será exigible a todos aquellos funcionarios en los cuales el directores deleguen facultades¹³.

La delegación de facultades hace a la eficiencia funcional y al encuadramiento de la sociedad dentro de regímenes a los que se somete por imperio legal o estatutario.

Con motivo del deber *in vigilando* que le compete se exigirá de los Directores la exposición de los argumentos acerca y la denuncia sobre eventuales hechos, susceptibles de encuadrar como ilícitos o conductas tipificadas en el Programa de Integridad.

Sólo demostrará la debida diligencia aquel Director que deje manifestado de manera expresa a la Sindicatura o, en el caso de la LRPPJ, presente la denuncia correspondiente, – DE MANERA PREVIA a que la conducta o su conducta sea denunciada a la Sindicatura o a la autoridad de contralor antes de que se haya iniciado la investigación .

Esa conducta revelará que la supervisión de la actividad y la organización societarias se ha

11 Artículo 249 bis Ley Sociedades Española. Facultades indelegables. El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades: a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado. b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad. c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230. d) Su propia organización y funcionamiento. g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato. h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución. i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.....l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

12 Vide, por todos, Francisco José León Sanz, *Comentario al Artículo 229 bis en Javier Juste Mencia (Coordinador) "Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)"*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015, páginas 537 y siguientes.

13 Esperanza Sobejano, Alberto. *Las Nuevas Obligaciones de los Administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*. Ed. Marcial Pons. Pg.138

ejercitado por el Directorio, más allá de la intervención del Oficial de Cumplimiento. Esa conducta del Directorio podría superponerse con la actividad del Oficial competente.

III.- CONCLUSIÓN

Se advierte en las facultades asignadas al Oficial de Cumplimiento una responsabilidad específica y calificada la que, en algunos casos, podría exceder la obligación de medios que se impone al Directorio.

Sin perjuicio de ello, no pueden perderse de vista las responsabilidades y funciones indelegables del órgano de administración que hacen al aspecto objetivo de la teoría del órgano y al necesario sistema de pesos y contrapesos que se aplica en la estructura orgánica de las sociedades.

La asignación de la competencia específica en el Oficial de Cumplimiento ocurre dentro de la función legal e indelegable del Directorio, órgano al que cabe el debido ejercicio de sus funciones, en plenitud de vigencia de sus deberes normativos.

LA RESPONSABILIDAD POR EL DAÑO CAUSADO POR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, COMO ALGORITMO COMPUTACIONAL O GOBERNANDO UN ROBOT, ES DE LA PERSONA PROPIETARIA Y SERÁ OBJETIVA. LAS LEYES DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL CONFIGURAN EL MARCO LEGAL

Bernardo Carlino

SUMARIO

La Inteligencia Artificial (IA), que pertenece a la Ciencia de datos, no reemplazará a la humana: es un auxiliar destinado a las predicciones y se compra o alquila vacía. El desarrollo de sus algoritmos demandan personas especializadas y los costos asociados la ponen fuera del alcance y de utilidad para casi todas las pequeñas, y muchas medianas empresas. Las más exitosas en este campo son mega empresas: YouTube, Amazon, Microsoft, HSBC y Starbucks; en el país, en el ámbito del Derecho, un caso exitoso es PROMETEA, un sistema de asistencia virtual para la redacción de documentos judiciales. Hay numerosos otros de menor tamaño, que por pertenecer al ámbito privado no se conocen, como los desarrollados durante la Pandemia para predecir la capacidad de asistencia del sistema de salud y la asignación eficiente de recursos. Los chatbots inteligentes son fundamentales en el marketing digital, basado en la fidelización de las marcas haciendo más eficiente, interactivo y humano el proceso. Las redes sociales convirtieron al consumidor en un prosumidor, capaz de opinar e incluso de ser parte de conversaciones y contenidos; esa conversación debe ser útil, inmediata y estratégica. Los clientes priorizan iniciar diálogos cuando ellos lo deseen, mediante comunicación bidireccional e inmediata por cualquier canal eludiendo dejar mensajes impersonales y recibir respuestas varios días después. Sentir que existe alguien más detrás del teclado dispuesto a escuchar necesidades y dar una respuesta, puede hacer la diferencia en el momento de decidir un producto o servicio. Con el auge de los chatbots inteligentes, la capacidad de automatizar y escalar las conversaciones está llegando a niveles sin precedentes. Todos estos desarrollos introducen el tema de la responsabilidad y su marco legal, que trata la ponencia.

DESARROLLO

1 - ECOSISTEMA DIGITAL

Cuando en el mundo en general, y en el derecho en particular, se difunden comentarios y artículos sobre la Inteligencia Artificial (IA), es necesario preguntarse si la imagen con que se la concibe la ubica en la logósfera -el término corresponde a la era de los ídolos- en cuyo caso no vale por su forma sino por lo que representa. Este tipo de imágenes era realizado por un artesano y según como el artista ve el mundo natural: *la comunidad la acepta, porque no es una cuestión de estética sino de creencias*. ¿O pertenece a la semiótica, ciencia derivada de la filosofía que se dedica al estudio de los sistemas de comunicación dentro de las sociedades humanas?

Un enfoque más abarcativo y centrado¹ propone que la vida de la mayoría de las personas en las sociedades contemporáneas se desenvuelve en tres entornos: natural, urbano y digital, donde el tercero es todavía nuevo, con rápida evolución y con la especial característica de su indeterminación sobre las consecuencias de la adopción de determinadas innovaciones.

2 - LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO FUNCIONA SOLA

La Inteligencia Artificial (IA) no apunta a reemplazar la inteligencia humana, sino que se posiciona como un auxiliar destinado a potenciar el proceso de anticipación de la toma de decisiones. Descubre patrones que los humanos no logran identificar y observa variables que nunca se les hubieran ocurrido, mediante algoritmos desarrollados por otras personas calificadas, requieren de datos debidamente etiquetados del pasado de lo que se persigue como objetivo y de entrenamiento de las computadoras que intervienen, para realizar predicciones específicas. Por lo tanto, no están disponibles para todos tipos de usos: debe desarrollarse según cada caso.

Los lenguajes de programación más difundidos a la fecha, son “Python” y “R”; se requiere la librería Keras y se usa TensorFlow de Google². Uno de los desafíos cuando se empiezan diseñar estas herramientas es nutrir al algoritmo con una base de datos históricos, volcados en un conjunto, debidamente etiquetados, ordenados y curados: cada uno debe tener una etiqueta que lo identifique, y todos deben tener el mismo formato (*dataset*). No es una tarea fácil encontrar los datos correctos para un problema determinado; una vez que se introduce una buena base de datos, el algoritmo intentará comenzar a aprender.

Con esta simplificada referencia se evidencian los costos implicados en el desarrollo de cualquiera de estas herramientas para un caso concreto, o bien su alquiler o compra a un proveedor externo que se encargará de ello, lo que las sitúa -por ahora- fuera del alcance de las pequeñas (y muchas medianas) empresas que mayoritariamente integran el sector productivo de nuestro país, cuyos mercados son mucho más reducidos y geográficamente no tan dispersos.

No es casual que las empresas más exitosas en este campo sean YouTube, Amazon, Microsoft, HSBC y Starbucks. Para las máquinas no hay causas, solo hay patrones y variables que pesan

1 Boczkowski, P. y Mitchelstein, E.: “EL ENTORNO DIGITAL”, Siglo Veintiuno, Bs. As. 2022

2 KERAS es una biblioteca de Redes Neuronales de Código Abierto. Es capaz de ejecutarse sobre TENSORFLOW, sistema de aprendizaje automático de segunda generación de Google Brain, que puede correr en varios lenguajes, pero el más usado y completo es PYTHON, un lenguaje de programación de alto nivel para desarrollar aplicaciones de todo tipo. Fuente: elaboración propia en base a búsquedas en “www.google.com”

más, o menos, en relación con esos patrones. Las causas las ponen quienes las van a utilizar³. En el imaginario popular existe la creencia que la IA puede resolver cualquier cosa mejor que los humanos, y es probable que así sea, pero como dice el refrán, “del dicho al hecho...”.

3 - ROBÓTICA

En sus orígenes la robótica se valió de la gran familia de Sistemas Expertos (SE), softwares -electrones- que emulan y justifican el razonamiento humano en dominios acotados, mediante aplicaciones de la lógica simbólica y de la difusa (*fuzzy*) que se ocupa de modelar la incertidumbre y es una extensión de la lógica clásica; y de otros aditamentos relativos a la estadística de probabilidades⁴. Se los clasifica según sean sistemas basados en reglas o árboles. Desde la tercera generación, incorporó diversas herramientas matemáticas del conjunto que se conoce ahora como inteligencia artificial. Los SE explican sus decisiones mostrando los pasos lógicos que la fundamentan

Si esos algoritmos se incorporan y gobiernan elementos mecánicos o electrónicos (locomoción, reconocimiento de voz y de imágenes, sensores de tiempo, velocidad, ritmos biológicos, etcétera) y a su vez se valen de los datos proporcionados por ellos para aprender, adquieren una presencia física adaptada a sus objetivos: se trata de robots inteligentes.

Un chatbot (un robot entrenado para conversar) intenta imitar el lenguaje y la gramática de los seres humanos, para responder preguntas, mediante un software orientado a imitar el comportamiento humano. Algunos chatbot tienen una IA más sofisticada: los chatbots inteligentes son fundamentales en el marketing digital, basado en la fidelización de las marcas haciendo más eficiente, interactivo y humano el proceso. Las redes sociales convirtieron al consumidor en un prosumidor, capaz de opinar e incluso de ser parte de conversaciones y contenidos; esa conversación debe ser útil, inmediata y estratégica.

Los clientes priorizan iniciar diálogos cuando ellos lo deseen, mediante comunicación bidireccional e inmediata por cualquier canal eludiendo dejar mensajes impersonales y recibir respuestas varios días después. Sentir que existe alguien más detrás del teclado dispuesto a escuchar necesidades y dar una respuesta, puede hacer la diferencia en el momento de decidir un producto o servicio. Con el auge de los chatbots, la capacidad de automatizar y escalar las conversaciones está llegando a niveles sin precedentes⁵.

4 - LA PERSONALIDAD DE LA IA Y DE LOS ROBOTS

Una resolución del Parlamento Europeo, fechada el 16 de febrero de 2017, trasladó un conjunto de recomendaciones a la Comisión Europea sobre normas de derecho civil relativas a robótica donde se menciona la “personalidad electrónica”, previo Proyecto de Informe con recomendaciones de normas de Derecho civil acerca del eventual reconocimiento de los robots inteligentes como sujetos de derechos, atribuyéndoles personalidad jurídica y responsabilidad por sus propios actos y no de sus propietarios o responsables.

Mereció la crítica de parte de la sociedad, incluso de expertos en inteligencia artificial y robótica, por sobrevalorar las capacidades reales de los robots más avanzados. Estudios

³ VIVAS, F., ob. cit., p. 83 y ss.

⁴ “INTELIGENCIA ARTIFICIAL: APLICACIONES EN SINDICATURA SOCIETARIA”, Sistema Experto de mi propio desarrollo, presentado en el “3er. Coloquio Nacional de Docencia e Investigación en Informática y Derecho”, Córdoba, 6 al 8 de Abril de 1989.

⁵ Con mayor detalle nos hemos explayado en “EL ERROR DEL CHATBOT INTELIGENTE GENERA RESPONSABILIDADES PATRIMONIALES AL TITULAR DEL SITIO WEB”, Cap. 7, e-book “Inteligencia artificial y Derecho: un reto social” Coordinador: Horacio R. Granero, Ed. Albremería SA, 2020.

sobre computación molecular y enzimática, y con tubos poliméricos de proteína, pronostican los ordenadores biológicos, con lo que la IA del futuro no vendrá de la electrónica sino del carbono.

El 08/04/2019 la Comisión Europea presentó una comunicación al Parlamento denominada "Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano", donde propone lograr una "IA fiable" pero ya no menciona la personalidad electrónica sino una reparación adecuada, cambiando el eje de la preocupación científica de la Unión Europea. El Libro Blanco de 2020 de la Comisión sobre la IA, fue acompañado de un «Informe sobre las implicaciones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica», en el que se concluye que la legislación vigente en materia de seguridad de los productos contiene una serie de lagunas que deben subsanarse, sobre todo en la Directiva sobre máquinas⁶.

5 - INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿QUÉ COMPRENDE?

Son muchas las definiciones de IA que pueden ser encontradas en publicaciones de diversa índole. En líneas generales, la IA funciona combinando grandes cantidades de datos, una importante capacidad de procesamiento y algoritmos, mediante el sub conjunto de herramientas como el aprendizaje de máquinas, el aprendizaje profundo, el reconocimiento de imágenes, el reconocimiento de voz, big data y otras más⁷.

Dentro del entorno digital, nuestras vidas están acompañadas de una permanente generación de datos: cada vez más cosas que usamos están programadas para producir y recabar información: computadoras, smartphones, relojes inteligentes, redes sociales, GPS, etc. Como nunca en la historia de la humanidad, se producen tantos datos como ahora. Se conoce como "Big Data" al proceso de recolección y análisis de grandes cantidades de información, posible mediante elementos tecnológicos –máquinas- interconectados o situados en "la nube" (cloud computing).

¿Pueden pensar estas máquinas?

El diccionario de la Real Academia Española tiene por lo menos siete definiciones distintas para la palabra pensar, todas hechas a medida de los seres humanos, sin contemplar la posibilidad de que haya pensamiento por fuera de nosotros. Las máquinas, más que pensar, aprenden por probabilidades, se trata de un aprendizaje cuantitativo y no cualitativo, basado en la optimización de una función de error. Por eso, cuanto más información consuman, menor será su margen de error⁸.

Las máquinas "piensan" de forma distinta a los seres humanos, forma que se basa en probabilidades, las que se achican cada vez más cuanto más datos tenemos. Al volumen y a la masividad de los datos debemos agregarle la tecnología; tener la capacidad de analizarla y obtener información de utilidad es una gran ventaja competitiva para cualquier emprendimiento porque permiten realizar predicciones, que tienen como finalidad reducir la incertidumbre y aumentar los patrones de conocimiento disponibles que permiten optimizar y gestionar escenarios de complejidad.

6 Sobre diversos temas de esta ponencia recomendamos el excelente trabajo de Crovi, L.: LOS ROBOTS Y LA PERSONALIDAD ELECTRÓNICA - TR LALEY AR/DOC/3464/2020; ver también Frustagli, Sandra A.: DERECHO DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS DESAFÍOS DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN LAS RELACIONES DE CONSUMO. - TR LALEY AR/DOC/1670/2021

7 VIVAS, F.: ¿CÓMO PIENSAN LAS MÁQUINAS? – Inteligencia artificial para humanos. Ed. Galerna, Bs. AS. 2021, al que seguiremos.

8 VIVAS, ob. cit., p. 67 y ss.

Aquí es donde entran las herramientas de la IA, que describiremos brevemente.

Aprendizaje de máquinas (Machine learning, ML)

Algoritmos que analizan datos históricos para detectar automáticamente patrones, realizar predicciones de las que aprende y se va corrigiendo a sí misma, volviéndose cada vez más precisa. Cada vez que esto sucede, se dice que el algoritmo está “entrenado”.

Aprendizaje profundo (Deep Learning, DL)

Entrenamiento no supervisado por humanos para que las computadoras aprendan, reconociendo patrones mediante el uso de muchas capas distintas de procesamiento, mediante lo que se conoce como redes neuronales. Si procesa imágenes y videos requiere gran capacidad de procesamiento.

Redes neuronales (RNA)

De los varios tipos de IA se destacan dos sistemas: 1) los que piensan como humanos como las Redes Neuronales Artificiales (RNA) que se inspiran en el comportamiento de las neuronas y las conexiones cerebrales, interconectando ciertos nodos. 2) los que actúan como humanos, que realizan tareas en forma similar a la que utilizamos los humanos.

Las redes neuronales artificiales (RNA) son modelos computacionales compuesto de unidades procesadoras adaptativas llamadas neuronas⁹, con alta interconexión entre ellas, conectadas a otras neuronas mediante valores variables llamados pesos sinápticos. Para resolver una amplia gama de problemas se utilizan redes neuronales convolucionales, en las que las neuronas procesan al mismo tiempo, reduciendo considerablemente el tiempo computacional.

6 - DESARROLLOS Y PERSPECTIVAS

En el sector público descolla IALAB, el primer laboratorio de IA en una Facultad de Derecho de Latinoamérica, cuyo equipo está dirigido por el conocido autor, Profesor Dr. Juan Gustavo Corvalán, y que ha obtenido numerosos reconocimientos internacionales y llevado a cabo varios proyectos exitosos, plasmados en varias publicaciones¹⁰.

El desarrollo más conocido en el ámbito del derecho es PROMETEA, un sistema de asistencia virtual para la redacción de documentos judiciales (Ministerio Público Fiscal de la CABA) creado con fondos públicos entre la UBA y el Estado de la Ciudad de Buenos Aires, que utiliza Big data sobre la que basa su predicción y posee el 94% de efectividad. Proporciona la clase de solución que le parece conveniente para un expediente solicitado, ofrece su proyecto de dictamen, completamente redactado, y copia links de documentos que encontró en todo el sistema judicial porteño, acerca del mismo tema¹¹.

En la gestión de riesgos de las Compañías de Seguros, los sistemas de IA permiten incorporar mecanismos de prevención de siniestros, dada la posibilidad de procesar —en tiempo real— miles de datos de conducta del asegurado o contextos de riesgo, alertando oportunamente al cliente. Estos sistemas marcan una tendencia importante hacia un nuevo rol de las aseguradoras, más focalizado en prevenir el siniestro que en reparar sus consecuencias¹².

9 Zapiola Guerrico, M: “INTELIGENCIA ARTIFICIAL & SEGUROS APLICACIONES EN LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. VENTAJAS Y DESAFÍOS”, La Ley, año LXXXV N° 115, T° 2021-C I.

10 <https://ialab.com.ar/sobre-nosotros/>

11 <https://publications.iadb.org/es/prometea-transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial/>

12 Zapiola Guerrico, ob. cit. en Nota 9

VÍTOLO¹³, en un documentado trabajo, se pregunta sobre la razón por la que los expertos en reestructuraciones de deudas, concursos y quiebras no están ya trabajando en la planificación y la eventual utilización de la IA en el diseño de los procesos de prevención y resolución de la insolvencia.

En una propuesta que compartimos, imagina acertadamente una IA que se ocupe mediante entrenamientos o aprendizajes, de los lineamientos básicos del procedimiento concursal, según su propuesta de Código de Bancarrotas. También advierte que “A estas IA, además de la evaluación respecto de los escenarios concursales y a las propuestas de soluciones para poder superar la crisis o resolverla definitivamente, no se les podrá adjudicar tendenciosidad, ni tampoco cabrá especular respecto de la ausencia de imparcialidad del análisis ni del contenido de dichas propuestas.” Se trata del espinoso tema del sesgo, que de diversas maneras computacionales es abordado por los especialistas¹⁴.

Durante la pandemia se desarrollaron varios algoritmos predictivos que permitieron pronosticar en tiempo real la progresión de muchos pacientes hospitalizados por COVID-19 que cumplían determinados criterios, prediciendo la evolución, en términos de mortalidad y de empeoramiento¹⁵, lo que obligó a tener en cuenta la dimensión ética ya que los datos personales de los pacientes, por más que fueron encriptados, suponen un riesgo.

7 - RESPONSABILIDAD

Los robots inteligentes existentes hoy en día son máquinas y por lo tanto, cosas, susceptibles de ser objeto de derechos; pero no son sujetos de derechos ni obligaciones; no tienen personalidad jurídica. Aun cuando sean imaginados con forma humanoide y sentados en un sitio del órgano de administración de una persona jurídica respondiendo preguntas, serán auxiliares optimizadores de la toma de decisiones.

El sistema de IA no puede considerarse directamente como un factor de atribución objetiva de responsabilidad: la víctima debería acreditar la culpa o negligencia del agente humano por el art. 1726 (Código Civil y Comercial, “CCyC”). Únicamente son reparables las consecuencias dañosas que tengan un nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño.

Alquilado o comprado a un proveedor del algoritmo o artefacto encargado, si hubiera daño habrá que reclamarlo a éste, y según las reglas del contrato será posible incluir al diseñador, y al programador, si fueran personas distintas del proveedor. El art. 1728 (CCyC) limita las consecuencias por las que debe responder el incumplidor a las que se previeron o pudieron haberse previsto allí.

Si el daño es emergente de su acción en el marco de una relación contractual vinculado al incumplimiento de una obligación con un tercero, también resultarían aplicables las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor¹⁶ cuando el usuario revistiera tal calidad. El art. 1736 carga la prueba de la relación de causalidad a quien la alega. La responsabilidad

13 Vítolo, D.: “INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) Y SU UTILIZACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA INSOLVENCIA EN LA POSMODERNIDAD”, La Ley, AÑO LXXXV N° 193 T° 2021

14 Sosa Escudero, W.: “BIG DATA”, p. 41 y ss., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2019.

Véase en particular: IALAB, “SESGOS ALGORÍTMICOS DE GÉNERO”, Dirección: Corvalán J. y Macchiavelli, N.: <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2021/12/Infografía-Sesgos-algoritmicos-de-genero.pdf>

15 En un conjunto de hospitales de España, por ejemplo, para poner en práctica el algoritmo, se estudiaron 352 variables, se seleccionaron 20, de más de 15.000 pacientes. Se aplicó el algoritmo Bayesian Ruleset que calcula la probabilidad de un suceso, teniendo información previa. Los resultados se cargaban en tiempo real en la base de datos y se integraban en la historia clínica del paciente, generando la alerta de predicción respectiva, agilizando y facilitando la toma de decisiones. Ver: <https://gacetamedica.com/investigacion/inteligencia-artificial-para-predecir-la-evolucion-de-pacientes-covid-19/>

16 Como lo sostenemos en nuestro trabajo citado en la Nota 5.

derivada del uso de IA debe ser objetiva, a tenor del art. 1757. También la doctrina nacional postula modernizar y ampliar los marcos normativos vigentes, dada la inadecuación por obsolescencia de la ley 25.623 de Protección de Datos Personales¹⁷.

Como hemos marcado, la actuación de la IA por más independiente que permita su composición, está limitada a la supervisión humana, por lo que el Derecho Penal podría analizarla como cosa riesgosa trasladando la responsabilidad de las acciones delictuales llevadas adelante por ella sobre el dueño, el programador o el fabricante de esa máquina. De seguir este camino se deberá considerar si el usuario, programador o fabricante fue negligente al diseñar, fabricar o usar la IA, pero no tenía ninguna intención de cometer delito; o bien, asimilar al propietario de la IA a la posición de garante, que puede surgir de diversas causas fuentes, una de ellas, la ley¹⁸.

PONENCIA

La responsabilidad por el daño causado por el robot y la Inteligencia Artificial, como algoritmo computacional o gobernando un artefacto, es de la persona propietaria y será objetiva. Las leyes de defensa del consumidor, de protección de datos personales y las disposiciones del Código Civil y Comercial, configuran el marco legal.

¹⁷ Frustagli, S. ob. cit., nota al pie 1)

¹⁸ Grandi, N.: INTELIGENCIA ARTIFICIAL CRIMINAL. POSIBLES ABORDAJES A TRAVÉS DE LA DOGMÁTICA PENAL DE LAS ACCIONES LESIVAS PRODUCIDAS POR LOS SOFTWARE INTELIGENTES. - TR LALEY AR/DOC/1810/2022 quien cita a la Organización de las Naciones Unidas en la actualidad ha especificado que existe una obligación por parte de quien es dueño de una IA de controlarla, dado que a pesar de que la máquina actúe de modo autónomo, siempre será responsable el humano por las acciones que ella lleve adelante

EN LAS REUNIONES A DISTANCIA ES CONVENIENTE PREVER UN ARBITRAJE TÉCNICO VOLUNTARIO

Bernardo Carlino

SUMARIO

Las reuniones a distancia existen desde hace mucho tiempo, pero el adelanto tecnológico de las comunicaciones multimedios y el advenimiento de los teléfonos inteligentes revolucionaron totalmente la conectividad de artefactos portátiles, a bajo costo. La reciente Pandemia impuso medidas restrictivas a la circulación y reunión de las personas físicas, con lo que las personas jurídicas tuvieron que entrenarse en las diversas plataformas disponibles para lograr un mínimo funcionamiento orgánico funcional y formal. Muchas de ellas “descubrieron” las posibilidades del art. 158 del Código Civil y Comercial y las numerosas cuestiones formales que proponía este manejo. Las autoridades de control con bastante rapidez, dispusieron medidas transitorias que permitieron tranquilizar conciencias, las que están cesando con el levantamiento de las restricciones. Consideramos indispensable un Reglamento de reuniones a distancia que concilie las particularidades de la modalidad mixta -presentes físicos juntos con presentes remotos- para minimizar las tensiones interpretativas derivadas de los problemas tecnológicos en las comunicaciones que se vinculan con el marco formal. Para las primeras cuestiones proponemos como conveniente la inclusión de un arbitraje voluntario de amigable composición para dirimir con presteza los conflictos provocados por la naturaleza de estos temas.

DESARROLLO

1 - PROBLEMÁTICA DE LA REUNIONES MIXTAS

Es por todos conocido que las medidas restrictivas a las reuniones de personas impuestas por las autoridades sanitarias durante 2020/21 obligaron a la utilización de diversos medios de comunicación para mantener activas las reuniones de los órganos societarios.

En una primera parte de ese período, la mayoría de ellas se llevaron a cabo con un consenso previo informal respecto a la plataforma o medio a utilizar que permitió la interacción simultánea multimedios (audio, video y texto) de los asistentes, todos a distancia por tales circunstancias. Se supo entonces que se requería un anfitrión o administrador informático (¿el representante legal, el síndico, uno de los Gerentes...ninguno?) que mediara entre los demás conectados, quienes debían contara con cámara y micrófono en sus artefactos de comunicación.

Todos ellos hicieron un entrenamiento acelerado y por las suyas del manejo de sus intervenciones y se generalizó un nuevo verbo: “mutear”.

A su tiempo, las distintas autoridades de aplicación jurisdiccionales alumbraron disposiciones transitorias¹ que aliviaron la incertidumbre sobre las formalidades de estos recursos, pese a que bastante antes ya se conocían doctrinariamente².

¹ Como lo hizo la IGJ a través de la RG 11/22, cuya vigencia dará por terminada en los términos de la RG 8/22.

² De nuestra autoría, “REUNIONES A DISTANCIA”, Ed. Rubinzal y Culzoni, Bs. As. (Prólogo de Efraín H. Richard), data de Junio de 2002.

Superadas las restricciones comentadas, quedan en evidencia las ventajas de las reuniones multimedios, sean totalmente a distancia o “mixtas”, por su combinación con los presentes físicos, a las que –impropiamente- han dado en llamarse ahora “híbridas”, ya que, como ilustra cualquier diccionario poco tiene que ver esta palabra.

Esta modalidad impone algunas características técnicas para que se desarrollen en forma razonable por cuanto el administrador de la misma, antes al frente de su PC o portátil, ahora deberá oficiar de “camarógrafo” a la vez que habilitar un sistema de comunicación adicional que permita poner a disposición de cualquier presente físico que desee intervenir, la facilidad para ello; lo que significa un micrófono móvil, quien lo lleve de un lugar a otro y un lente de aproximación si el ámbito de reunión es grande, para que se distinga quién toma la palabra.

Si bien en las reuniones totalmente físicas es relativamente fácil de organizar estos recursos si se trata de varios asistentes en alguna sala, no lo es tanto cuando además debe transmitirse simultáneamente a los presentes remotos, quienes a su turno deberán ser oídos -y si es posible- vistos razonablemente. Y generar, para cumplir con las disposiciones legales, el archivo electrónico del evento.

Todo lo cual puede dar lugar a dificultades técnicas que pongan en riesgo la continuidad de la reunión, y aun cuando se cuente con legitimados amigables que ayuden a que tales imprevistos finalmente no sean motivos de planteos enojosos, lo cierto es que conviene prever la solución de estas dificultades para minimizar impugnaciones cuando la convivencia no es pacífica.

Con mayor razón si el orden del día puede dar lugar a planteos formales cuando estos inconvenientes comprometen los requisitos legales de deliberación y voto, como por ejemplo la “llegada” tarde por el canal remoto, la interrupción momentánea de la comunicación por uno o todos los medios (audio, video, texto), la salida involuntaria de la presencialidad remota y su reintegración, etcétera.

2 - IMPORTANCIA DEL REGLAMENTO DE COMUNICACIONES

Desde el momento mismo en que las reuniones a distancia fueron posibles, venimos insistiendo en la importancia y necesidad de contar, de manera previa, con un reglamento de comunicaciones. Ya sea que se trate de uno común a todos los órganos de la persona jurídica privada, o bien el que cada uno de ellos diseñe para su funcionamiento interno.

Por supuesto que cuanto más previsor resulte el reglamento³, menos conflictividad derivará de las reuniones multimedios, si se tiene en cuenta que debe abarcar desde la fijación y validación de un domicilio electrónico hasta las modalidades de firma de actas y demás registros.

3 - CONVENIENCIA DEL ARBITRAJE VOLUNTARIO TÉCNICO

Aun así, no se eliminará totalmente la posibilidad de que se susciten controversias interpretativas acerca del contenido del reglamento diseñado y la cuestión técnica que la provoque.

Es por ello que proponemos que dicho reglamento contenga la designación de un árbitro

³ Un modelo detallado puede consultarse en el Cap. 12 de nuestro “MANUAL DE REUNIONES MULTIMEDIOS-PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS”, Ed. Errepar, Bs. As., Julio de 2019.

amigable componedor, de formación idónea, que actuando según su leal saber y entender técnico, esté en condiciones de conceder a las partes sus respectivos derechos de defensa y expedirse en forma perentoria mediante un laudo, fundado o no, respecto de la solución del entuerto.

Puesto que no le tocará laudarse sobre cuestiones de interpretación legal, que deberán dirimirse en otro ámbito jurisdiccional, resulta conveniente que tal persona no solo esté designada en el reglamento de comunicaciones (al cual deben adherir previamente los interesados en la presencia remota) sino que acredite formación técnica y práctica en la plataforma de comunicaciones elegida y con los recursos tecnológicos que se interconecten.

Puede tratarse del responsable de sistemas o de redes de la persona jurídica, si cuenta con ellos, o bien alguna persona calificada, externa. Del mismo modo, es conveniente que el desarrollo típico de cualquier esquema arbitral de la cuestión controversial, las pruebas y el laudo estén previstas mínimamente en el mismo reglamento de manera que se sustancien por medios electrónicos identificados como relativamente seguros (los formatos “pdf” firmados reúnen buenas condiciones) hasta su desenlace.

Como para adherir al reglamento los interesados deberán constituir y validar previamente un domicilio electrónico, lo ideal es que ese texto incluya la designación del árbitro técnico, quien deberá asistir al desarrollo de la reunión, con voz si se le solicita opinión, y al que se le asignarán plazos muy breves para expedirse, ya que la prueba será fácil de sustanciar por los soportes electrónicos generados por la misma plataforma elegida.

Va de suyo que una de las partes de la cuestión sometida al árbitro técnico será el representante legal del órgano dentro del cual se desarrolló la reunión, o su reemplazo contractual o estatutario en caso de que él fuera el afectado, o uno de ellos.

De este modo quedarán resueltos los planteos que puedan derivar en impugnaciones con fundamento en la naturaleza tecnológica de las comunicaciones a distancia, no así las que tengan su razón de ser en el marco legal que corresponde a la persona jurídica privada.

PONENCIA

En las reuniones a distancia es conveniente prever un arbitraje técnico voluntario.

LA NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA POR FILTRACIÓN DE DATOS EN REUNIONES VIRTUALES

Daniel Alejandro Casella¹ y María Alejandra Jurado²

PONENCIA

Corresponde regular de manera integral la responsabilidad de la sociedad como persona jurídica y la de sus administradores por filtración de datos referentes a clientes, proveedores, empleados y demás stakeholders en reuniones virtuales a la luz del Data Privacy y de las sanciones previstas en las leyes de Datos Personales, Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y General de Sociedades, así como sobre protección de información referente a las propias sociedades, toda vez que el uso de la tecnología en este tipo de actos – que hoy forman parte de la cotidianeidad negocial - carece de normas específicas.

FUNDAMENTO

El 20 de marzo de 2020, mediante el decreto 297/2020 se declaró el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (en adelante ASPO), que cambiaría a Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (DISPO) por el Decreto N°520/2020, del 08 de junio del mismo año, como consecuencia de la pandemia desatada por el COVID-19.

En ese contexto, con la imposibilidad de realizar reuniones de los órganos societarios de forma presencial, los organismos de contralor dictaron normas autorizando la celebración dichos actos de manera remota mediante medios virtuales, aun cuando esta modalidad no estuviera prevista en sus estatutos.

En tal sentido, la Inspección General de Justicia (en adelante IGJ) dictó la Res. Gral. N°11/2020, en tanto su par bonaerense, la Dirección Provincial de las Personas Jurídicas (DPPJ) la Disposición N°30/2020. Por su parte, la Comisión Nacional de Valores (CNV) las autorizó mediante Resolución N°830/2020³.

Dichas normas permitieron – en apretada síntesis - la realización de las reuniones de los órganos de administración, fiscalización y de gobierno a distancia necesarias para la continuidad de la actividad empresarial.

¹ Abogado de la Universidad de Belgrano. Master en Leyes (Tulane University, School of Law), Louisiana, EEUU. Profesor Adjunto Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Derecho. Buenos Aires, Argentina. Investigador en Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales (INSOD), Buenos Aires, Argentina

² Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA) y Derecho Tributario (ECAE-PTN). Docente en Universidad Nacional Buenos Aires (UBA) y Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Derecho. Investigadora en Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales (INSOD), Buenos Aires, Argentina

³ Las demás provincias también dictaron sus correspondientes normas, a través de sus respectivos Registros Públicos, para facilitar la realización de reuniones a distancia. Así, Córdoba, La Res. 25/2020 de la Inspección de Personas Jurídicas; Río Negro, la Res. 115/2020 de la Inspección General de Personas Jurídicas; Entre Ríos, la Resolución 55/2020 de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas, etc.

Así, una de las consecuencias más notorias de la pandemia fue la obligada (y acelerada) digitalización de la sociedad en general y de las empresas en particular (teletrabajo, asambleas y reuniones de órganos de administración por medio electrónicos, utilización de firma digital, etc.) aun cuando no se contara con los medios más idóneos para la protección de datos.

En tal sentido, el relacionamiento virtual requirió y requiere una revisión en los procesos y/o controles existentes a fin de determinar si deben ser adecuados, evitando fraudes y mitigando incumplimientos normativos previstos entre otras normas en Ley N°25.326, de Protección de Datos Personales, Ley N°27.401 de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y – claramente – la propia ley General de Sociedades.

A modo de ejemplo: el teletrabajo plantea problemáticas sobre la protección de la confidencialidad que debe guardarse de datos sensibles (y no tanto) de la empresa, las reuniones societarias virtuales sobre la información que se vuelca en las mismas, tanto de datos personales como societarios, y en todos los casos, sobre la ciberseguridad en las transacciones en el nuevo contexto.

Tengamos en cuenta que en el órgano de administración se maneja permanentemente información sensible de la sociedad: decisiones sobre la plantilla de empleados, planificación fiscal, secretos de producción, temas referidos a su marca, su capital intelectual, estrategias de mercado, datos referidos a clientes y proveedores, decisiones de inversión, etc.

El tratamiento de estos temas en el contexto virtual, se encontraba soslayado en las regulaciones de compliance, puesto que la situación no estaba prevista en los procedimientos ni mecanismos de protección de los programas de integridad, toda vez que dicha información, que se discutía en forma presencial dentro del establecimiento, pasó a discutirse a través de una reunión virtual, mediante el uso de plataformas y sin tener la seguridad de modo fehaciente del cumplimiento de los protocolos y procedimientos establecidos en dichos programas de integridad por las empresas.

Ello nos lleva a plantearnos sobre la responsabilidad societaria por filtración de datos propios y de terceros y sus consecuencias tanto a nivel negocial y económico, como pérdida de credibilidad y confianza por la filtración de información, como a nivel de las sanciones civiles y penales por filtración de datos referentes a clientes, proveedores, empleados y demás stakeholders.

Si bien se ha amplificado en los dos últimos años a raíz de la pandemia, no se trata de un tema novedoso, todo lo referente a la protección de datos en el tratamiento informático. Los conceptos de “Data Privacy” y “Data Protection” han tomado una relevancia superlativa luego de la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, conocida como “GDPR”. Entre varios factores, ello se ha debido a la imposición de diversas obligaciones para toda persona, empresa, gobierno y organización que ofrezca bienes y servicios o que recopile y trate datos vinculados a los residentes de la Unión Europea (UE), y a las significativas multas que impone la normativa frente a su incumplimiento.⁴

Por su parte, nuestro país, presenta un plexo normativo⁵ que también compromete a las

4 Gozaini, Mercedes: Protección de datos personales en las empresas: breves recomendaciones para cumplir con la legislación. <https://www.womenincompliance.com.ar/post/proteccion-de-datos-personales-en-empresas-breves-recomendaciones-para-cumplir-con-la-legislacion>

5 Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, y la adhesión al Convenio 108 del que la Argentina es parte desde el 1° de junio de 2019.

compañías locales a garantizar a sus clientes y usuarios una adecuada protección de datos personales.

Transcurridos dos años de la implementación de los medios tecnológicos en las reuniones a distancia, podemos concluir que han llegado para quedarse, porque - una vez incorporados a la dinámica empresarial - disminuyen los costos de las comunicaciones a distancia, facilitan la conexión simultánea o sucesiva entre los diversos intervinientes de una misma operación, trasvasando las fronteras geográficas y de usos horarios.

Más allá de una razonable inversión en tecnología (cadena de blockchain, encriptación de información, sistema de detección de intrusos, adecuados NIDS, utilización de inteligencia artificial, planes de respuesta Data Breach, etc) a fin de evitar el robo de información que pueda obtenerse de actas societarias o de otros actos, resulta imprescindible otro tipo de medidas legales.

Por un lado, un Programa de Integridad o compliance, el que deberá ajustarse a los riesgos propios de su actividad, como así también a la capacidad económica y dimensiones de las firmas⁶, que establezca mecanismos efectivos para proteger legalmente la información sensible utilizada por los órganos sociales y los empleados a través de la utilización de medios virtuales para el cumplimiento de actos societarios, o para la toma de decisiones.

Por el otro, que se dicte una normativa acorde con la “nueva normalidad”.

La responsabilidad propia de los administradores sociales prevista en los artículos 59 y 274, entre otros de la Ley General de Sociedades, 19550, los hace responsables solidaria e ilimitadamente por los daños causados a la sociedad, los terceros y los socios por su accionar. Dicha regulación debe “aggiornarse” a dicha realidad, al nuevo contexto donde se desarrollan las sociedades y a figuras inexistentes al momento de la redacción de la Ley 19550 pero que hoy forman parte de la cotidianeidad (plataformas digitales, billeteras virtuales, etc). Es conveniente que, dentro de los parámetros de lo que se considera la “diligencia del buen hombre de negocios”, hoy incluyamos a la toma de efectivas medidas de protección de la información de la empresa que circula por la web con una nueva regulación a la altura.

6 Conf. art.22 Ley 27401

GOBERNANZA Y SOSTENIBILIDAD: INCORPORACIÓN DE FACTORES AMBIENTALES, SOCIALES Y DE GOBERNANZA (ASG) A LA TOMA DE DECISIONES

Constanza Paula Connolly y Agostina Irene Coniglio

SUMARIO

La ponencia trata sobre la incorporación de factores ambientales, sociales y de gobernanza (ASG) a la toma de decisiones de una empresa. A partir de la conceptualización de los factores ASG en vista de la evolución del concepto de gobierno corporativo y la teoría de los grupos de interés. Acerca nociones de materialidad en función de su importancia a la hora de gestionar la consideración los factores ASG dentro del órgano de administración de una organización como máximos responsables de su guía y funcionamiento. Brindando argumentos acerca de la importancia, necesidad y oportunidad de gestionar estratégicamente la sostenibilidad como así también los desafíos que existen.

1. Introducción: Algo fuera del Directorio está cambiando.

La sostenibilidad en el ámbito corporativo está de moda ¿Pasajera? El contexto global parece indicar lo contrario. En este sentido podemos señalar tres cuestiones fundamentales que describen el escenario actual. En primer lugar, la existencia de la Agenda Global 2030 -común a todos- de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible que reconocen -entre otras cosas- la capacidad del sector privado en contribuir con la construcción de sociedades pacíficas, justas e inclusivas.¹ Exhortando a las empresas a capitalizar su creatividad e innovación para contribuir a resolver los desafíos del desarrollo sostenible.²

Por otro lado, reconocer que la gestión de los riesgos está cambiando. La edición 2022 del Reporte de Riesgos Globales del Foro Económico Mundial identifica los riesgos más graves a escala mundial de los próximos 10 años, siendo los primeros tres ambientales: i) fracaso de la acción climática; ii) clima extremo; y iii) pérdida de la biodiversidad. Mientras que los dos subsiguientes son sociales: Erosión de la cohesión social; y crisis de los medios de subsistencia.³

De igual modo el avance del horizonte normativo comienza a receptar cuestiones de sostenibilidad en materia de inversiones y dentro del ámbito corporativo. Como a su vez la evolución de normativas específicas de divulgación o en materia de Derechos Humanos, que transiciona de un enfoque voluntario hacia uno obligatorio.⁴ Entre ellos podemos señalar

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1 "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" (2015).

² De acuerdo con el concepto de desarrollo sostenible: Satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para cubrir sus propias necesidades. Introducido por el Informe Nuestro Futuro Común. Comisión Mundial sobre Medioambiente y Desarrollo. Organización de las Naciones Unidas (1987)

³ Foro Económico Mundial. "Global Risk Report 2022" (2022) Disponible en: <https://bit.ly/3cTzYhc>

⁴ Comisión Europea "Study on due diligence requirements through the supply chain Final Report" (2020)

la Taxonomía de la Unión Europea; la ley francesa de Deber de Vigilancia o la ley alemana de Debida Diligencia en la Cadena de Valor.⁵

2. Factores ambientales sociales y de gobernanza (ASG o ESG).

La pandemia del COVID-19 ha acelerado un proceso que ya venía gestándose. Sus consecuencias socioeconómicas y el avance de la crisis climática impulsan la evolución del mandato empresarial hacia modelos de negocios sostenible, capaces de crear valor sostenible (económico, social y ambiental) a largo plazo pero también de preservarlo.

El concepto de factores ambientales, sociales y de gobernanza (“ASG”) fue acuñado dentro del ámbito financiero, pero se ha trasladado al corporativo ante la creciente presión de múltiples grupos de interés que demandan a las empresas una actuación responsable para con el ambiente y la sociedad. Dichos factores son entendidos como un subconjunto de indicadores de desempeño no financieros, que sirven para evaluar el comportamiento corporativo y determinar futuros desempeños financieros. La integración de los factores ASG resulta en la inclusión explícita y sistemática de aquellos factores ambientales, sociales y/o de gobernanza materiales en análisis financieros y toma de decisiones de inversión.⁶ ASG es el equivalente en español del término en inglés “ESG” (*environmental, social, governance*). A modo de ejemplo podemos señalar como factores ambientales a la contaminación del agua y del aire o la biodiversidad; diversidad e igualdad de oportunidad como factores sociales y factores de gobernanza a la composición del directorio, integridad y transparencia.

Cabe resaltar que a menudo existe un nivel significativo de interdependencia entre estos tres aspectos. Por ello es necesario adoptar un enfoque multifacético de los factores ASG por la transversalidad de los mismos con el propio negocio de una organización y actividades afines. Ahora bien, en relación con integridad factores ASG a la toma de decisiones de las empresas basta con atenerse a sus particularidades: que la talla de los factores ASG es única para cada organización, ya que se ajustará a su tamaño, características, industria o sector específico y su propia capacidad para abordarlos; y que los mismos factores son activos y dinámicos, por eso debe siempre observarse que los mismos resulten materiales. Es decir que puedan afectar en forma negativa o positiva el valor que puede crear una empresa y permita captar la creación o destrucción de ese valor a partir de las propias operaciones y actividades.⁷

Las presiones y demandas de inversores, reguladores, consumidores o clientes más conscientes exigen una mayor transparencia y supervisión.⁸ Lo que conlleva a moldear modelos de gobernanza más centrados en los grupos de interés comprometidos a considerar los impactos de las empresas en ellos a la hora de adoptar decisiones. Por este motivo la integración de factores ASG importa el desarrollo de enfoques más formales para su abordaje y supervisión. Dado que estos factores facilitan a la gobernanza el abordaje de la esfera completa de los riesgos asociados y al mismo tiempo ofrecen una serie de oportunidades

5 Cómo actuales propuestas en discusión también agregamos: Propuesta de Directiva de información corporativa en materia de sostenibilidad (Unión Europea); Propuesta de Directiva de debida diligencia en la cadena de valor; Reglamento de la UE sobre divulgación de información financiera sostenible (SFDR)

6 United Nations Global Compact and the Swiss Federal Department of Foreign Affairs “Who Cares Wins Connecting Financial Markets to a Changing World” (2004) Disponible en: <https://bit.ly/3oKF6a6>

7 International Finance Corporation (IFC) “IFC ESG Guidebook” (2021) Disponible en: <https://bit.ly/3zjnBSY>

8 Harvard Law School Forum on Corporate Governance “A Board’s Guide to Oversight of ESG” (2022) Disponible en: <https://bit.ly/3OJm3ax>

de inversión y crecimiento.⁹

Mientras el concepto de valor se amplía, entran en juego la incorporación de cuestiones materiales no financieras a la toma de decisiones, y cabe entonces, comprender, cómo considerar a la sostenibilidad en sus tres dimensiones se interconecta con los deberes y responsabilidades de quienes las adoptan. En qué forma evoluciona el deber de fiduciario de los administradores bajo una consideración holística de un mayor conjunto de obligaciones para con una variedad de grupos de interés, y hasta qué punto las herramientas de gestión y supervisión de los órganos de administración pueden ponerse al servicio del abordaje de factores ASG y cuestiones relativas a los Derechos Humanos.¹⁰

3. Propósito de las empresas y la modernización del gobierno corporativo.

La nueva redacción del Manifiesto del Foro Económico Mundial señala que el propósito de una organización implica involucrar a todos sus grupos de interés en la creación de valor compartido y sostenible.¹¹ Lo que sumado a su creciente presión frente a la evolución de sus prioridades se materializa en la evolución del *Shareholder Primacy* (primacía del accionista) al *Stakeholder Primacy* (primacía de los grupos de interés). Esta última supone la consideración en la toma de decisiones de otros grupos de interés, además de los accionistas, como los clientes, proveedores, comunidad local, el personal de una organización, la sociedad en general y el ambiente.¹² Lo que se manifiesta en la adopción de nuevos modelos de gobernanza.

Aquellas expectativas impactan en el seno del órgano de administración ya que la gobernanza en una empresa cumple funciones vitales porque con su accionar alcanza transversalmente tanto el orden interno como el externo de una empresa, lo que permite contar con una visión holística de la organización.

El concepto de gobierno corporativo ha evolucionado a lo largo de los años. Este puede entenderse como un conjunto de estructuras y procesos a través de los cuales las empresas son dirigidas y controladas.¹³ Estos sistemas y mecanismos incluyen entre otras cosas: determinación del propósito de la empresa, su misión, visión y estrategia, lo que permite establecer el marco de actuación para guiar; su estructura y características; sistemas de gestión de riesgos, de auditoría y control, de reporte y divulgación; y el establecimiento de principios, lineamientos, guías, protocolos, políticas y códigos, entre otros.

Por su parte la OCDE lo menciona como el marco de confianza necesario para el funcionamiento apropiado de la empresa¹⁴. Mientras que el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) lo entiende como el conjunto de prácticas formales e informales que gobiernan las

9 La Agencia Bloomberg estima que los activos gestionados bajo inversiones sostenibles llegarán hasta los 50 billones de dólares para 2025. Las inversiones sostenibles generan retornos financieros competitivos e incorporan la consideración de factores ASG en la toma de decisiones de los activos bajo su administración. Tiene por objeto: i) mitigar riesgos ASG ("negative screening"); ii) buscar oportunidades en relación a objetivos ASG identificando a lo mejores de su clase ("best in-class"); y iii) contribuir a soluciones sostenibles. Lease: <https://bloom.bg/3bkp7MA>

10 Connolly C, Coniglio A. "Empresas de triple impacto y Derechos Humanos en Argentina" (2021) La Ley, Buenos Aires TR LALEY AR/DOC/758/2022

11 Foro Económico Mundial. Manifiesto de Davos 2020. "El propósito universal de la empresa en la cuarta evolución industrial" (2019). Disponible en: <https://bit.ly/3jmdYaY>

12 Coniglio, A. y Connolly, C. (2021). "Las empresas con propósito y la regulación del cuarto sector en Iberoamérica. Jurisdicción Argentina." Las empresas con propósito y la regulación del cuarto sector en Iberoamérica. Informe Jurisdiccional de Argentina

13 Informe de la COMisión sobre "Los Aspectos financieros del gobierno corporativo" (1992). Burgess Science Press, Londres. Disponible en: <https://bit.ly/3PTsroj>

14 OECD (2016), "Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, OECD". Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264259171-es>.

relaciones entre los administradores y todos aquellos que invierten recursos en las empresas, principalmente accionistas y acreedores¹⁵; adicionando por su parte la International Finance Corporation (“IFC”) a esta definición y “demás grupos de interés¹⁶”. Es Sir Adrian Cadbury quien recepta este concepto determinando que el objeto del gobierno corporativo es alinear lo más posible los intereses individuales, de las empresas y la sociedad en general. Para lograr el balance entre finalidades económicas y sociales.¹⁷

Es así como la gobernanza en una empresa debe entenderse como un sistema integral que cuando se aplica eficazmente imparte integridad, ética, transparencia, responsabilidad y cultura en toda la empresa, con el fin de dirigirla hacia la creación y preservación de valor. Existe una relación simbiótica entre la toma de decisiones éticas, el cumplimiento de la ley y actuar de forma responsable¹⁸. Por ello una conducta empresarial responsable exige no solamente adherir a aquello que es legal, sino también a lo que es correcto bajo un enfoque ético basado en valores que incluyen la integridad, transparencia, equidad, inclusión y la rendición de cuentas. Lo que conlleva además del cumplimiento de la ley, el cumplimiento de normas y estándares globales.

Hoy en su vasta mayoría los factores ASG se abordan en un mosaico de normas (hard law) y estándares globales o específicos (soft law) que incluyen, pero no se limitan a la normativa de cada país y sus reglamentaciones, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y normas voluntarias como las formuladas por la Iniciativa Mundial de Información (GRI) y el Consejo de Normas de Contabilidad de la Sostenibilidad (SASB).

Los factores ASG como concepto comprende el conjunto de cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza materiales de una empresa que tienen o pueden tener un impacto sobre estas, por lo que que deben ser identificadas, gestionadas, medidas y reportadas debido a que, en última instancia, afectan el rendimiento y la creación de valor a largo plazo. Cuyo proceso estará ceñido a las circunstancias propias de cada empresa y estos factores deben ser abordados estratégicamente por el órgano de administración en virtud de la función transversal de su rol y como máximos responsables de su guía y funcionamiento. Dado que el gobierno corporativo es el sistema por el que se dirigen y controlan las empresas, es a través de él como se pueden gestionar los intereses de los grupos de interés, la sociedad y la interacción con el ambiente. Al examinar sus deberes y responsabilidades se pone de manifiesto el papel clave del gobierno corporativo en la relación de las empresas con la sociedad y el medio ambiente.¹⁹

4. Doble materialidad y factores ASG. ¿De qué hablamos?

El enfoque tradicional de la materialidad de los factores ASG estuvo ceñido a los impactos de estas cuestiones hacia dentro de la organización, para evaluar cómo afectan su valor (materialidad financiera).

Es la Unión Europea la que introduce formalmente el concepto de “doble materialidad”²⁰,

15 Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) “La importancia de tener buenos gobiernos corporativos” (2017). Disponible en: <https://bit.ly/3zoh49y>

16 International Finance Corporation “Why Corporate Governance”? Disponible en: <https://bit.ly/3zKNTik>

17 World Bank “Corporate Governance: A Framework for Implementation” (2000). Disponible en: <https://bit.ly/3OPfNoS>

18 Gutterman A., “The Lawyers’ Corporate Social Responsibility Deskbook” American Bar Association (2019). Estados Unidos

19 UNEP “Integrated Governance. A NEW MODEL OF GOVERNANCE FOR SUSTAINABILITY” (2014) Disponible en: <https://bit.ly/3zLdajh>

20 Comisión Europea. “Directrices sobre la presentación de informes no financieros: Suplemento sobre la información relacionada con

la que se relaciona intrínsecamente con el abordaje de factores ASG en la toma de decisiones. La “doble materialidad” se analiza desde dos perspectivas: (i) en el sentido amplio de que afecta al valor de la empresa (económico); y (ii) el impacto ambiental y social de sus actividades en el conjunto de sus grupos de interés. Reconociendo la materialidad de impacto, es decir cómo las actividades de una organización impactan externamente.²¹ Si bien el alcance de su significado está hoy en el centro de los debates internacionales, para la incorporación de factores ASG a la toma de decisiones de una organización es fundamental acordar el abordaje que la gobernanza extenderá a los mismos. ¿Qué considera material la empresa? ¿Cómo caracterizar un impacto? ¿De qué forma se miden estos impactos? ¿Qué y a quién comunicar?

El abordaje de cuestiones sociales, ambientales y de gobernanza dentro de la toma de decisiones supone entender cómo dichas cuestiones no financieras pueden tener un impacto o implicar un riesgo (de cualquier tipo) tanto en la esfera interna como externa de una empresa. La doble materialidad por ende y, sobre todo, en relación con la divulgación de estas cuestiones, es preponderante para la incorporación estratégica de factores ASG a la toma de decisiones.²²

5. Conjugar la aspiración con la acción.

El abordaje de los factores ASG en el contexto actual conlleva desafíos legales que exigen ser analizados. El incumplimiento o incorrecto enfoque de compromisos asumidos en cuestiones ambientales sociales o de gobernanza tienen el potencial de afectar a una empresa, comercialmente, en forma financiera o inclusive en su reputación²³. En América Latina el 86% de las empresas tiene una estrategia de sostenibilidad pero solo el 37% la han implementado.²⁴

Entre algunos de aquellos desafíos podemos mencionar i) la transparencia en relación con el reporte y divulgación de los factores ASG; ii) la importancia de comprender la responsabilidad de los administradores en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades con la necesidad de educar en estas cuestiones; iii) riesgos asociados a litigios por mala interpretación de credenciales ASG; iv) responsabilidad extendida en la cadena de valor. En este sentido adoptar mecanismos de debida diligencia bajo un enfoque de mejora continua es esencial. Esta diligencia entendida como proceso de gestión pero también como deber de cuidado devenido del principio general del derecho de “no dañar al otro”.²⁵

La integración de las cuestiones ASG es necesaria para gestionar riesgos y para crear tam-

el clima (2019/C 209/01)” (2019).

21 El Grupo Consultivo Europeo en materia de Información Financiera (EFRAG) define la doble materialidad desde la perspectiva tanto de la “materialidad financiera” como de la “materialidad de impacto”, basándose esta última en: (i) la gravedad (escala, alcance y remediabilidad) y, cuando sea apropiado, la probabilidad de los impactos negativos reales y potenciales sobre las personas y el medio ambiente; (ii) la escala, el alcance y la probabilidad de los impactos positivos reales sobre las personas y el medio ambiente relacionados con las operaciones y las cadenas de valor de las empresas; (iii) la urgencia derivada de los objetivos de las políticas públicas sociales o medioambientales y los límites planetarios.

22 Adams, C.A., Alhameed, A., He, X., Tian, J., Wang, L. and Wang, Y. (2021) *The DoubleMateriality Concept: Application and Issues*, published by the Global Reporting Initiative. Disponible en: <https://bit.ly/3vugmX8>

23 Un caso resonante a nivel global fue la demanda encabezada por la organización ClientEarth en Reino Unido quien en 2022 demandó a los directores de Shell por fallar en preparar a la empresa para las emisiones netas de carbono cero. Además en 2021, un tribunal holandés dictaminó que la empresa debía reducir sus emisiones -incluidas las del combustible que vende- en un 45% para finales de 2030. Lease: <https://bit.ly/3BDQ14q>

24 IBM Institute for Business Value, “Sustainability as a transformation catalyst” (2022) Disponible en: <https://ibm.co/3vwWUJp>

25 Connolly C, Coniglio A. “Empresas de triple impacto y Derechos Humanos en Argentina” (2021) *La Ley*, Buenos Aires TR LALEY AR/DOC/758/2022

bién una ventaja competitiva para la empresa. Para lo cual deben movilizarse los mecanismos de gobernanza para garantizar que esta integración se produzca. Hacer de la sostenibilidad un componente integral de la gobernanza corporativa es prudente y necesario. Debido a que existen consideraciones que deben atenderse para facilitar la vinculación de las aspiraciones con las acciones o compromisos en materia de factores ASG.²⁶

6. Enfoque formal ASG: Integración estratégica a la toma de decisiones.

Es a través de la gobernanza que pueden gestionarse todas las expectativas de los grupos de interés recalcando su papel clave en la relación de la empresa con el ambiente y la sociedad. La complejidad de integrar factores ASG a la toma de decisiones motiva repensar su estructuración y funcionamiento.

La gobernanza integrada es *“el sistema por el que se dirigen y controlan las empresas, en el que se integran las cuestiones de sostenibilidad de forma que se garantice la creación de valor para la empresa y resultados beneficiosos para todos los grupos de interés a largo plazo”*. Como Imagen 1 se ilustran los distintos estadios o etapas de las prácticas de gobernanza para arribar a la *“Gobernanza Integrada”*.²⁷

Sostenibilidad por fuera de la agenda

La sostenibilidad no es un tema de agenda en las reuniones

Pueden existir iniciativas que se abordan de forma independiente y diversificada



Gobernanza para la sostenibilidad

La sostenibilidad se incluye en la agenda en las reuniones

El Directorio se propone pensar estrategias para iniciativas o asigna responsabilidad en este sentido

Se delinean métricas y KPIs para medir desempeño de estas iniciativas



Gobernanza integrada

La estrategia es pensada por el Directorio

Los riesgos y oportunidades de la sostenibilidad son parte de una agenda estratégica de la organización

Se utiliza el reporte integrado para medir desempeño de objetivos financieros y no financieros

De igual modo el IFC señala cómo las buenas prácticas y estructuras de gobierno corporativo ayudan a abordar y gestionar los factores ASG, enumerando la consideración de: i) Formación de estrategia corporativa que contempla factores ASG; ii) Identificación y gestión de riesgos holísticos; iii) Cumplimiento con estándares medioambientales y sociales; iv) Identificación y comunicación con grupos de interés; v) Divulgación y transparencia de información ESG, entre otros.²⁸

²⁶ Harvard Law School Forum on Corporate Governance "Introduction to ESG" (2020) Disponible en: <https://bit.ly/3PLXqv3>

²⁷ UNEP "Integrated Governance. A NEW MODEL OF GOVERNANCE FOR SUSTAINABILITY" (2014) Disponible en: <https://bit.ly/3zLdaJh>

²⁸ International Finance Corporation Progression Matrix. Léase también la Metodología de gobierno corporativo de la CFI: <https://bit.ly/3vu4AMC>

7. Conclusiones.

Hoy la gestión sostenible resulta de un imperativo estratégico y avanza para posicionarse como la nueva forma de hacer negocios. Existen numerosos desafíos en materia de sostenibilidad y factores ASG que en la transición hacia economías y modelos de negocios sostenibles ocupan el centro de la escena de las discusiones a nivel internacional.

Debido a las propias características de los factores ASG no existe un enfoque único y por ello las empresas -en particular sus administradores- deberán esforzarse por diseñar mecanismos y sistemas que les permitan el mejor abordaje. Incorporar estas cuestiones conlleva un proceso paulatino y de mejora continua que comienza con el compromiso de la gobernanza. Ya que es esta la que puede emplear todas sus facultades y mecanismos para la más efectiva y coherente integración de los factores ASG. Brindando así un marco de actuación claro por el cual se lideren procesos internos y externos capaz de catalizar un cambio cultural necesario para materializar las decisiones que se adopten dentro de cada organización.

EL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO COLEGIAL A DISTANCIA COMO PRESUPUESTO DE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

Verónica Escuti

SUMARIO

Las medidas de aislamiento dispuestas con motivo de la pandemia Covid-19 provocaron la paralización de la economía global, conllevando el absoluto truncamiento en el funcionamiento de las sociedades. La necesidad determinó la irrupción acelerada de recursos tecnológicos que venían desarrollándose, viabilizando el funcionamiento remoto de los órganos colegiados y, con ello, la conservación de la empresa. Fundándose en normas preexistentes, las autoridades de contralor dictaron disposiciones de emergencia a fin de legitimar las reuniones sociales a distancia. Esta coyuntura impuso la necesidad de rediseñar paradigmas vinculados al organicismo societario, a las reglas de buen gobierno corporativo y de Compliance, al igual que de flexibilizar pautas de interpretación respectivas. Advirtiendo que el normal funcionamiento orgánico es presupuesto ineludible para la conservación de la empresa, reunidos ciertos recaudos mínimos que a tal fin deberán adoptarse, las decisiones sociales arribadas de modo remoto deberán de reputarse válidas.

I. Las sociedades en contexto de pandemia. Funcionamiento orgánico. Conservación de la empresa.

Las sociedades son personas jurídicas o entes de existencia ideal dotadas de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en los términos de los artículos 141 del CCyC, 2 de la ley 19.550 y normas concordantes. Entretanto, constituyen desde otra perspectiva la forma jurídica de organización de la empresa que -como realidad económica- subyace bajo estas.

De allí se impone el análisis de dos cuestiones primordiales vinculadas al fenómeno societario. Por un lado, la existencia de una estructura orgánica sin la cual sería inviable la actuación de la sociedad. Desde otra óptica, pero funcionalmente ligado a lo anterior, la necesidad de “conservar la empresa” como sustrato material de aquella.

A los efectos de la primera, ha de señalarse que la formación de la voluntad social es un proceso complejo que demanda el regular funcionamiento de los órganos societarios, a la que se arribará tras la sucesión de varias instancias internas. Transcurridas las antedichas, las decisiones se reputarán válidamente adoptadas y los actos respectivamente ejecutados por la sociedad. En particular, a más de la licitud y validez intrínseca de los actos, resultan de relevancia conceptos técnicos tales como competencia orgánica, convocatoria, publicidad, quórum, deliberaciones, mayorías, entre otros.

En un segundo plano de constatación, la adecuada operatoria de la sociedad se erige como imprescindible para la conservación de la empresa, principio al que teleológicamente se orienta el aspecto anterior. La redacción del artículo 100 -introducida por ley 26.994- reitera la interpretación a favor de la subsistencia de la sociedad ante la duda sobre la procedencia de una causal de disolución, pero introduce genérica y expresamente la facultad del

órgano de gobierno para eliminarla.¹

En retrospectiva, el aislamiento social, preventivo y obligatorio -ASPO- dispuesto por DNU 297/2020 a la sazón de la pandemia Covid-19, produjo la parálisis de la economía en general y de las sociedades en particular, poniendo en vilo la preservación de la empresa e inhibiendo prácticamente toda posibilidad de gestar la voluntad social. En tal contexto, por razones de “supervivencia”, se aceleró la implementación de mecanismos tecnológicos y de plataformas digitales que hacía años venían desarrollándose, con proyección a casi todos los aspectos de la vida cotidiana y específicamente al “funcionamiento de los órganos societarios a distancia.” No quedó alternativa más que flexibilizar los paradigmas tradicionales de la normativa vigente, aplicando los recursos disponibles para promover la actuación societaria y bogar por la subsistencia de la empresa.²

II. Previsiones legales preexistentes. Inquietudes y remedios en épocas de emergencia.

Hasta el momento, existían previsiones que con alcance acotado contemplaban deliberaciones remotas, tales como el artículo 159 de la ley 19.550 sobre la consulta simultánea del gerente a los socios de la S.R.L.; el artículo 61 de la ley 26.831 acerca del funcionamiento a distancia del órgano de administración de las entidades emisoras cuando el estatuto social lo previera; la norma supletoria del artículo 159 del CCyC respecto de reuniones remotas del órgano de gobierno previo consentimiento de todos los partícipes y por medios de transmisión simultánea, incluso con la prerrogativa de autoconvocatoria; los artículos 51 y 53 de la ley 27.349 vinculados a debates simultáneos en órgano de administración y de gobierno de las S.A.S., dentro o fuera de la sede social. En general, se hizo hincapié en la existencia de recursos tendientes a asegurar la autenticidad de las manifestaciones de los deliberantes, así como en sistemas tecnológicos propicios para una efectiva comunicación simultánea, exigiéndose posteriormente la transmisión contemporánea de imagen y de voz.

Como común denominador, se plantearon inquietudes en torno a lo siguiente:

1. La necesidad de una cláusula contractual o estatutaria que expresamente autorice o prevea este mecanismo de deliberación a distancia;
2. La exigencia de lo que podría definirse como “quórum presencial” impuesto por ley o por contrato para la válida constitución de la reunión a desarrollarse a distancia, con el alcance diferenciado que ello podría aparejar³;

1 Con anterioridad a la reforma introducida por ley 26.994, el artículo 100 simplemente refería a la presunción en favor de la subsistencia de la sociedad frente a la duda acerca de la procedencia de alguna causal de disolución. Al presente, dicha norma establece expresamente “Artículo 100. Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.” Si bien hace hincapié y refuerza el principio de conservación de la empresa, no resulta del todo feliz que la continuidad o no disolución dispuesta por el órgano de gobierno se encuentre condicionada a la “viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad”, lo que a la postre supondría introducir criterios subjetivos de ponderación.

2 Conforme, MORO, Emilio F., “Asambleas virtuales: desafíos, situaciones problemáticas y esbozos de soluciones posibles”, LA LEY 07/07/2022.

3 Según el tenor literal del artículo 266 de la ley 19.550, el director no está “habilitado para votar por correspondencia” a resultas del carácter personal e indelegable de sus funciones. Entretanto, la procedencia del voto sobre el que hubiera instruido a otro director presente está supeditada a la existencia de “quórum presencial”, sin el cual la ley no admitiría a priori la válida constitución de la reunión. La norma textualmente dice “Artículo 266. Carácter personal del cargo. El cargo de director es personal e indelegable. Los directores no podrán votar por correspondencia, pero en caso de ausencia podrán autorizar a otro director a hacerlo en su nombre, si existiera quórum. Su responsabilidad será la de los directores presentes” La obsolescencia de la previsión, difícilmente compatible con la conservación de la empresa y con el funcionamiento a distancia de los órganos sociales, se tornó patente en el contexto de pandemia. A contrario sensu, la operatoria societaria durante la emergencia demostró que existen medios tecnológicos eficaces para garantizar la publicidad efectiva, el libre acceso a las reuniones remotas, la autenticidad de las expresiones, deliberaciones y votaciones allí manifes-

3. La celebración de la reunión “a distancia” fuera de la sede social;
4. La publicidad del medio de convocatoria, la precisión o alcance de su contenido, al igual que la posibilidad de autoconvocatoria por parte del órgano;
5. La adopción de medidas que garanticen la libre accesibilidad a las deliberaciones por parte de quienes componen el órgano respectivo, así como la comprobación y constancia del cumplimiento de las cargas impuestas por la ley al efecto;
6. Los métodos de constatación del quórum y de validación de identidad de los partícipes como presupuestos de validez de las decisiones adoptadas en ocasión del funcionamiento remoto del órgano;
7. La aplicación de tecnología y plataformas virtuales que garanticen la libre expresión de voz y de voto de los integrantes del órgano y de quienes por ley deben estar presentes, traduciéndose en una resolución que -legítimamente adoptada- sea atribuible o imputable a la sociedad;
8. La grabación y respaldo de las deliberaciones en soporte digital, a disposición en la sede social por el plazo de ley;
9. Las exigencias y formalidades en torno a la redacción del acta que ha de plasmar la decisión social, como de su respectiva transcripción en el libro societario;
10. El replanteo de las normas de buen gobierno corporativo y de las reglas de Compliance;
11. La responsabilidad de quienes conforman el órgano de administración, esencialmente, aunque también de quienes desempeñan la fiscalización interna, respecto del regular desarrollo del acto colegial, especialmente con relación a una política de ciberseguridad proclive a la legítima adopción de las decisiones sociales.

III. La reglamentación en contexto de emergencia pandémica.

La pandemia Covid-19 constituyó un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor de claridad y contundencia antes inusitado. Lo mismo ocurrió respecto del aislamiento dispuesto globalmente por los estados. Las circunstancias extraordinarias y de emergencia derivadas de lo anterior, determinaron la proliferación de resoluciones de autoridades de aplicación en distintos planos y jurisdicciones del país. Ateniéndose a un criterio cronológico, cabe destacar:

1. Resolución 11/2020 – Inspección General de Justicia ⁴

Modificando los términos del artículo 84 de la Resolución 07/2015⁵, la Inspección General

tadas, su transcripción y almacenamiento fidedigno en soporte digital, como así también la irrelevancia de su desarrollo dentro de la jurisdicción del domicilio social. Ello justifica la discrepancia respecto de las consideraciones que inspiraron las resoluciones 07/2015 y 08/2022 de la Inspección General de Justicia, debiendo partir del principio contrapuesto. Salvo prohibición contractual o estatutaria expresa, deberá estarse a favor de la viabilidad y legitimidad de las decisiones colegiales a distancia -de modo ciento por ciento virtual o híbrido-, sin exigir la presencia física de los deliberantes en los lugares físicos cuya trascendencia legal ha sido superada -v.g. la sede social o algún lugar dentro del domicilio social- Idéntico razonamiento debería seguirse con relación al artículo 61 de la ley 26.831, que establece “Administración. El órgano de administración de las entidades emisoras podrá funcionar con los miembros presentes o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras cuando así lo prevea el estatuto social. El órgano de fiscalización dejará constancia de la regularidad de las decisiones adoptadas. Se entenderá que sólo se computarán a los efectos del quórum a los miembros presentes salvo que el estatuto establezca lo contrario. Asimismo, el estatuto deberá establecer la forma en que se hará constar en las actas la participación de miembros a distancia. En el caso de reuniones a distancia del órgano de administración, las actas serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco (5) días hábiles de celebrada la reunión por los miembros presentes y el representante del órgano de fiscalización. El estatuto podrá prever que las asambleas se puedan también celebrar a distancia a cuyo efecto la Comisión Nacional de Valores reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto.” Al respecto, es rescatable sin embargo la idea de “transparencia”, al igual que el concepto de “autenticidad” que deberá primar en la convocatoria, celebración y constatación del acto colegial a distancia, a cuyo fin es imprescindible la transmisión simultánea de voz y de imagen.

4 B.O. 27/03/2020

5 Resolución 07/2015 Inspección General de Justicia (B.O. 31/07/2015) “Reuniones a distancia del órgano de administración. Artículo 84.- El estatuto de las sociedades sujetas inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever mecanismos para

de Justicia emitió la Resolución 11/2020 y permitió la celebración de reuniones a distancia sin circunscribir la posibilidad al órgano de administración, ni requerir el quórum presencial o físico en el lugar material de su celebración. En concreto, por razones de imposibilidad derivada de fuerza mayor, habilitó el funcionamiento remoto de los órganos de gobierno y administración de todas las entidades sujetas a su fiscalización aún ante la falta de previsión contractual o estatutaria. La reglamentación fue superadora de la anacrónica exigencia de “quórum presencial” conteste con la pauta de los artículos 266 de la ley 19.550 y 61 de la ley 26.831 en materia de directorio. Los recaudos que debían observarse según la resolución consistían en la aplicación de plataformas idóneas para la transmisión en simultáneo de audio y video; la convocatoria clara y sencilla, indicando la aplicación o programa elegido para su celebración, el modo de acceso y la publicación efectiva por un medio que permitiera tomar efectivo conocimiento a los eventuales partícipes; la intervención con voz y voto de todos los miembros de órgano; el almacenamiento de la reunión en soporte digital y la conservación del back up a disposición de los integrantes que lo requirieran por el plazo de cinco años; la confección del acta en el libro social pertinente, con expresa constancia de los participantes y la rúbrica del representante legal.

2. Resolución 830/2020 – Comisión Nacional de Valores⁶

La Comisión Nacional de Valores habilitó a las sociedades sujetas a su fiscalización a celebrar reuniones a distancia con un alcance semejante al de la IGJ, poniendo de relieve el ejercicio de las facultades de contralor de la sindicatura durante todo el acto asambleario. En cuanto a las decisiones del órgano de administración, la falta de previsión estatutaria del mecanismo deliberativo a distancia conllevó el deber de ratificar en punto expreso de orden del día en la primera asamblea presencial posterior, con el quórum y mayoría necesarios para la modificación estatutaria. Por haberse prorrogado la emergencia sanitaria hasta el 31 de diciembre de 2022,⁷ el pasado 3 de febrero la CNV emitió el Criterio Interpretativo N° 80,⁸ prescribiendo la continuidad de los términos de la Resolución General CNV 830/2020 -incluso en supuestos de no regulación estatutaria- y difiriendo en los órganos de administración la determinación acerca del modo presencial o virtual de desarrollar las asambleas y reuniones de directorio.

3. Resolución 25/2020 – Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de la provincia de Córdoba.⁹

Dicha autoridad de contralor aprobó una regulación a los efectos de permitir y promover las sesiones remotas de los órganos sociales, aún ante falta de previsión contractual

la realización en forma no presencial de las reuniones del órgano de administración, siempre que el quórum de las mismas se configure con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello y que la regulación estatutaria garantice la seguridad de las reuniones y la plena participación de todos los miembros de dicho órgano y del órgano de fiscalización, en su caso. El acta resultante deberá ser suscripta por todos los participantes de la reunión” El subrayado nos pertenece.

6 B.O. 05/04/2020

7 Por DNU 867/2021 (B.O. 24/12/21) se dispuso prorrogar hasta el día 31 de diciembre de 2022 la emergencia sanitaria dispuesta por Decreto N° 260/20, sus modificatorios y normas.

8 El CRI80 obrante en la página de la Comisión Nacional de Valores establece que “En atención a que el Decreto 867/2021 prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 31/12/2022, se mantendrá la vigencia de la Resolución General CNV 830 para la celebración de asambleas virtuales en los términos y condiciones allí dispuestos. Sin perjuicio de ello, serán los órganos de administración los que deberán merituar las condiciones y situaciones particulares de cada sociedad y optar por la celebración de la asamblea presencial o virtual garantizando el debido cumplimiento de los recaudos legales y sanitarios correspondientes”

9 (B.O. 06/04/2020)

o estatutaria, eliminando disquisiciones respecto de la presencia física o por medios no presenciales a los efectos del cómputo del quórum y mayorías, en la medida en que se resguardara la participación efectiva de sus integrantes. La reglamentación se cimentó en el régimen general de la persona jurídica instaurado en el CCyC y puntualmente en el artículo 158 sobre principios subsidiarios de funcionamiento de los órganos de gobierno, administración y, en su caso, de fiscalización, aplicables en cuanto no sean incompatibles con la norma especial, ni la autonomía de la voluntad. Se pretendió anteponer y viabilizar la intención de llevar a cabo la reunión social por parte del ente, subrayándose la irrelevancia de la “presencia física” de los miembros y el carácter abstracto del desarrollo de las deliberaciones dentro de la jurisdicción del domicilio social. A tal fin, puso “...acento en la simultaneidad de las comunicaciones entre quienes deben debatir y adoptar decisiones” y privilegió “la voluntad de llevar a cabo la reunión por parte de las personas legitimadas para ello, sobre el requisito formal de su presencia física en el lugar donde se celebre la misma” Remarcó como recaudo insoslayable que las tecnologías de información y comunicación dispuestas debían garantizar la simultaneidad de voz y voto entre todos los integrantes, para la eficacia, seguridad y regularidad en la toma de decisiones colegiales, siempre dentro de “los límites de la legislación vigente”

4. Resolución 08/2022 – Inspección General de Justicia.¹⁰

Puesto que a lo largo del 2021 las medidas de emergencia y excepción dispuestas en el marco de la pandemia Covid 19 fueron dejándose de lado, la Inspección General de Justicia determinó que, salvo previsión estatutaria, no serían admisibles las reuniones remotas de los órganos de administración y gobierno convocadas para celebrarse sesenta días hábiles después de la publicación de la resolución.

IV. Conclusiones. Necesaria flexibilización de paradigmas tradicionales y criterios de interpretación.

El influjo creciente de la tecnología -agudizado con motivo de la pandemia-, al compás de los mecanismos provistos por el Derecho, justificaron reglamentaciones transitorias y de excepción dirigidas a atender la urgencia planteada por fuerza mayor. Disipada la emergencia, corresponde repensar paradigmas que, a la vez, habrán de guiar también pertinentes pautas de interpretación, según se introduce a continuación.

1. La impronta liberal de la ley 26.994, de contundente repercusión en el ámbito de las personas jurídicas, jerarquizó el principio de autonomía de la voluntad y restringió el alcance de normas imperativas aún en cuestiones otrora fundantes, tales como el principio de tipicidad. De manera coherente, habrán de regir pautas flexibles de interpretación con el solo límite de la expresa prohibición contractual o estatutaria y de disposiciones legales inderogables. En tal sentido, a contrario sensu de las consideraciones de la IGJ -vide: resolución 08/2022- la premisa de partida debería consistir en la posibilidad de deliberaciones a distancia, salvo expresa prohibición en los instrumentos societarios.

2. El principio de conservación de la empresa que hoy resalta el artículo 100 de la ley 19.550 devendría endeble si, atendiendo a cánones anquilosados, objetáramos el regular funcionamiento del ente so pretexto de falta de quórum, mayorías y deliberaciones presenciales

¹⁰ (B.O. 15/07/2022)

o dentro de la jurisdicción del domicilio social, máxime cuando la tecnología ha aportado instrumentos adecuados para garantizar el legítimo desarrollo del acto colegial;

3. La conveniencia o necesidad de efectuar reuniones sociales remotas o bajo modalidad híbrida -con la intervención simultánea de partícipes presenciales y virtuales- impone la reformulación del tradicional derecho de información, perfilándose hacia aquello que podría catalogarse como “derecho de información digital”, debiendo reconsiderarse también el alcance, modo, detalle y contenido de la publicidad para garantizar el libre acceso a la deliberación de todos quienes están legitimados para intervenir.

4. El replanteo del derecho de información o la suerte de “derecho de información digital” de socios y autoridades de la sociedad hace repensar también acerca de medidas de ciberseguridad y autenticidad en las deliberaciones, votaciones, formalización, transcripción y conservación de las decisiones sociales, resultando de trascendencia las denominadas “TIC” y la eventual intervención del clásico notario;

5. La coyuntura emergente de las decisiones sociales a distancia abre un nuevo panorama, presumiblemente inimaginable, acerca de riesgos derivados del funcionamiento interno de la sociedad y de la misma conservación de la empresa. Ello exige el rediseño de las normas de buen gobierno corporativo y programas de Compliance, debiendo implementarse políticas de ciberseguridad desde el directorio y representando este aspecto la matriz de riesgo principal de la empresa.

6. El complejo e incipiente escenario que se perfila supone la revisión de los parámetros de responsabilidad de los administradores sociales -fundamentalmente, aunque además de la sindicatura-, debiendo discriminar criterios respecto de los supuestos derivados de la falta de diligencia y aquellos de deslealtad, en dirección a las nuevas pautas de buen gobierno corporativo.

BIBLIOGRAFÍA

ESCUTI, Ignacio A., “El Derecho a la Información Societaria y la Actuación Judicial”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2000-1, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “El Régimen Societario Argentino: diversidad de paradigmas y un modelo para armar”, SJA 01/07/2022.-

FARINA, Juan M., “Derecho de las Sociedades Comerciales” – Tomo 2 (Parte Especial) Editorial Astrea, Buenos Aires 2011.

GARCÍA TEJERA, Norberto J. “Deberes de conducta de los directores de S.A. Tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inc.1º del art. 299”, en “El Directorio en las Sociedades Anónimas”, obra colectiva en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

HALPERÍN, Isaac – OTAEGUI, Julio C., Sociedades Anónimas – 2ª Edición Ampliada y Actualizada, Editorial LexisNexis – Depalma, Buenos Aires, 1998.

MANÓVIL, Rafael M., Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

MORO, Emilio F., “Asambleas virtuales: desafíos, situaciones problemáticas y esbozos de soluciones posibles”, LA LEY 07/07/2022.

OTAEGUI, Julio C., Invalidez de Actos Societarios, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1978.

PAZ-ARES, Cándido, Responsabilidad de los Administradores y Gobierno Corporativo, Editorial del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

ROITMAN, Horacio, “Reuniones societarias a distancia”, LALEY AR/DOC/2026/2020.

EL PODER CAUTELAR DE LOS ÁRBITROS EN MATERIA SOCIETARIA. EL RETRASO QUE IMPORTA LA REGULACIÓN DEL CCYC

Patricia A. Fernández Andreani

I. SUMARIO

Todos los conflictos que se deriven de un contrato de sociedad son arbitrables. Es aconsejable que los registradores incorporen modelos de contratos de sociedad que prevean la cláusula arbitral dentro de los propios textos, de tal manera que propicien que los conflictos se resuelvan en el ámbito del arbitraje. El tipo de procedimiento menos ritualista es más eficaz para dar solución de forma más expeditiva a una situación que termina desgastando a la propia empresa.

Las medidas cautelares que se soliciten en el ámbito del procedimiento arbitral pueden ser decretadas por los árbitros, aunque la disposiciones del CCYC importan un atraso.

II. FUNDAMENTO

II.1. La cuestión de la arbitralidad de las materias societarias.

La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales dispuso como norma general que cuando se autorizara la promoción de una acción judicial la misma se sustanciaría por procedimiento sumario¹; desalentando la posibilidad de recurrir al arbitraje, siendo que el Código de Comercio de 1859 establecía el sometimiento imperativo de los conflictos societarios al arbitraje, mientras que el de 1889 contempló que todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, fueran decididas por jueces arbitradores, a no ser que se hubiese estipulado lo contrario en el contrato de sociedad².

Hoy es indiscutible que la materia societaria es arbitrable y que los/as socios/as pueden elegir resolver sus diferencias a través de éste método y de hecho muchos registrados así lo contemplan en sus contratos de sociedad modelos.

Sin embargo nadie duda que sería más conveniente para promover este método alternativo que la propia Ley General de Sociedades así lo contemplara.

En este sentido el último Anteproyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades que tuvo lugar el año 2019, a diferencia de lo previsto en la Ley vigente, pretendió incorporar una serie de agregados que modifican sustancialmente la filosofía de los legisladores de 1972, que en su oportunidad descartaron casi por completo la posibilidad de someter el conflicto societario a otros tribunales que no fuesen los judiciales.

Así puede advertirse que el artículo 15 bis admite que los contratos sociales o estatutos incluyan cláusulas compromisorias que someta de forma obligatoria a los diferendos entre los socios, o entre éstos y la sociedad o los integrantes de sus órganos sociales, al arbitraje o a la amigable composición. Además el proyecto contemplaba que la cláusula compromi-

¹ Artículo 15.

² Tal lo dispuesto por el artículo 448 de Código de comercio de 1889.

soria puede ser incorporada al contrato social o al estatuto con las mayorías necesarias para la reforma del mismo, y a partir de su inscripción será obligatoria para la sociedad y todos los socios. También preveía que las diferencias entre los socios puedan arbitrarse sin que este contemplado este mecanismo en el contrato constitutivo, contrato social o estatuto pero claramente ello no podrá ser oponible a la sociedad.

II.2. La arbitrabilidad de las medidas cautelares

Si las cuestiones atinentes a la arbitralidad de la materia societaria ha dado lugar a distintas posiciones en la doctrina y en la jurisprudencia, más aún debemos afirmar que las medidas cautelares que pueden solicitarse al respecto en procedimientos de arbitraje generan mayores discrepancias.

Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral tienen por función resguardar el cumplimiento de un futuro laudo y modificar situaciones existentes. Comprenden tanto a las diligencias preliminares como a las pruebas anticipadas.

Hasta mediados de los años '80 la tendencia en el derecho comparado es que no se admitía que las medidas cautelares fueran dispuestas por tribunales arbitrales, en virtud de la necesidad de coercitividad para su ejecución. Esto fue cambiando y la tendencia general es que los árbitros sí pueden ordenar tales medidas, ya que son los verdaderos jueces de la causa. Uno de los fundamentos para ello es el viejo principio de que "quien puede lo más puede lo menos". En la región las nuevas legislaciones como Chile, Bolivia, entre otros lo admiten y también el artículo 2.1. de la Convención de Nueva York de 1958.

Desde los orígenes del arbitraje previsto en la legislación societaria argentina, dentro de las normas del Código de Comercio, se sostuvo que los árbitros carecían de competencia o por lo menos de "imperium" para adoptar medidas ejecutables por medio de la fuerza pública o en donde era necesaria su intervención³.

La regulación de las sociedades en el Código de Comercio fue derogada con la entrada en vigencia de la Ley 19.550. Pero en relación al arbitraje y las medidas cautelares, el artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es poco claro y da lugar a muchas interpretaciones⁴. De ese modo, parte de la doctrina opinaba que rige una prohibición expresa; otros consideraban que están limitadas a su dictado debido a que los tribunales arbitrales carecen de imperium. También se ha dicho que el alcance de esa norma es que si hay acuerdo expreso de las partes, habría una contradicción entre el Código Procesal y la Convención de Nueva York, y entonces ésta última debe prevalecer por aplicación del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional⁵. Sin acuerdo, no se podrían dictar.

La entrada en vigencia del CCYC de la Nación, aunque este tema no es materia delegada, representa un avance porque aporta una mayor transparencia de la situación en la medida que confirma la posición aceptada tanto en el derecho comparado, como en el derecho internacional de que los árbitros tienen facultades para dictar todo tipo de medidas cautelares.

Ahora bien, el CCYC preve una facultad concurrente para dictar medidas cautelares, dis-

3 Garo, Francisco J., ob.cit., pág. 304, citando a Fernández, Raymundo, "Cód. de procedimientos civil comentado", 2ª ed., pág. 619 y fallos allí mencionados.

4 El mismo dispone: "Medidas de ejecución. Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral". En idéntico sentido, el artículo 791 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

5 En su primer apartado, el inciso 22 del artículo 75 de nuestra Constitución Nacional establece que son facultades del Poder Legislativo de la Nación, "aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...".

poniéndose que las partes pueden solicitar tanto este tipo de medidas a la Justicia como a los árbitros sin que ello constituya un incumplimiento al contrato de arbitraje o renuncia a la jurisdicción arbitral. El tema es que el artículo 1662 del Código de fondo, dedicado a las obligaciones de los árbitros, establece que “en todos los casos” estos deberán garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, por lo que se entiende que no podrán dictar medidas cautelares ex parte y ello beneficia a que las partes se vuelquen a solicitarlo en la justicia ya que en la mayoría de los códigos procesales provinciales (con excepciones) las medidas cautelares se dictan inaudita parte.

Asimismo el CCYC de la Nación especifica que la medida cautelar dictada exige del auxilio de la justicia para ejecutarla y ello también supone un retraso ya que si los árbitros ejercen jurisdicción por el consentimiento otorgado por las partes, ello resulta suficiente para que los árbitros ejerzan el poder de coerción.

Un tema que preocupa de la redacción del CCYC de la Nación es lo que refiere a la revisión judicial de las medidas cautelares. Así el art. 1655 en la última parte dispone que las medidas “pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables”.

La preocupación deviene primero por la amplitud de los agravios que pueden abrir la vía impugnatoria y segundo porque no se comprende a que se refiere la norma por “impugnación”. Con respecto a lo primero al referirse el artículo que para abrir la vía impugnatoria se debe haber violado derechos constitucionales, vale aclarar que frente a una medida cautelar en general siempre están en juego derechos constitucionales, en particular el derecho de propiedad o de asociación o de comercio y ello permitiría judicializar una amplia temática. En cuanto a la revisión judicial bajo el fundamento de que la medida sea “irrazonable”, ello también importa la posibilidad de una revisión muy amplia, incluso sobre el mérito, la idoneidad, la legitimidad, etc.

En relación a lo segundo no se entiende si por impugnación se refiere al sometimiento al recurso de nulidad, de apelación u otro distinto.

La redacción de este artículo, en referencia a los puntos resaltados, constituye un retraso en la materia ya que la normativa internacional establecen acotadas causales de revisión por la justicia de las medidas cautelares dictadas por los árbitros.

De nada vale haber superado las incertidumbres sobre la arbitralidad de las medidas cautelares, si el CCYC permite una amplia gama y causales de vías recursivas.

En suma, en tanto el CCYC preve que las medidas dictadas por los árbitros puedan ser mayormente revisadas por los tribunales y que además las mismas se deben bilaterizar, la conclusión es que es más aconsejable solicitar la medida directamente en los tribunales.

De allí que consideramos que la redacción del art. 1655 del CCYC de la Nación no contribuye a la instancia arbitral y en especial en materia societaria donde como decía el Prof. Martorell⁶ una medida cautelar a tiempo no solo puede ser el mejor remedio para el abuso sino que en muchos casos puede evitar el posterior default o quiebra o puede encauzar la resolución del conflicto que a la postre permita la propia sobrevivencia de la sociedad y de la empresa.

6 MARTORELL, Ernesto, “Deviene imprescindible modificar los criterios actuales de interpretación y resolución del conflicto empresario (societario, concursal o contractual) por parte de la justicia comercial argentina, *El Derecho*, T. 217, 897, 24/02/006.

III. CONCLUSIONES

La complejidad del mundo de hoy provoca la necesidad de buscar medios alternativos de resolución de las disputas que se presentan.

La Argentina ha ido uno de los pocos países de la región que no ha sancionado una ley de arbitraje independiente que comprenda tanto el arbitraje doméstico, como el internacional⁷, tal la propuesta de UNCITRAL en el marco de la Organización de las Naciones Unidas.

El CCYC de la Nación aunque resulta un avance en cuanto a una regulación más clara y avanzada en lo que respecta al arbitraje doméstico, las modificaciones ingresadas por la Comisión Bicameral, en muchos casos representa un atraso y justamente en materia de dictado de medidas cautelares no contribuye con el objetivo del afianzamiento del arbitraje, ni mucho menos con la conservación de la empresa y el fin último de la descongestión del poder judicial.

Consideramos necesario una Ley de arbitraje doméstico autónoma que contemple la facultad de los árbitros para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que se considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública y que la impugnación o revisión de las medidas cautelares contemplen causales más restringidas. Todas estas cuestiones deben ser abordadas en una Ley de arbitraje que regule claramente el tema y que despeje las dudas e incongruencias que hoy existen entre los distintos códigos procesales que rigen en la Argentina y el CCYC de la Nación.

⁷ Aunque si hemos aprobado una ley de arbitraje internacional, la Ley 27449.

LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO OCULTO DEL ACCIONISTA

María Noel Ferrer

SUMARIO

La extensión de responsabilidad del artículo 35 LGS no aplica al socio oculto de un accionista.

1. Introducción

Al regular la calidad del socio oculto y establecer la responsabilidad que cabe por la utilización del instituto, el legislador determinó que esta será ilimitada y solidaria, sin entablar distinciones sobre el tipo social adoptado.

Si bien de una primera lectura podría concluirse que no cabe hacer distinción alguna según el tipo social adoptado, por los fundamentos que esgrimimos a continuación, pensamos que sí corresponde.

En ese sentido, creemos que la extensión establecida en el art. 35 LGS no es aplicable al socio oculto de un accionista.

2. Fundamentos

El tratamiento de la figura que nos convoca se encuentra receptada en dos artículos de la Ley General de Sociedades.

Prevé el artículo 34 LGS:

“Prohibición. Queda prohibida la actuación societaria del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto”.

Seguidamente, el artículo 35 prevé las consecuencias que siguen a su incumplimiento:

“Responsabilidades. La infracción de lo establecido en el artículo anterior, hará al socio aparente o prestanombre y al socio oculto, responsables en forma subsidiaria, solidaria e ilimitada de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de esta ley”

Tras establecer la prohibición de la actuación societaria del socio oculto, determina que su infracción hará responsable al socio oculto en los términos del artículo 125 LGS, es decir, en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria.

Ante la falta de definición de la figura en el texto de la ley, la jurisprudencia¹ y la doctrina² han convenido que es socio oculto aquel cuyo nombre no aparece en el contrato social o en el acto de su registro, cuando debiera hacerlo, porque ha intervenido en la creación del ente como socio y tiene interés social, es decir que, directa o indirectamente goza de los beneficios del socio.

Lo que se ha debatido, y sí encuentra doctrina divergente, es por qué el legislador ha acudido a tal agravamiento en la responsabilidad.

Mientras algunos sostienen que se trata de una sanción *“para evitar el engaño y fraude a*

1 CNCom, Sala A, 30/08/2007, “Adsur S.A. c. Sant, Luis Alberto y otro”

2 Zaldívar, Enrique y otros, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Macchi, t. I, Buenos Aires, 1973, p. 194.

los acreedores por la participación clandestina en la explotación del objeto social³, o bien que fue establecida como castigo para quien no asume los riesgos del negocio⁴, otros han argüido que la extensión de la responsabilidad citada, podría resultar de difícil justificación cuando engendra una responsabilidad más extensa que la prevista para los socios ostensibles, lo que, como tal, jamás pudo comportar una expectativa en los terceros⁵. Sobre este último punto se desarrolla nuestra postura.

3. Nuestra postura

Como se advierte del texto de la ley, ella no hace distinción alguna sobre el tipo, y es sabido que donde la ley no efectuó ninguna distinción, no corresponde al intérprete hacerla. Ahora bien, ¿implica esto que en el caso no hay que distinguir? A nuestro criterio, la respuesta es negativa.

De no hacer tal distinción y aplicar la misma extensión de responsabilidad a cualquier tipo social, la solución sería asistemática y las razones que nos conducen a tal conclusión corresponden a dos órdenes de ideas.

1. La primera de ellas surge del derecho común.

Ello, porque la figura societaria del socio oculto lleva ínsita un supuesto de simulación.

Que la simulación puede ser la operación jurídica bajo la cual se estructura la figura del socio oculto, es una afirmación ya receptada en la doctrina⁶.

El instituto está regulado en los artículos 333 y ss. CCyC y se configura, entre otros casos, cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Dice el ordenamiento que cuando el acto simulado encubra uno real, éste será plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría, si no es ilícito ni perjudica a terceros.

La simulación ha sido definida como aquella operación por la cual se crea una situación jurídica aparente, con una finalidad comercial distinta de la manifestada y ha sido afirmado que no se agota en el acto simulado, sino que se complementa e integra con el negocio disimulado.

De ello se desprende que su objeto es engañar a terceros, aunque ello no produzca perjuicios, y este elemento se plasma en el objetivo jurídico o económico que se procura alcanzar con la creación de esta apariencia⁷.

De esto se deriva que el ocultamiento no es reprochado por la ley, sino todo lo contrario.

En efecto, el principio general indica que la simulación es lícita y como tal, no conlleva sanción alguna.

2. La segunda razón, emerge del derecho societario.

Cuando un socio oculto sea tal mediando una relación de simulación con un socio aparen-

3 Rouillon, Adolfo A. N., "Código de Comercio comentado y anotado" Ed. La Ley, t. III, Buenos Aires, 2006, p. 89; Grispo, Jorge Daniel, "Ley General de Sociedades", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. I, Buenos Aires, 2017, p. 287 (entre otros).

4 Roitman, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada", Ed. La Ley, t. I, Buenos Aires, 2011, p. 742.

5 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, "Derecho societario, Parte General", Ed. Heliasta, t. V, p. 800.

6 Perciavalle, Marcelo L., "Ley general de sociedades comentada", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2015, p. 77.

7 Pizarro, Daniel R. y Vallespinos, Carlos G., "Obligaciones, Institutos del Derecho Privado", Ed. Hammurabi, t. 2, Buenos Aires, 2009, p. 336

te, habrá que analizar su licitud.

Ya vimos que la licitud ninguna sanción conlleva, por lo que, en todo caso, debemos analizar un posible perjuicio a terceros.

Para ello, habremos de detenernos en la expectativa de estos terceros, en cuyo interés se consagró la estructura jurídica de la tipificación societaria.

El universo de terceros vinculados a la sociedad de acciones, no podría tener la expectativa de que sus socios -ostensibles, por supuesto- asuman una responsabilidad ilimitada y solidaria, sencillamente porque ello no surge del tipo adoptado.

Entonces, ¿es razonable la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio oculto cuando no la ha de tener el socio aparente?. Creemos que no. Así también lo ha entendido reciente jurisprudencia de la CNCom⁸.

De no efectuar tal distinción, estaríamos contrariando las bases sobre las que se construyen las sociedades accionarias en las que, por definición, los accionistas no responden frente a los acreedores.

Es verdad que ese principio cede ante supuestos en los que el socio debe responder por haber incurrido en responsabilidades personales (art. 54, en sus tres párrafos).

No obstante, no es ese supuesto el que estamos considerando, sino que nos estamos refiriendo al supuesto en el que un accionista ostensible que, no ha incurrido en ningún hecho ilícito que lo obligue a responder, tiene un socio oculto.

Si los terceros desconocen el ocultamiento habido y, por ello, solo pudieron esperar del ente una asunción de responsabilidad acorde al tipo y no mayor que la adoptada, aquel ocultamiento no tiene virtualidad para alterar sus expectativas.

Precisamente por ello, resulta asistemático entender que el legislador quiso sancionar con la responsabilidad más extensa al socio oculto de un accionista, en tanto no hay interés lícito a resguardar.

Como consecuencia de lo dicho, creemos que ante una simulación de un socio oculto que se yergue lícita, no hay razón valedera para aplicar una sanción, y las consecuencias del artículo 35 no podrían ser aplicadas al socio oculto de un accionista porque no hay acto ilícito.

Conclusión

Del derecho común resulta que la simulación que no persigue dañar a terceros es lícita; y del derecho societario se desprende que ningún tercero tiene expectativas de alcanzar a los socios de una sociedad de acciones con ninguna responsabilidad automática por las deudas sociales, por lo que tampoco podría siquiera defraudarse sus expectativas.

En tales condiciones, la extensión de responsabilidad del artículo 35 no puede ser aplicada al socio oculto de un accionista.

⁸ CNCom, Sala C, "Bonquim SA s/ quiebra c/ Pausic, Marcos s/ ordinario" del 9/6/2022.

DIRECTORIO, BIG DATA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Luis Lapique

SUMARIO

La presente ponencia analiza el impacto del Big Data y la Inteligencia Artificial en el funcionamiento del directorio de la sociedad anónima y la SAS.

El primer punto que consideramos es la posibilidad que un algoritmo o un robot se convierta en un miembro del directorio y, en caso de entenderse que es posible, el régimen de responsabilidad al que quedaría sujeto. De acuerdo a la legislación uruguaya actual, esto no sería posible dado que no estamos ante una persona, y la normativa vigente establece que podrán ser directores las personas físicas o jurídicas.

El segundo tema que estudiamos refiere al uso de la Inteligencia Artificial y Big Data por los directores para la toma de decisiones y desempeño de su cargo, y como impacta esto en la responsabilidad de los directores, que en función de su deber de debida diligencia deben adoptar decisiones en forma informada. Además habrá que tener en cuenta la eventual responsabilidad de los directores por el tratamiento de los datos utilizados.

1. Introducción.

Big Data hace referencia al conjunto de datos susceptibles de aprovechamiento en el marco de procesos de adopción de decisiones, así como también al conjunto de nuevas tecnologías diseñadas para estructurar y analizar grandes volúmenes de datos, permitiendo con ello su utilización y aplicación con muy diversos fines, como, por ejemplo, predecir fenómenos meteorológicos, secuenciación del ADN, mejoras en la salud, etc. La capacidad de interpretación de datos que las tecnologías de procesamiento han permitido atribuir a dispositivos electrónicos constituye el núcleo de lo que se conoce como inteligencia artificial (IA). La utilización y aprovechamiento de esta posibilidad de gestión de datos masivos se ha convertido en un elemento indispensable en el marco de la adopción de decisiones estratégicas de diversos sectores y entre ellos, en el ámbito de las decisiones empresariales de negocio.¹ Big Data refiere a la cantidad de datos que no pueden ser tratados por el software tradicional y tiene tres características: volumen, velocidad y variedad. Se toman datos estructurados, así como no estructurados, que se analizan por varias computadoras, a través de la IA. Al analizar y utilizar los datos pueden haber diferentes tipos de datos: privados, sensibles, públicos, personales, etc. los cuales deben ser utilizados cumpliendo con la normativa en materia de protección de datos personales (Ley 18.331).

La IA se define partiendo del punto de vista operativo, como una constelación de tecnologías que hacen que las máquinas puedan percibir, comprender, actuar y aprender.²

La aplicación de la IA va a ser relevante en el proceso de adopción de decisiones por el directorio y además puede repercutir en la responsabilidad de los directores, que deben actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios y con el deber de lealtad. En este sentido, un aspecto vinculado a la utilización del Big Data y la IA refiere a la utilización y tratamiento de datos personales. Los directores serán los responsables para adoptar las medidas

¹ De Rábaco y Martínez, Digitalización de Sociedades, Wolters Kluwer, pág. 153.

² De Rábaco y Martínez, Digitalización de Sociedades, Wolters Kluwer, pág. 176.

para dar cumplimiento a la normativa en materia de protección de datos personales. Se pueden destacar distintos estadios de incorporación de IA al proceso de adopción de decisiones en el seno del directorio de las sociedades anónimas abiertas, cada una de las cuales plantea diferentes exigencias normativas y también distintos riesgos. La primera fase viene constituida por la utilización de herramientas de análisis de datos para la adopción de decisiones por los miembros del directorio (lo que la doctrina denomina un directorio asistido por inteligencia artificial -AI Assisted Board-); una segunda fase sería el directorio potenciado gracias a la utilización de herramientas de IA (AI Augmented Board) en la cual las máquinas y los humanos aprenden unos de otros. Las máquinas proveen a los humanos de herramientas para la toma de decisiones facilitando un grado de mayor concreción y especificidad para los proyectos; y el tercer nivel corresponde al directorio autogestionado a través de IA, en el que todas o algunas decisiones de adoptan ya directamente a través de estos sistemas o herramientas (AI Autonomous Board).³ En este último caso el “robot administrador” actúa por la persona física director y reemplaza al humano tomando las decisiones.

2. Los ciber directores

En mayo de 2014, Deep Knowledges Ventures, una empresa de Hong Kong de venture capital que se especializa en medicina regenerativa incorporó un algoritmo a su directorio llamado VITAL (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences). Vital realiza recomendaciones analizando enormes cantidades de datos sobre situaciones financieras, pruebas clínicas y propiedad intelectual sobre posibles empresas para invertir. Al igual que los otros cinco miembros del directorio, Vital tiene un voto en los casos que hay que definir si la empresa va a realizar una determinada inversión o no.⁴ VITAL no se anunciaba como una persona electrónica, una “forma de vida” de “Android”, pero se le confiaba como administrador la decisión de emitir un voto en el marco del consejo como “miembro”, para conformar las decisiones del órgano colegiado para decidir inversiones en biotecnología y bioinformática. De facto, no pasaba de ser “IA Advisory”, dado que no estaba diseñado para desempeñar ni asumir responsabilidad por la gestión.⁵

Desde el punto de vista formal, cabe analizar cómo sería la incorporación del algoritmo como miembro del directorio, dado que la Ley de Sociedades Comerciales 16.060 (en adelante la LSC) establece en su artículo 378 que podrán ser directores las personas físicas o jurídicas, por lo que es imposible la incorporación de un ciber director o un algoritmo como miembro del directorio.

En la medida que al algoritmo se le otorgue personalidad en un futuro, esa sería una posibilidad. Mientras que no tenga personalidad, se podría incorporar una persona jurídica que se dedique a la prestación de estos servicios de inteligencia artificial como director. En este caso, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 82 de la LSC, se deberá designar una persona física para que actúe por la persona jurídica y será responsable la persona jurídica con sus administradores por la actuación de la persona física designada y de la actuación del algoritmo.

Los robots y los sistemas de inteligencia artificial existentes hoy en día son, respectivamente, máquinas y software. Por lo tanto, en sentido jurídico, se consideran cosas y, como tales,

³ De Rábaco y Martínez, Digitalización de Sociedades, Wolters Kluwer, pág.155..

⁴ <https://www.dkv.global/about>

⁵ De Rábaco y Martínez, Digitalización de Sociedades, Wolters Kluwer, pág. 179.

susceptibles de ser objeto, pero no sujetos de derecho.⁶

No es legal designar a un robot como miembro integrante del consejo de las corporaciones cuando aún ni siquiera hay reconocimiento explícito de la llamada “personalidad electrónica”. Cuando la IA autónoma alcance esta capacidad tendrán que modificarse las reglas de derecho de sociedades. Habrá que configurar el específico contenido de sus deberes y el sistema de atribución de responsabilidad.⁷

Con relación a la actuación de los ciber directores, se indican como problemáticas las decisiones de tipo discrecionales, que impliquen la emisión de juicios, uso de la inteligencia emocional y funciones relacionadas con la estrategia y liderazgo de los directores. En el lado opuesto, se marcan como ventajas de la actuación de los ciber directores la posibilidad de no considerar opiniones sesgadas, no estar afectados por el “pensamiento del grupo”, no tiene limitaciones de conocimientos o razonamiento, supera las debilidades humanas y las ineficiencias por conflictos de interés. Por estas razones, sería posible mitigar los costos de agencia.⁸

Respecto a la responsabilidad del ciber director, se manejan dos posibles criterios.

En primer lugar, quienes postulan la inexistencia de responsabilidad dado que no hay personas físicas sujetos pasivos de estas normas. La responsabilidad sería el proveedor del software de IA. Para González Granado al carecer de personalidad jurídica, todas las consecuencias que deriven de los actos realizados por los robots o sistemas de inteligencia artificial recaerán de manera directa sobre las personas (físicas o jurídicas) que, según las circunstancias, corresponda según la ley en virtud del vínculo jurídico que lo ligue con aquellos (propietario, arrendatario, licenciatario de software, usufructuario, etc.). Y tales consecuencias jurídicas pueden derivar tanto de contratos como de actos de naturaleza extracontractual.⁹

La segunda opción sería considerar al ciber director como ente con “personalidad electrónica” susceptible de imputación. En este caso habría responsabilidad del ciber director en un primer plano y de la sociedad en un segundo plano. Para iniciar la acción social estaría legitimada la sociedad, y en subsidio los accionistas y terceros. Para exigir la acción directa ante accionistas y terceros, por fallos en el algoritmo, se podría reclamar ante el fabricante o desarrolladores del ciber director.¹⁰

3.Utilización de IA y Big Data por los directores

La utilización de IA y tratamiento de datos implica que los directores cumplan con la normativa relativa a privacidad y tratamiento de datos (Ley 18.331). Se genera un nuevo riesgo de responsabilidad por el incorrecto tratamiento y custodia de los mismos, lo que torna relevante la ciberseguridad de las empresas para evitar accesos indebidos a los datos. El director deberá tener en cuenta los mecanismos de protección de los datos que se utilicen y además velar por su correcta utilización, en cumplimiento de la normativa vigente.

¡En la medida que hay disponibilidad de datos masivos y la posibilidad de utilizar IA, corresponde analizar cómo deben actuar los directores en ese sentido. En cumplimiento de su deber de diligencia de un buen hombre de negocios, deben necesariamente tener acceso y

6 González Granado, De la persona a la personalidad algorítmica, Universitat de Barcelona, pág. 59.

7 De Rábaco y Martínez, Digitalización de Sociedades, Wolters Kluwer, pág. 181.

8 De Rábaco y Martínez, Digitalización de Sociedades, Wolters Kluwer, pág. 185.

9 González Granado, De la persona a la personalidad algorítmica, Universitat de Barcelona, pág. 59.

10 De Rábaco y Martínez, Digitalización de Sociedades, Wolters Kluwer, pág. 188.

utilizar dicha información para poder tomar una decisión informada o pueden igualmente tomar una decisión en forma informada sin utilizar dichos datos, sin que se genere responsabilidad. Este punto está vinculado al deber de informarse que debe cumplir el director antes de adoptar una decisión.

Se podría entender que la utilización de esta información se puede equiparar a la necesidad de solicitar un informe de un tercero para adoptar ciertas decisiones. Habrá que analizar cada caso concreto, para ponderar la relevancia de la información disponible y de que forma hubiera impactado su disponibilidad para adoptar una decisión que mejor contemple los intereses de la sociedad. También habrá que tener en cuenta el costo de generación y acceso a la información disponible mediante las técnicas de IA y Big Data con relación al tamaño de la sociedad en cuestión y al tipo de decisión que se está adoptado.

En la actualidad, parece lejano que se responsabilice a un director por tomar una decisión sin utilizar o considerar la existencia de información disponible en base a técnicas de IA dado que no necesariamente hay información disponible en muchos casos y el costo de acceso a este tipo de información y técnicas puede no ser razonables para la mayoría de las empresas que operan en nuestro país.

El sólo hecho de tomar una decisión en base a información obtenida por técnicas de IA no necesariamente va a liberar de responsabilidad a los directores. Los directores deben conocer los criterios bajo los cuales se generó la información (algoritmos), el proveedor que creó el algoritmo y como fue utilizado para evitar por ejemplos sesgos, y deben analizar en forma correcta la información que reciben.

4. Reflexiones finales

Los avances tecnológicos y las nuevas tecnologías como la Inteligencia Artificial y el Big Data impactan diferentes áreas de nuestras vidas, y en materia de funcionamiento de las sociedades anónimas y SAS en la función de los directores.

La incorporación de los ciber directores al directorio no parece ser una realidad lejana, pero para ello será necesario modificar la legislación actual que exige que los directores sean personas físicas o jurídicas. Además, se deberá regular como se responsabilizará a los ciber directores por su actuación, dado que actualmente al no tener personalidad no se les puede imputar responsabilidad.

La disponibilidad o posible generación de información para la toma de decisiones en base al Big Data e Inteligencia Artificial genera un nuevo escenario ante el cual los directores deben estar atentos al momento de adoptar decisiones. En el ejercicio de su cargo y en base a la diligencia del buen hombre de negocios que deben actuar, deben adoptar decisiones informadas. Esto significa que de haber información disponible o de poder generarse información en base a estas nuevas tecnologías que permitan a directores adoptar sus decisiones con mejor criterio, el apartamiento de la información disponible o la falta de generación de dicha información los podría hacer incurrir en responsabilidad. Claramente dependerá en cada caso del tipo de sociedad, su actividad, sus recursos, el costo de generar información en base a Big Data e Inteligencia Artificial si la utilización de estas nuevas tecnologías es razonable y exigible al directorio para la adopción de decisiones. Además se deberá tener en cuenta la responsabilidad que se puede generar por el tratamiento de los datos que se utilicen al incorporar las mencionadas tecnologías.

LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS PUEDE ABOCARSE A TRATAR CUESTIONES DE ADMINISTRACIÓN

Liuba Lencova Besheva

SUMARIO

La asamblea de accionistas en cuanto órgano de gobierno puede abocarse y tratar cuestiones de administración de la sociedad, sujetas en principio a la competencia del directorio. Tales decisiones son válidas y obligatorias para la sociedad, los directores y los accionistas, en la medida que no violen la ley o el estatuto.

El principio general que prima en nuestra estructura legal societaria es que cada órgano societario tiene delimitada su esfera de competencia. Dentro de esa esfera le compete al directorio resolver todos los asuntos de administración ordinaria, debiendo someter a consideración de la asamblea todas aquellas cuestiones que configuran actos de administración extraordinarios.

Sin embargo, no se debe tomar ese principio general como un principio absoluto. La asamblea de accionistas puede trasladar su competencia y desplazar al directorio en determinados supuestos.

El primero de ellos, que no genera duda alguna es cuando así lo prevén los propios estatutos de la sociedad. Es de práctica habitual redactar y adoptar cláusulas estatutarias que prevén que la firma de determinados contratos deba ser sometidos, para su validez, a consideración de la asamblea.

El segundo supuesto ocurre cuando el directorio somete a consideración de la asamblea alguna cuestión propia de su competencia. Esta cuestión ha generado algún debate en tanto se considera un modo indirecto de deslindar responsabilidades, sin embargo, en mi opinión no es objetable que los directores, cuya conducta juzgan anualmente los accionistas anticipen una cuestión en donde a su criterio sea apropiado recibir un juicio de valor o mérito sobre determinada decisión que el directorio fuese a adoptar.

El tercer caso se da, cuando, sin previsión estatutaria, la asamblea resuelve abocarse a asuntos de administración, desplazando al directorio de su competencia. En tal supuesto, el punto del orden del día debe ser incluido a pedido de uno o más accionistas conforme el mecanismo previsto en el art. 236 LGS.

Si bien en doctrina se discute la facultad de la asamblea por considerar que ello implicaría una "invasión" de competencias, tal facultad de los accionistas es una derivación lógica de la propia LGS. Ello así, por cuanto siendo los accionistas quienes tiene la atribución y facultad de redactar o reformar el estatuto así como que es posible que el estatuto contenga cláusulas expresas que permitan a la asamblea reservarse el poder de decisión de ciertos asuntos que involucran la gestión administrativa, nada obsta que en casos particulares pueda la asamblea considerar asuntos de administración ordinaria aunque tales cuestiones sean naturalmente propias de la competencia del directorio. Exigir que en cada caso deba reformarse el estatuto sería un sinsentido.

Cabe advertir que la posibilidad mencionada como tercer supuesto es facultativa a diferencia de la primera que hace a la validez del acto frente a terceros pues, si el estatuto establecía que la decisión debía ser tomada por la asamblea si tal órgano no se pronunciase previamente el presidente o director o directores a quienes el órgano de administración faculte para ejercer la representación social se podría impugnar su validez por encuadrar en el Art. 58 LGS sin que se pueda invocar la validez formal pues el tercero que contrata sabiendo que la asamblea se abocó a la cuestión no sería de buena fe.

Un tema interesante a analizar pero que excede este breve trabajo es la conducta que deben adoptar los administradores frente a aquellos asuntos que se han definido como “competencias implícitas”¹ Pareciera que, en tales casos, en cuanto la actuación de los directores está sujeta al juicio del buen hombre de negocios, ante supuestos que pudiesen encuadrar dentro de las competencias implícitas de la asamblea de accionistas el directorio no podría adoptar una decisión sin previamente convocar a la asamblea para tratar la cuestión como punto expreso del orden del día a considerar. Es la conducta debida en los términos del art. 59 LGS.

El proyecto de reforma de la Ley General de Sociedades, presentado en el Senado en el año 2019, en el art. 234 proyectado contempla la cuestión con el propósito de aportar seguridad jurídica en una cuestión que ha generado debate ampliando el listado de los que se deben considerar temas propios de la competencia de la asamblea ordinaria. Tal propuesta de reforma a la norma actualmente vigente prevé:

ARTICULO 234.- Asamblea Ordinaria. Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos:

- 1) Balance general, estado de resultados y demás cuentas de la sociedad; memoria del directorio e informe del síndico y de la comisión fiscalizadora; destino de los resultados y distribución de utilidades; formación y desafectación de reservas con la salvedad dispuesta en el artículo 70.
- 2) Designación de directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, y fijación de su retribución.
- 3) Designación, remoción y retribución de los liquidadores, consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con su gestión en la liquidación de la sociedad que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo.
- 4) Revocación de la designación, remoción y declaración de responsabilidad de directores, gerentes, miembros del órgano de fiscalización y liquidadores.
- 5) Aumentos de capital conforme al artículo 188 y fijación de la prima de emisión, en su caso. Podrá delegar en el directorio la época de la emisión, la forma y las condiciones de pago.
- 6) Emisión de obligaciones, debentures y otros títulos de deuda no convertibles en acciones, aunque no se encuentre prevista en el estatuto y de obligaciones u otros títulos de deuda convertibles en acciones cuando se trate de sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones.
- 7) Toda medida relativa a la gestión de los negocios de la sociedad que le compete resolver

¹ **competencias implícitas o no escritas de la junta general” y las define como aquellas** “Decisiones que, aun encuadrándose en el ámbito de gestión de los administradores, afectan de modo sensible a la posición jurídico-económica de los socios y sobre las cuales, en consecuencia, estos han de manifestar su consentimiento. <https://dpej.rae.es/lema/competencias-impl%C3%ADcitas-o-no-escritas-de-la-junta-general>

conforme a la ley o al estatuto, o que sometan a su decisión el directorio, o al órgano de fiscalización. Salvo el caso de asamblea unánime, las decisiones de la asamblea sobre estas materias que sean contrarias a los criterios de lealtad y de diligencia de un buen hombre de negocios, no eximen de responsabilidad a los directores que las ejecuten.

8) Disposición o gravamen de todo o parte sustancial de los activos de la sociedad.

9) Otorgamiento de garantías reales o personales respecto de obligaciones de terceros, salvo que el estatuto lo prohíba. No requieren resolución asamblearia las garantías otorgadas por obligaciones de sociedades controladas y cuando se trate de sociedades cuya actividad sea el otorgamiento de financiaciones o garantías a título oneroso.

10) Aprobación de contratos por los que la sociedad se obligue a dar una participación en sus ingresos, resultados o ganancias que resulte sustancial en el giro de sus negocios.

11) Aprobación de contratos de duración que comprometan una parte sustancial de su actividad, de sus recursos o de su riesgo empresarial.

Para considerar los puntos 1) y 2) la asamblea deberá ser convocada dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio.

A modo de conclusión se proponemos que se apruebe la ponencia de que aún bajo la ley actualmente vigente el régimen impuesto por la LGS no impide al órgano de gobierno actuar en forma funcional expresando su decisión sobre temas propios de la administración societaria abocándose en cuestiones propias del directorio, ya sea porque el directorio las somete a su decisión (art. 234 inc. 1 LSC) o directamente porque deciden hacerlo, imponiendo restricciones a sus funciones y en concreto concluir que la asamblea, tiene atribución para excluir de la órbita de competencia de los administradores la toma de decisiones de ciertos actos, sea por medio de una previsión estatutaria o directamente abocándose a ello. Esa posibilidad implícita se deduce del art. 234 LGS cuando establece que *“Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver sobretoda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos;”* En el caso de existir disposición estatutaria tal caso no es más que el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Aclaro que esta interpretación de la norma actualmente vigente no autoriza despojar al directorio de toda su competencia natural, por ello, preciso que lo antedicho sólo será válido y aceptable en la medida que la asamblea a cuestiones puntuales de la administración. De lo contrario, se estaría distorsionando la estructura orgánica, columna vertebral a partir de la cual se estructura toda la ley de sociedades.

ACTOS NECESARIOS PARA LA EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

–EL JUSTO LÍMITE DE LA FACULTAD DE LOS LIQUIDADORES–

Ariel A. Germán Macagno

PONENCIA

La diligencia debida y la finalidad liquidatoria del proceso de extinción de la sociedad representan los criterios de enjuiciamiento e imputación de la gestión del órgano de liquidación, aunque se carezca de un modelo preciso y predeterminado que establezca cuál debe ser la correcta actividad en cada caso.

Partiendo de ello, corresponderá atender a las circunstancias de cada sociedad y dependiendo de ello se podrá determinar la corrección (o no) en la elección de la forma más adecuada de liquidación, y de la consiguiente actividad realizada para llevar adelante tal cometido.

Mis fundamentos

Hablar de “adecuada liquidación” es referir a cualquier actividad que despliegue el órgano de liquidación que haga más ventajosa, más fácil o más rápida la liquidación de la sociedad¹. Esto, sin que sea posible determinar *a priori* el contenido de las actividades que tienen finalidad de liquidación, sin atender a las circunstancias concretas de cada sociedad, porque **sólo** así se podrá establecer cuáles son los causes más adecuados para realizar la liquidación o, en su caso, facilitar la reactivación o remoción de la causal de disolución ocurrida².

Durante el proceso de extinción la persona jurídica sociedad subsiste hasta la completa y sustancial disgregación de los vínculos generados durante su desarrollo activo.

En este estado, conserva su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad plena) pudiendo realizar (en abstracto) cualquier tipo de acto (o categoría de actos) siempre que esté direccionado exclusivamente a su extinción. No obstante ello, por imperativo legal, sólo podría atender los asuntos urgentes, debiendo los administradores adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación (art. 99, LGS.). Y para el supuesto que la sociedad continuara funcionando como si la causa de disolución no hubiera acaecido, se establece un esquema de responsabilidad específico para los administradores (art. 99, 2, párr., LGS.)³.

1 URÍA Rodrigo – MENÉNDEZ Aurelio – BELTRÁN Emilio – Comentario al Régimen Legal de las sociedades mercantiles. Disolución y liquidación de la sociedad anónima. Tomo XI- Edit. Civitas, Madrid, año 1992, pág. 192.

2 GIRON TENA J. --Derecho de Sociedades. Tomo I- Edit. Benzal, Madrid, año 1976, pág. 582.

3 Efectivamente, cualquier operación ajena a los fines exclusivos de la extinción de la persona jurídica sociedad, los hará responsables ilimitada y solidariamente, no sólo frente a los terceros sino ante los propios socios (art. 99, párr. 2, LGS.) pues su proceder vuelve su actuación antifuncional (art. 10, CCyC. –ex: art. 1071, CC.-).

Los liquidadores (para el supuesto de ser ellos los elegidos para desarrollar el procedimiento de liquidación –art. 102, LGS.–) que reemplazaran al órgano de administración, tendrán a su cargo en adelante la administración y representación de la persona jurídica sociedad, asumiendo todas las obligaciones y responsabilidades que a estos le correspondían (art. 108, *ibid.*)⁴.

Como administrador, el liquidador está habilitado a celebrar todos los actos necesarios para la realización del activo y la cancelación del pasivo (art. 105). Para ello deberán actuar con el parámetro de conducta (buen hombre de negocios) tipificado en la norma del art. 59, pudiendo responder solidaria e ilimitadamente por mal desempeño del cargo, violación a la ley, estatuto o cualquier otro reglamento, incluso por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (art. 274).

Durante el proceso de su extinción la sociedad conserva su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, pues su capacidad no sufre ninguna merma.

La sociedad, como organización, sigue habilitada como persona jurídica para realizar (en abstracto) cualquier tipo de actos siempre que estuvieran direccionados a su extinción. De mediar alguna restricción, estará derechamente vinculada con la actividad, pero será de naturaleza económica más que jurídica⁵.

De la manera en que ha sido regulado el tema en la norma del art. 101, LGS., la expresión legal “a ese efecto”, presenta una textura abierta que deja margen a la casuística integradora. De allí que sea necesario en cada caso y en cada operación, que sea ponderado (como cuestión de hecho) si la actividad (cualquiera) se ajusta a dicho fin (extinción).

La persona jurídica sociedad (en su identidad) podría concertar nuevos negocios o contraer nuevas obligaciones (en tanto imprescindibles para la extinción) y una operación en tal sentido por más que no se traduzca en un acto extintivo de una relación preexistente, razonablemente (desde una apreciación objetiva) puede justificarse con motivo de representar un medio para tal fin⁶. Y como bien lo sintetizara la doctrina: “... Para juzgar si una operación es nueva, es preciso tener en cuenta *el fin* por el cual se realiza...”⁷.

Desde esta perspectiva, no cabe formular conceptos rígidos, dependiendo la determinación acerca de si una operación es (o no) nueva, de la circunstancias de cada entidad y su objeto social, aspectos que representarán una valiosa pauta de interpretación⁸. Sólo así, tras ese análisis podría examinarse si el órgano de administración pertinente, incurrió (o no) en responsabilidad.

Cuando el sistema de Derecho societario sienta como parámetro de ponderación de la conducta de los administradores (y liquidadores) el cartabón o débito del obrar con lealtad

4 ZALDIVAR E. –MANÓVIL R. M. –RAGAZZI G. E. – ROVIRA A. L. – SAN MILLAR C. –Cuadernos de derecho societario. Tomo I- Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1980, págs. 374/375; CAVANELLA DE LAS CUEVAS Guillermo –Derecho societario. Tomo XIV- Edit. Heliasta, Bs. As., año 2008, pág. 258.

5 BELTRÁN Emilio –La disolución de la sociedad anónima- Edit. Civitas, Madrid, año 1997, pág. 70.

6 En este sentido se ha expedido Nissen, para quien: “... la calificación de la nueva operación, o si ella está relacionada con el proceso liquidatorio, constituye una cuestión fáctica que el juez deberá resolver teniendo en consideración las circunstancias del caso, sin perjuicio de que el tercero de buena fe pueda demandar al liquidador por los perjuicios ocasionados, en los casos en que la inoponibilidad a la sociedad de los actos celebrados por aquel, resulte procedente...” (cfr.: NISSEN Ricardo A. –Ley de Sociedades Comerciales. Tomo 2- Edit. Abaco, Bs. As., año 1993, pág. 227).

7 FERRARA Francesco –Empresarios y sociedades- Edit. Rev. de Dcho. Priv., Madrid, Vol. XXIV, pág. 181.

8 Al respecto se pone de relieve que: “... la asamblea podría autorizar al liquidador a realizar negocios que no tiendan directamente a la liquidación o bien a ratificarlos si se hubieran ya celebrado, toda vez que la asamblea de asociados conserva aún durante la liquidación los poderes que le son reservados por la ley. Asimismo, no corresponde calificar de nuevas operaciones las que hagan más rápida y beneficiosa la liquidación...” (cfr.: GAGLIARDO Mariano – Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas- Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1994, pág. 290).

y con la diligencia de un buen hombre de negocios, traduce en lenguaje societario los parámetros de ponderación predisuestos a nivel de Derecho común propio de los factores subjetivos de imputación (art. 1724, CCyC.-) y lo legislado en cuanto a la valoración de la conducta (art. 1725, CCyC.) en tanto se presupone que se trata de un hombre de negocios (comerciante experto).

Partiendo de ello, la omisión de esta diligencia expectable por la ley en derredor de la actuación de los administradores de la sociedad (proyectada en esos cuidados propios de un buen hombre de negocios) los vuelve responsables por los daños y perjuicios generados (responsabilidad por la culpa leve in abstracto) y además responden por los perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales (responsabilidad por culpa grave y, obviamente, por el dolo)⁹.

Este régimen de responsabilidad se rige por los principios del ordenamiento común, aplicable a toda responsabilidad civil. Partiendo de ello, para la imputación de responsabilidad deben existir todos sus elementos (léase: daño, antijuridicidad, factor de atribución y nexo causal)¹⁰.

Tratándose de administradores directores de sociedades anónimas, la calificación de la diligencia debida en función del standard del buen hombre de negocios (art. 59, LGS.) garantiza la calidad de su actuación profesional (art. 1725, CCyC. –ex: art. 902, CC.–) mientras que lo que fuera previsto en las normas de los arts. 271, 272 y 273, les imponen abstenerse de competir y de actuar en conflicto de intereses. Sin perjuicio de lo establecido en la norma del art. 150, CCyC. (en cuanto a la prelación normativa allí estipulada) cierra el esquema la norma del art. 160, CCyC., proyectando la responsabilidad “*por los daños causados por su culpa en ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión...*”¹¹.

No se pretende con esto ampliar a cualquier costo las causales de responsabilidad y la nómina de sujetos pasible de imputación.

En cuanto a los tipos acciones viables para hacer valer esta responsabilidad de los administradores, el sistema de Derecho societario se constituyó sobre un esquema dual, cuya diferencia trasunta en que en un caso, el daño (resultado de la lesión) afecta al patrimonio de la sociedad, mientras que en el otro, el perjuicio es singular del socios, accionista y/o tercero que lo sufre¹².

Me encuentro así, con la acción social de responsabilidad cuya *ratio* radica en el daño infringido a la sociedad, a partir de lo cual queda legitimada (al igual que los socios indivi-

9 Esto, conforme lo dicho por la doctrina, la que sienta como regla general que el administrador (liquidador) que no cumple con las obligaciones a su cargo causa un daño, viola un deber de conducta específico y, consecuentemente, una prohibición de no dañar (cfr.: Otaegui Julio C. –Administración societaria- Edit. Ábaco, Bs. As., año 1979, págs. 133 y 380).

10 La ausencia de cualquiera de ellos impide, en principio, la configuración de responsabilidad y obsta la procedencia de la pretensión resarcitoria (cfr.: ORGAZ Alfredo -El daño resarcible- Edit. Lerner, Cba., año 1992, págs. 13 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA Jorge -Teoría de la Responsabilidad Civil- Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1997, pág. 107; en jurisprudencia: TSJ. -Sala Civil- Cba. Sent. 91 19/8/03, in re: “Almada Isidro c/ César Carrera y Otros – Ordinario Recurso Directo”).

11 Al respecto se ha puesto de relieve que la última parte de la norma del art. 274, LGS., al referirse a cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave, no está calificando las condiciones para la responsabilidad genérica, sino agregando nuevas razones para hacer responder a los directores por cualquier otro daño producido en esas condiciones (cfr.: ZALDIVAR E. – MANÓVIL R. M. –RAGAZZI G. E. – ROVIRA A. L. – SAN MILLAR C. –

Cuadernos de derecho societario. Tomo III- Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1980, págs. 657/8; en contra: MOSSET ITURRASPE Jorge -Responsabilidad de quienes dirijan o administren sociedades comerciales-; trab., pub., en: JA, 1973, 670). Apoyando la primera tesis, Otaegui se encargaba de precisar que dicha manda legal no son: “... daños resultantes de la indebida conducta del director en ejercicio de sus funciones, sino con ocasión de sus funciones...” (cfr.: Otaegui Julio C. - Responsabilidad civil de los directores-; trab., pub., en: RDCCO, 1978, págs. 1299/1300).

12 JUNYENT BAS Francisco -Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral- RDPyC., 2000-1 (Sociedades Anónimas), edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 191 y 192.

dualmente considerados) para deducirla, frente a la inactividad de las autoridades pertinentes (arts. 276 y 277, LGS.). Por otro lado, tengo la acción individual de responsabilidad cuyo fundamento estriba en el daño producido, tanto a los integrantes de la sociedad como a los terceros, por la actuación indebida de los administradores.

A modo de conclusión

Durante el proceso de extinción subsiste la personalidad jurídica sociedad pero al sólo efecto de la liquidación.

La persona jurídica sociedad mantiene su capacidad.

En todo caso, la limitación a los poderes de gestión del órgano de administración (o de liquidación) no constituye una incapacidad de derecho, sino una mera restricción a su capacidad de ejercicio, en virtud de una predeterminada normativa de los actos que el liquidador puede realizar (o no);

El contrato de sociedad mantiene su vigencia como soporte de su personalidad, contrariamente a lo que sucede con su actividad – fin, la cual se modifica en pos de la liquidación.

Ciertamente el objeto social no se modifica, ni desaparece a causa de la liquidación, pero se materializará a través de una actividad liquidatoria.

Existe un cambio en la actividad productiva que pasa a ser actividad de extinción.

En este contexto, el órgano de administración (o liquidación) podrá desarrollar nuevas operaciones, siempre enmarcadas en el objeto social. Eso sí: a condición que se levante como actividad necesaria para la extinción de la persona jurídica sociedad.

Y, para el caso que no lo fuera, se incurrirá en responsabilidad por mal desempeño del cargo.

LA EMPRESA FAMILIAR EN BUSCA DE SU CONTINUIDAD

Daniel Mansilla Muñoz

SUMARIO

Las empresas familiares, en todo el mundo, son modelos de emprendimientos y en general presentan dificultades de continuación en el tiempo.

Una empresa es familiar cuando el capital, administración, dirección y organización está en manos de uno o más miembros de un mismo grupo familiar y por lo tanto existe una estrecha relación entre la vida de la empresa y la vida de la familia, generando un sistema complejo.

Aunque una empresa familiar está compuesta por una familia y un negocio, instituciones disimiles, cada uno de sus miembros y objetivos se superponen, lo que da lugar a la generación de conflictos, que habrán de resolverse para mantener la convivencia armónica y la continuidad de la empresa.

A las características referidas a la posesión de un alto porcentaje de las acciones o cuotas, que posee la familia en una empresa, y la posición de los miembros en la dirección y administración, debemos considerar la intencionalidad del fundador de transmitir la empresa a sus hijos.

La carencia de límites claro sumerge a la empresa en la cotidianeidad familiar, permitiendo que los intereses disimiles de los miembros de la familia, la acefalía, la sucesión en la gestión de la empresa, la propiedad de la empresa y la sucesión en esa propiedad, entre otras, se conviertan en causa de extinción.

El presente refiere a la responsabilidad del administrador de una empresa familiar, conforme pautas objetivas de funcionalidad, desde la perspectiva legal y de las relaciones humanas, a fin de mantener los límites intactos para no perjudicar a terceros y a los miembros de la familia, a través de un diseño organizacional de la empresa para el futuro conforme valuación convencional del daño.

Introducción

La primitiva empresa familiar se gestó con el surgimiento del comercio conformando parte de la historia de la civilización. Gagliardo M., en el Tratado de la Empresa dirigido por Piaggi A. (2009), extracta los orígenes de la empresa familiar, cita a Planiol, y afirma que “La familia constituía un conjunto económico donde la propiedad era familiar antes que individual y los miembros se encontraban aunados por vínculos de sangre, resultando el patrimonio comunitario para la producción, pero individual por su referencia a una única persona, que por entonces era el padre”.

La empresa concebida como la agrupación de los factores de producción, para la circulación de los bienes y servicios en el mercado, con fines de lucro legítimos bajo un poder de decisión y coordinación central, constituye un ente complejo en el cual convergen diferentes intereses, sujetos y cosas, y sobre cuyo titular inciden deberes y derechos.

Una definición completa nos brinda Favier Dubois E. (h) (2010): *Hay empresa familiar cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en*

el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa.

Con esta introducción el concepto empresa familiar alcanza toda variedad de negocios, atendiendo a la magnitud se puede alternar desde el más modesto almacén o emprendimiento agropecuario familiar hasta imperios multinacionales, Palazzo C. en Calcaterra (2019), con un elemento unificador: “la especificidad de los conflictos que caracterizan a la empresa de familia, así su destino sucumbe frente a un conflicto familiar irresuelto” (p. 1424).

Existe por lo tanto una estrecha relación entre la vida de la empresa y la vida de la familia, con el claro propósito de perpetuar el proyecto a lo largo del tiempo, de manera de preservar los intereses económicos comprometidos. “En consecuencia, la propiedad y la sucesión hereditaria en el esquema familiar constituye la materia más ardua del derecho positivo y de la filosofía que lo orienta, anima y sostiene” (Rébora J. C., 1931, p. 9).

La confusión de límites entre empresa y familia surge al extrapolar los roles que cada uno de los miembros posee en el seno familiar al terreno de la empresa, en consecuencia, el componente emocional interfiere en las tomas de decisiones. Favier Dubois E. (h) (2016) enumera algunos de los cuestionamientos que surgen ante el desconcierto de límites, menciona los necesarios para el presente, todos los herederos se creen con derecho a gestionar la empresa o a participar en la propiedad en igualdad; confusión de las cuentas entre empresa y familia en materia de política de dividendos, patrimonio sujeto a riesgo y retribuciones desproporcionadas; se confunde justicia con equidad al retribuir o transmitir la propiedad a los hijos; y malestar de los directivos no familiares de la empresa con la situación de los familiares dentro de la misma.

A estas cuestiones complejas hay que sumarle el hecho de que la gran mayoría no tienen formación correcta en el ámbito de administración de empresa, manejándose en consecuencia únicamente con su intuición, “no sorprende que en el mundo menos del 30% de las empresas familiares lleguen a una transición exitosa de la primera a la segunda generación, y menos de la mitad lleguen a la tercera” (Goyzueúa Rivera, 2013, p. 6).

Las decisiones a tomar, con miras en el futuro de la empresa familiar, deben atender los límites entre la familia y la empresa, a la profesionalización de la empresa, los intereses de la familia en la empresa, la sucesión en la gestión, el mantenimiento familiar de la propiedad de la empresa y sucesión en la propiedad, la responsabilidad en la dirección y/o gerencia.

La unificación del derecho privado ha incorporado al Código herramientas que resultan de marcado interés para el presente y futuro de las empresas familiares, posibilitando hablar de planificación patrimonial futura para salir del molde rígido del derecho testamentario.

El protocolo como “obligación” requiere la precisa determinación de las conductas exigidas, lo que no suele ocurrir con los protocolos donde los contenidos son heterogéneos y, en la mayoría de los casos, contienen previsiones privadas, de carácter ético, pero no obligaciones en sentido técnico.

El protocolo alcanza fuerza jurídica y ejecutoriedad cuando los deberes y comportamientos previstos son determinados y tienen un valor patrimonial con carácter de obligación jurídica en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Afirma Medina (2015), “no se trata de inmovilizar fortunas sino prevenir el estancamiento de la empresa por los problemas entre los herederos cuando desaparece el fundador” (p. 291). Y estos pueden realizarse sobre una empresa individual o familiar con o sin organización societaria y sobre participaciones societaria en una empresa

Un comentario al artículo 1010 del Código señala que cuando muere el dueño, el fundador o el director y la empresa entra en sucesión no existe solamente un tema económico sino

también un tema de gestión directa o indirecta que hace a la economía en general. La norma en comentario permite, en cierto sentido, que se puedan redactar contratos en los cuales el objeto sea una sociedad en la medida que no afecten la porción legítima (Córdoba M. en Lorenzetti, 2015, p. 740).

Las consecuencias de la desaparición de una empresa familiar son desastrosas para la economía porque implican la pérdida de puestos de trabajo, de capital y de experiencia negocial. Es por ello que resulta trascendente la existencia de herramientas útiles que permitan la sucesión de la empresa familiar y eviten que esta finalice con la vida de su fundador. (Medina en Fabier Dubois (h), 2015, p. 273). La organización empresarial originada en la familia conlleva la idea de durabilidad, así soporta las crisis económicas, realiza inversiones a largo plazo en lugar de repartir dividendos, conserva los puestos de trabajo por el vínculo formado con los dependientes, y ante el surgimiento de los conflictos, a causa de las divergencias de los intereses familiares, surgen contingencias que atacan su continuidad, la comunidad de esfuerzos y la armonía de la familia.

Los riesgos aumentan con las transferencias intergeneracionales ya que al pasar a la segunda generación crece la complejidad de la familia en su relación con el negocio. La figura del fundador, puesta en una persona con autoridad suficiente para la toma y ejecución de decisiones, luego de su ausencia, se verá fraccionada en tantas partes como continuadores existan y así en cascada hasta diluirse.

El acontecer de una empresa familiar resulta complejo, lo emocional debe dar paso a lo económico y jurídico, el derecho privado brinda herramientas útiles para pensar la continuidad, demandando de los destinatarios un cierto grado de madurez para plantear las situaciones y solucionar los conflictos.

El protocolo es un instrumento complejo, por el carácter interdisciplinario, para su confección se deben contemplar elementos jurídicos, económicos y sociales. La relación entre los conocimientos de administración de empresas, economía y derecho emplaza el vínculo interdisciplinar hacia el objetivo de lograr la sustentabilidad de la empresa familiar y dar respuesta a los retos por medio de nuevos esquemas contractuales. Los acuerdos familiares, sostiene Favier Dubois Eduardo (h) (2011):

En particular las cláusulas del protocolo de empresa familiar, pueden ser válidamente incorporados a las estructuras societarias aun cuando contravengan algunas disposiciones del régimen societario en la medida en que se ajusten a la causa de la empresa familiar, que cabe admitir en nuestro derecho a la luz de los artículos 3 de la ley 19.550 y 1010, segunda parte, del Código Civil y Comercial de la Nación.

La visión del fundador

El ciclo de vida de la empresa familiar explica las etapas que atraviesa la misma, tomando distancia de ello, resulta sencillo identificar puntos críticos. La pregunta que, en cada momento/etapa, debe guiar es qué dispuso la empresa para enfrentar las crisis propias, el sólo hecho de ser empresa familiar.

Considerando las diferentes etapas de la empresa familiar, la inicial es el primer momento que tiene el emprendedor para consolidar su visión a través de los lineamientos que regirán su vida, sin embargo, en esas circunstancias sólo busca aprovechar una oportunidad de negocio.

El emprendedor se siente obligado en atesorar todas las áreas bajo su dirección, y ante la necesidad de incorporar personal consagrado a la administración de los negocios, estima

que la confianza es un requisito excluyente, concluyendo que familiares son los únicos adecuados al cargo.

El fundador estará acompañado por sus hijos, quiénes por la confianza, han comenzado a trabajar con él en la empresa familiar, lo que presenta ciertas dificultades vinculadas a la superposición de roles, la prioridad en la confianza a ellos por encima de otros y la discordancia en la visión. Si se logra superar esta crisis, a la empresa la amenaza el retiro del fundador, existe un riesgo latente, que tácitamente pone en discusión el poder de los herederos en la familia y en la empresa.

La empresa familiar, que supera las crisis anteriores, y habiendo alcanzado un crecimiento importante, exige nuevas competencias para hacer frente a los desafíos de una organización compleja, por la estructura organizacional y una gestión profesional, la respuesta a los mismos debe buscarse en la visión del fundador, presente o ausente, por lo que insistimos en la redacción de un protocolo de gobierno.

El gran cambio se produce con la incorporación de un profesional, ajeno a la familia, depositario de la confianza y generador de otros síntomas de celo. Lo que insta un blindado marco de responsabilidad apoyado en la legislación ante la carencia de pautas propias.

La organización es el proceso de disponer y destinar los recursos y el trabajo ante los miembros para lograr los objetivos propuestos. El fundador tiene claridad sobre los objetivos, a corto y largo plazo, económicos, sociales y éticos, al detectar una dificultad, a través del análisis de todas las actividades y tareas asignadas, es quien podrá coordinar y corregir el rumbo de la empresa. La crisis en este aspecto surge cuando la resistencia al cambio impide la revisión y adecuación a nuevas exigencias.

El gobierno de la empresa alcanza a la gestión, la dirección y la propiedad empresarial, cuando el mismo se conserva en manos de la familia resulta conveniente seguir la visión de fundador, la que se haya en constante tensión con el cambio. Y constituir, a criterio de la doctrina, el consejo de familia y la asamblea de familia.

El apego a los vínculos familiares, generado por la tradición, demanda frente al cambio acciones discrecionales llevadas a cabo en un tiempo corto de implementación, en busca de consenso de la lógica familia-empresa, aspirando a la asimilación de los cambios, las que fracasan ante la falta de visión de los miembros de la empresa.

El código de ética y la organización dependen en gran medida de cómo actúan los líderes, aunque no impida conflictos si es una prevención de violencia, al tiempo que influye y estimula a los demás miembros de la empresa familiar.

La ética familiar se apoya en los objetivos de la empresa y en el sistema de valores de la familia, aspectos comandados por el fundador. El cumplimiento de los lineamientos creados hace a la integridad de la empresa y de sus miembros, asegurado el bienestar y continuidad de la empresa, incluyendo a dependientes, proveedores y clientes. Por ello resulta importante tener identificado y descripto, cada acto, el código de ética de la empresa al diseñar o rediseñar una estrategia sin involucrar sentimientos, relaciones cercanas y conflictos de poder.

Hoy, y desde hace más de un lustro, el Código Civil y Comercial habilita al fundador a organizar la sucesión en la empresa familiar permitiendo transmitirla solo a los herederos con vocación de continuar la empresa. El pacto de herencia futura, acuerdo entre fundadores y herederos, se encuentra dentro del protocolo de la empresa familiar, donde se regulan las relaciones de la familia, propiedad y empresa, exigiendo para su eficacia la obligatoriedad hacia los herederos. El protocolo sin eficacia para la empresa familiar carece de todo valor frente a los terceros.

Valuación convencional del daño

La empresa familiar, por la confusión de roles de las partes en conflicto –padre gerente; tío representante; hermano administrador-, se abstiene de reclamar con igual fuerza la prevención y generación de los daños que repercuten en la propiedad de todos, en este punto consideramos incorporar a los acuerdos familiares una convención capaz de valorar el daño, independiente del reclamo judicial.

El ordenamiento legal contempla cuatro vías para la valuación del daño, legal, judicial, arbitral y por último la convencional. La tercera es mayoritariamente recomendada para las empresas familiares, hoy considerada explícitamente con el contrato de arbitraje del artículo 1649 y subsiguientes de la ley 26.994. La última, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, permite a las partes establecer el monto del daño a reparar, y en forma anticipada a la ocurrencia del daño, mediante la figura de la cláusula penal, la cual impacta por su nombre por lo que conviene llamarla cláusula “*valuación convencional de daño*”.

La característica a destacar, para ponderar su implementación, es la preventiva porque los miembros de la empresa familiar establecerán en forma anterior a la ocurrencia del incumplimiento las posibles consecuencias que se derivarán de él, y ello en la búsqueda de cierta armonía en el ámbito familia y empresa.

Los tenedores de poder en la empresa familiar, quienes ocupan órganos de decisión, y los otros involucrados, sin poder de decisión, pactan la suma dineraria necesaria para reparar el daño; este último también estipulado en una nómina. Sostiene Calvo Costa (2017), el objeto de la cláusula penal puede ser cualquier clase de prestación, puede manifestarse como una prestación única o como una serie de prestaciones escalonadas de progresiva agravación en relación con el grado de incumplimiento o retraso. El profesor explica que la cláusula penal resulta de gran utilidad para todas las partes, habla de acreedor y deudor, porque al momento de pactar la cláusula adquiere certeza respecto de cuáles serán las consecuencias patrimoniales por las que deberá responder ante su incumplimiento, pudiendo prever de tal modo el riesgo del negocio que ha realizado.

La función indemnización es la que rescatamos porque con esta cláusula las partes efectúan una liquidación convencional de los daños previstos ante ciertos actos. Y aunque la misma no guarde relación directa con el perjuicio sufrido, sirven para establecer una solución a los conflictos originados por el abuso de poder, falta de rendición de cuentas, entre otras acciones.

Conclusiones

La empresa familiar, independientemente de su dimensión y pensando en su continuidad, al momento de abordar las disputas, frente a la carencia de un código de ética, debe recurrir a la visión del fundador. La misma puede parecer vetusta por el solo paso del tiempo, pero contiene la carta de intenciones que sirven de guía para su continuidad. Los otros aspectos que hacen a la armonía familiar y la continuidad de la empresa familiar, depende de la habilidad de la familia para hacer frente a los problemas con una debida organización en Consejo y Asamblea.

El desafío de la empresa familiar es, además de mantener su rentabilidad y continuidad, poder definir de antemano estrategias para la solución de las crisis características de ambas lógicas, a través de diagnósticos de la empresa familiar, selección objetiva de los administradores, la identificación de la visión con objetivos a corto y largo plazo, ello plasmado en un código de ética y originado en un acuerdo.

La incorporación de directivos, ajenos a la familia, o el avance de una estructura de gobierno corporativo más formal, significa cambios en la forma de llevar adelante los negocios, podríamos afirmar que se deja de lado la subjetividad para pensar en los resultados, mientras ello no sucede cobra importancia un consenso, en aquel acuerdo, sobre la valuación de los daños para la empresa y la familia.

Bibliografía

- Cabanellas de las Cuebas, G. 1999. "Derecho Societario. Parte General. Contabilidad y Documentación Societaria", Ed. Heliasta, Buenos Aires.
- Calcaterra, G. (comp.). 2019. "Hacia un nuevo derecho societario: XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa". Cordoba. Advocatus.
- Calvo Costa, C. 2017. "Derecho de las obligaciones". Ed. Hammurabi. Buenos Aires.
- Favier Dubois, E. 2011. "La Contabilidad frente al Derecho: Relaciones y Efectos. La reforma al régimen de libros de comercio como exigencia del "Derecho Contable". La Ley. Buenos Aires.
- 2015. "La Empresa Familiar en el Código Civil y Comercial". Ad-Hoc. Buenos Aires.
- 2011. "El Protocolo de la Empresa Familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución". Ad-Hoc. Buenos Aires.
- 2010. "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia un reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica". E.D. tomo 236, 17-2-10, p.2, nro 2.1. Recuperado de: http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/ERREPAR_Interpretacion_e_Instrumentacion.pdf
- 2016. "Conflictos en la empresa familiar y soluciones del Código Civil y Comercial". El Dial.com Recuperado de: <http://favierduboisspagnolo.com/uncategorized/conflictos-en-la-empresa-familiar-y-soluciones-del-codigo-civil-y-comercial/>
- Goyzueúa Rivera, S. 2013. "Modelo de gestión para las empresas familiares con perspectivas de crecimiento y sostenibilidad". Revista Perspectivas, (31), 87-132. Recuperado de <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?scri>
- Krasnow, A. (dir.). 2010. "Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia". La Ley. Buenos Aires.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Duran de Kaplan, V. 2020. "Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial". Rubinzal Culzoni. Buenos Aires.
- Medina, G. 2015. "La protección de la empresa familiar en el derecho sucesorio en el nuevo Código Civil y Comercial, Ley 26.994". Ad-Hoc. Buenos Aires.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO. SU NECESARIA REGULACIÓN POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Fernando Javier Marcos

SUMARIO

Se debería incluir expresamente en el texto de la ley 19.550 la figura del administrador de hecho o *de facto*, a fin de extenderle las mismas responsabilidades que resultan aplicables a los administradores de iure, incluso, la responsabilidad por los actos en los que no hubiere intervenido cuando su participación o actuación en la gestión, administración o dirección de la sociedad fuere habitual.

I. Objetivo

El *administrador de hecho* siempre ha rondado a las sociedades, especialmente a las sociedades cerradas o de familia que representan la mayoría de las empresas que operan en el mercado nacional.

Reactivó su análisis el texto del artículo 52, párrafo segundo de la ley 27.349, que al referirse al órgano de administración de la sociedad por acciones simplificada (SAS), introdujo esta figura, cuando hace expresa referencia a quienes sin ser administradores o representantes legales —de derecho— participan en la gestión, administración y dirección de la compañía¹. Concretamente, la norma dispone que “[l]as personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual”.

El precepto mencionado reconoce como antecedente directo el artículo 27² (párrafo) de la ley 1258/2008 de Colombia³, norma que en materia de responsabilidad de los administradores remite a las disposiciones contenidas en el ley 222/1995 sobre el Régimen de Sociedades. Pues bien, el propósito de esta ponencia es plantear la utilidad y necesidad de dar a estos administradores *de facto* un tratamiento similar al que les dio la ley 27.349, pero esta vez en la Ley General de Sociedades, dado que se trata de una realidad que se materializa en muchas organizaciones, especialmente en empresas familiares, donde quien decide y lleva adelante la gestión cotidiana del ente es alguien —o algunos— que no integra el órgano de administración formal, que puede ser también socio o, incluso, un socio oculto⁴, aunque

1 VÍTOLO, Daniel. R., Ley 27.349 comentada, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2017, p. 216.

2 Art. 27, ley 1258/2018 de Colombia sobre “Sociedad por acciones simplificada”: “Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.

PAR. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”.

3 VÍTOLO, op. cit., p. 216

4 GAGLIARDO, Mariano, Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2011, T. II,

ninguna de las dos situaciones es condición para ello.

No obstante, me limitaré aquí solo a considerar el supuesto mencionado, es decir, la situación de este particular administrador, en ocasiones, tan real e importante en la estructura de decisión, pero cuya informalidad hace que quede al margen de las consecuencias de sus actos.

¿Esto quiere decir que la existencia de un administrador de hecho es sinónimo de perjuicio para la sociedad, socios y terceros? En absoluto. Simplemente, es una situación que no debe ser ajena al campo de la responsabilidad societaria por sus implicancias, que tampoco debe ser consentida y, menos todavía, ignorada por la ley, porque es un fenómeno recurrente en las sociedades cerradas o familiares.

II. Caracterización del administrador de hecho

1. Concretamente, lo que define o caracteriza a este administrador no es la existencia de una atribución jurídica del cargo o una designación formal, que obviamente no tiene, sino las *circunstancias fácticas* que rodean su actuación, de las que debe surgir de manera indudable que se ha involucrado en la gestión, dirección y administración de la sociedad, estado de cosas que, a su vez, es tolerado *ex professo* o simplemente por negligencia, conjunta o indistintamente, tanto por la sociedad, por sus órganos o por sus socios. Adquiere, por lo tanto, relevancia “el hecho de la administración”⁵, o sea, la actuación del sujeto que se inmiscuye en la gestión de la sociedad, desarrollando actos típicos de una función administrativa-directiva de los negocios y de la operatoria social, a la par o suplantando en la realidad, a los verdaderos administradores y representantes del ente.

Todo este accionar del sujeto orientado a cumplir funciones administrativas constituyen *actos propios jurídicamente relevantes* —teoría esta aplicable al caso bajo estudio y que deriva del principio general de buena fe⁶—, que permiten imputarle tal calidad y, como consecuencia de ello, hacerlo responsable por los daños que pudiera causar a la sociedad, a los socios y, principalmente, a los terceros que contratan con el ente, entre los que se encuentran los empleados en relación de dependencia, si estos se ven afectados en sus derechos por el obrar ilícito del “administrador y/o representante de hecho”.

Se trata de un sujeto o de sujetos que actúan como administradores y cuyo nombramiento ostenta vicios formales, de fondo o, donde directamente no existe designación alguna⁷. No ejercen la función a partir de un título jurídico que se les concede, “sino en base del hecho de la administración”⁸. Debe tenerse presente que, no solo es habitual que los órganos de administración no estén integrados por quienes no detentan la propiedad de la sociedad —sus socios—, sino que se da la situación donde “la real gestión de la empresa” la llevan adelante “terceros ajenos, formalmente, a dichos centros de competencia”⁹.

Ahora bien, para que se generen efectos externos que posibiliten imputar a la sociedad los actos que aquel ha realizado se deben dar simultáneamente, la actuación del sujeto

pp. 830-832.

5 MARTORELL, Eduardo E., Los directores de las sociedades anónimas, Buenos Aires, Ed. Depalma. 1990, p. 193.

6 BORDA, Alejandro, Teoría de los Actos Propios, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2017, p. 41.

7 FILIPPI, Laura L., El administrador de hecho en la sociedad anónima, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006, p. 54 (www.acaderc.org.ar, fecha de captura 05/3/18).

8 SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P., Sociedades Anónimas – El órgano de administración, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1980, p. 73.

9 FARGOSI, Horacio P. y FARGOSI, Alejandro, “Nota sobre los directores de hecho”, en La Ley, T. 1987-E, p. 578.

sin oposición del ente o la apariencia tolerada por la sociedad¹⁰, además de exhibir un comportamiento concluyente y cierto del sujeto que actúa de hecho, como así también, de la sociedad o de los órganos sociales —según ya expresamos—, lo que incluye ciertamente a los socios.

Por supuesto que no será tarea fácil demostrar con la seriedad que merece —por sus eventuales consecuencias— la situación fáctica de la administración de hecho, pues como lo señala Gagliardo, “acreditar que un sujeto ha obrado como administrador no es una tarea sencilla y el tema se complica cuando lo ha sido en su calidad de oculto”, entendiéndose por tal, a aquel que “controla la gestión social pero no actúa de manera directa sino a través de los directores de jure, ejerciendo sobre ellos una influencia directa y sistemática”¹¹.

Desde la perspectiva expuesta, como ejemplos útiles, entran dentro de esta “categoría” los administradores y representantes que no cumplen con las condiciones legales para ejercer el cargo —inhabilitados—, o que fueron electos en violación a las normas legales o estatutarias, o aquel que ostentando un poder general de administración reemplaza en la práctica a los directores designados por el órgano de gobierno de la sociedad incurriendo en conductas propias de la función de aquellos.

También, la actuación promiscua y dominante del socio mayoritario, o del controlante o del socio único que administra y dirige el ente sin integrar formalmente su órgano de administración, o sencillamente quienes cumplen de facto con funciones de gestión, administración y dirección propias de directores o gerentes, según el caso, entre tantos otros.

La ley 19.550 también se refiere implícitamente a estos administradores en sus artículos 18 y 19, cuando al ocuparse de las sociedades con *objeto ilícito* y con *objeto lícito pero que realizan actividad ilícita*, respectivamente, carga la responsabilidad por los perjuicios causados, sobre los socios, los administradores y quienes hubieran actuado como tales en la gestión social. Lo propio sucede con el artículo 54, que se ocupa del daño causado a la sociedad por dolo o culpa de socios o *de quienes no siéndolo la controlen*.

Además, se encuentra alcanzado el administrador de hecho como legitimado pasivo de la acción de responsabilidad concursal¹² —artículo 173, ley 24.522—, si a partir de una conducta dolosa hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

III. La importancia de su inclusión en la ley 19.550

1. Estas breves consideraciones que he formulado dejan a la luz la necesidad de contar con una regulación expresa de este supuesto de la responsabilidad de los administradores de hecho similar a la que contiene el artículo 52 de la ley 27.349, que involucre tanto a personas humanas o jurídicas que desplieguen o intervengan habitualmente desplegando una accionar positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, y que les extienda la responsabilidad en igual forma y con los mismos alcances que a los administradores *de iure*. Va de suyo que no son suficientes los supuestos en los que implícitamente estos son contemplados por la ley 19.550 según lo expuse antes.

Es importante que exista una norma específica que los reconozca como tales expresamente, que les extienda en forma solidaria e ilimitada la responsabilidad a estos sujetos junto

10 FILIPPI, Laura L., op. cit., p. 240.

11 GAGLIARDO, Mariano, op. cit., pp. 830-831.

12 JUNYENT BAS, Francisco y FERRERO, Luis F., Acciones de Responsabilidad en la Quiebra, Buenos Aires, Errerius, 2016, p.49.

con los demás administradores formales del ente, efecto que, para no generar controversias, debe ser dispuesto puntualmente por la ley, especialmente cuando la solidaridad no se presume (artículo 827, Código Civil y Comercial).

Además, en lo que hace a la valoración de su conducta, siempre bajo el factor de atribución subjetivo (artículos 59 y 274, ley 19.550)¹³, estos “administradores” deben ser asimilados a quienes integran legítimamente el órgano de administración, razón por la cual, su conducta también debería ser tamizada a través de los mismos deberes legales fiduciarios a cargo de aquellos, es decir, *de lealtad y de diligencia de un buen hombre de negocios*.

Por otra parte, no sería razonable que la responsabilidad únicamente se impute a quien posee título suficiente —administrador de derecho—, si ambos han ejercido y realizado actividades igualmente ilícitas e imputables¹⁴, solo que el de sin contar con “la investidura formal”¹⁵.

Asimismo, razones de seguridad jurídica llevan a sostener que “la responsabilidad del que obra de hecho, cuanto menos, es similar al director legalmente designado”¹⁶, pues se debe evitar que aquellos que carecen de legitimidad o investidura jurídica para actuar en el ámbito societario, escapen a la responsabilidad por los daños que han causado, cuando han desempeñado —de facto— la función de administrar, dirigir y gestionar los negocios corporativos. Es que si mediante elementos de prueba objetivos, apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se arriba a la conclusión de que se está ante un administrador de hecho, su accionar debe ser evaluado de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar que caracterizan el marco concreto en el que se desenvuelve la actividad societaria que incluye esa administración o gestión que aquel asumió voluntariamente y de facto.

Aun cuando su responsabilidad en ciertos casos podría ser fundamentada sobre las bases de las normas de la responsabilidad civil en general, por ser un típico supuesto de responsabilidad especial societaria, debe ser tratado la ley 19.550.

Su regulación también es trascendente, su reconocimiento en forma directa y sin tener que acudir a interpretaciones sobre si es o no considerado tal en algún supuesto específico, facilita la tarea a la hora de imputar a la sociedad los actos realizados por aquel bajo la apariencia de una representación que formalmente no tienen, protegiendo a los terceros que de buena fe entienden haber contratado con aquella a través de su “representante”.

2. Naturalmente, que su expresa recepción en el articulado de la ley societaria a partir de una futura y eventual reforma, debería incluir ciertos recaudos específicos de acreditación obligatoria para poder considerar demostrada razonablemente la existencia de tal *administrador de hecho* y, a partir de ello, imputarle responsabilidad por su actos y los de la administración en general, siendo la habitualidad en el ejercicio de la gestión y la realización constante de actos de administración de la sociedad los principales a ser probados acabadamente.

13 Véase ponencia que he presentado en este congreso titulada “La vigencia de la especialidad de la responsabilidad societaria”: “La responsabilidad de los socios y administradores de sociedades es de carácter especial y se encuentra regulada exclusivamente por la Ley General de Sociedades —y por la ley 27.349 para las SAS—. Por esta razón, no son aplicables las reglas previstas por el Código Civil y Comercial para las personas jurídicas privadas sobre el particular, con excepción de las normas que en general regulan la responsabilidad civil, en la medida que estas no se opongan o modifiquen las disposiciones de la ley societaria (artículos 150 y 1709, Código Civil y Comercial)”. En este trabajo sostengo la aplicación excluyente del factor de atribución de responsabilidad subjetivo en la responsabilidad de los administradores de sociedades.

14 JUNYNET BAS, FRANCISCO y FERRERO, LUIS F., op. cit., p. 49. Los autores tratan la cuestión, pero en relación a la legitimación pasiva en el marco de la acción de responsabilidad concursal.

15 MARTORELL, ERNESTO E., op. cit., p. 196.

16 GAGLIARDO, MARIANO, op. cit. p. 834.

Insisto en esto último, para evitar que, bajo el pretexto de la realización de ciertos actos propios de la gestión, muchas veces cumplidos aisladamente e, incluso, con cierta frecuencia, por diversos socios no administradores, por empleados o mandatarios, se cargue injustamente sobre las espaldas de sujetos inocentes responsabilidades que no le son propias, a causa de valoraciones o apreciaciones apresuradas de los hechos y de la prueba.

3. Esto último nos conduce al ámbito del derecho de daños, el cual establece diversos presupuestos que también deben ser probados inexorablemente para que se active el *deber de responder* de estos sujetos, como son, la antijuridicidad, la prueba del daño injustificado, la demostración de la culpa o el dolo del administrador —factor de atribución subjetivo— y una relación de causalidad adecuada entre el obrar del agente y el perjuicio causado a la sociedad, a los socios y, principalmente, a terceros.

Incluyo a los socios, porque aun cuando estos hubieran tolerado el proceder de aquél, ello no justifica eximir de responsabilidad a quien ejerce la administración de hecho por los daños injustamente causados, salvo que tales socios hubieran obrado con mala fe o fuesen co-responsables por la producción de esos perjuicios.

Entiendo importante dejar en claro que, la sola demostración de la existencia de dicho administrador *de facto* no es causa, en principio, de acto ilícito alguno, ni genera obligación de responder por el solo ejercicio de esa administración, si no se han acreditado los presupuestos de la responsabilidad civil apuntados anteriormente.

Resumiendo, su inclusión en el ordenamiento societario a los fines de extenderle —cuando ello jurídicamente corresponda— la responsabilidad que pesa sobre aquellos que administran legítimamente la sociedad, es importante para cubrir esa situación actualmente no tratada en forma explícita por la ley 19.550 y dar cobertura legal a potenciales perjuicios que se pueden derivar de su actuación.

Esto encuentra su razón de ser, en que el administrador de hecho, por un lado, respondería en forma personal, ilimitada y solidaria frente a la sociedad, los socios y terceros por los daños que ha causado a cualquiera de estos, por el hecho o en ocasión de su actuación como tal —*de facto*—; mientras que los *de iure*, también van a hacerlo, pero por haber permitido que aquel —el “de hecho”— actúe cuando carecía de legitimación para hacerlo, circunstancia que los coloca en un evidente supuesto de negligencia —por lo menos— sancionada por el artículo 59 de la ley 19.550¹⁷.

Concluyo proponiendo que, en una futura reforma de la Ley General de Sociedades se incluya expresamente la figura del administrador de hecho o *de facto*, a fin de extenderle las mismas responsabilidades que resultan aplicables a los administradores de *iure*, incluso, la responsabilidad por los actos en los que no hubiere intervenido cuando su participación o actuación en la gestión, administración o dirección de la sociedad fuere habitual.

17 SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P., op. Cit., pp.75-76.

LLEGÓ LA HORA DE PREVER LEGALMENTE LAS REUNIONES A DISTANCIA DEL ÓRGANO DE GOBIERNO POR MEDIOS SIMULTÁNEOS

Javier L. Martínez Prieto

SUMARIO

Las reuniones a distancia por medios simultáneos de audio y video de los órganos sociales es un tema que se viene tratando hace décadas, siendo tenidas en cuenta al principio más tímidamente por proyectos de reforma o por normas siempre y cuando sean previstas por los estatutos o contrato social. Al momento del encierro que generó la pandemia del covid-19 la mayoría de los estatutos y contratos sociales no establecían las reuniones a distancia, lo cual limitó y hasta imposibilitó el adecuado funcionamiento de los órganos sociales. Algunas autoridades de control dictaron normas de emergencia que fueron utilizadas para hacer funcionar los órganos de administración y gobierno aún sin previsión del estatuto. Finalizadas esas normas, la mayoría de las sociedades no podrán realizar reuniones a distancia de sus órganos, salvo acuerdo de todos los que vayan a participar en ella. Ante la falencia normativa evidenciada, llegó la hora que la ley prevea las reuniones a distancia del órgano de gobierno mediante medios simultáneos de audio y video.

PONENCIA

Las reuniones a distancia de los órganos sociales por medios simultáneos es un tema que viene tratándose hace un tiempo considerable. Fue incorporándose décadas atrás en proyectos de reforma legislativa¹ como en algunas normas del ordenamiento jurídico². Con ellas se persigue la finalidad de facilitar o posibilitar a sus integrantes el acceso a dichas reuniones, para poder informarse, participar y votar en las mismas, siendo la característica principal la no presencialidad y la utilización de medios que les permita a los integrantes comunicarse simultáneamente entre ellos.

Durante el año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial, el cual incorporó una norma que contempla la posibilidad de la realización de reuniones a distancia de los órganos de las personas jurídicas³ solo si ha sido previsto en el contrato o estatuto social y, ante la falta de tal previsión, igualmente puede realizarse si todos aquellos que deben intervenir están de acuerdo en llevarla a cabo con dicha modalidad. Dos décadas antes autorizada doctrina al comentar el proyecto de unificación del año 1998, ya propugnaba su incorporación a la Ley de sociedades⁴ y hoy se considera muy acertada su sanción de conformidad a los avances tecnológicos⁵.

1 Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998, cuyo art. 163 inc. a) es transcrita casi textualmente por el art. 158 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación.

2 Decreto 677/2001 Régimen de transparencia de la oferta pública, art. 65 permitía que el estatuto previera que las asambleas se desarrollen a distancia.

3 Código Civil y Comercial, art. 158.

4 Roitman, Horacio, Ley de sociedades comerciales, edit. La Ley, 2da. edic. año 2011, t. 5, nota 274, p. 100.

5 Alonso, Juan I. y Giatti, Gustavo J., Código civil y comercial de la Nación comentado, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, edit. La Ley, t. 1, p. 421.

A pesar de esta incorporación legal, que continuaba delegando en los contratos o estatutos sociales que previeran la posibilidad de realizar las reuniones a distancia, en la práctica no se produjeron los cambios que se esperaban. En aquellos casos en que todos los que deben participar del acto consienten comunicarse por medios simultáneos, solo es aplicable cuando ello se logra. Cuando existen situaciones conflictivas es prácticamente inaplicable. Habiendo transcurrido todos estos años, no se ha avanzado todo lo que se podría o debería haber progresado. La evolución tecnológica ha sido muy superior al crecimiento efectivo en la realización de las reuniones a distancia, tanto en la práctica y en las previsiones contractuales o estatutarias, como también en lo legal.

La inserción de esta forma de reunirse ha ido incorporándose muy tímidamente en los contratos o estatutos sociales en mucho menor medida a las necesidades que impuso la realidad⁶. Como muchas cosas en la vida, no son apremiantes hasta que lo son.

A partir del año 2020 nos dimos cuenta de todo lo que no habíamos avanzado en este tema. Así, nos tocó vivir la pandemia covid-19 que trajo aparejada entre sus consecuencias la prohibición de la realización de reuniones de personas⁷, generando muchos inconvenientes relacionados con el debido funcionamiento de los órganos sociales, hasta su imposibilidad de actuación.

En ese momento nos encontramos con la realidad que los contratos y estatutos sociales en su gran mayoría no tenían previsión de realizar las reuniones de los distintos órganos a distancia, para que las mismas puedan ser llevadas a cabo y tengan validez jurídica. Es decir, no se había avanzado lo suficiente para soslayar los inconvenientes que iban a terminar ocurriendo y, finalmente, así sucedió.

La realidad superó largamente cualquier tipo de previsión.

Pero a pesar de esta falta de incorporación contractual o estatutaria, tampoco la ley brinda soluciones reales, y menos aun cuando más se necesita: en los conflictos societarios normalmente no se consigue la unanimidad de los participantes, lo cual convierte en letra muerta la cláusula legal.

Aún hoy, a pesar de la situación que hemos vivido, se sigue hablando doctrinariamente que son los contratos o estatutos sociales los que tendrían que tener la previsión de poder realizar las reuniones a distancia para el adecuado funcionamiento de los distintos órganos sociales.

Normativa de emergencia dictada por algunos organismos de contralor.

Algunas autoridades de control de las distintas jurisdicciones del país, a través de normas de emergencia⁸ autorizaron excepcionalmente, hasta que cese la misma, la realización de reuniones a distancia a pesar de que no estén previstas por el estatuto, las cuales considero

⁶ Cordero, Anahí. Reuniones a distancia, Revista Deonomi, año III, número 3, p. 1.

⁷ Decreto 297/2020

⁸ Resolución General 11/2020 de la Inspección General de Justicia, reforma el art. 84 RG IGJ 7/2015, y dice: "Reuniones a distancia del órgano de administración o de gobierno. Artículo 84.- El estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever mecanismos para la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice: 1. La libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; 2. La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; 3. La participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; 4. Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; 5. Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite; 6. Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social. 7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación.

fuera de sus competencias. Otras autoridades no lo autorizaron si no estaban contempladas en el estatuto.

Cabe agregar que la mayoría de estas reparticiones tienen bajo su órbita solo el control de las sociedades por acciones. Las sociedades cuyo capital no se divide en acciones no quedan comprendidas.

El 15 de Julio de 2022 la misma Inspección General de Justicia da por finalizado el período de excepción comenzado en marzo de 2020, mediante Resolución General IGJ 8/22⁹.

Entonces, como continúa el funcionamiento de las reuniones de los órganos sociales a distancia en nuestro país, si los estatutos o contratos sociales no están suficientemente actualizados y prácticamente no subsisten más las normas de excepción que las permitía aún sin que estén insertas en los estatutos o contratos sociales. Además, se ha adquirido por la sociedad en general vasta experiencia en el manejo de distintos medios virtuales que permiten la comunicación simultánea entre los partícipes de la misma, con programas o aplicaciones gratuitos y de acceso masivo, pudiéndose acceder desde un celular, computadoras, etc.

Asamblea o reunión de socios a distancia comunicados por medios simultáneos de audio y video. Debería incorporarse legalmente.

Siempre se sostuvo la libertad (autonomía de la voluntad) por sobre la imperatividad¹⁰, pero los acontecimientos recientes demostraron, a nuestro entender, que tienen que existir normas al menos supletorias que rijan este tema.

Sostenemos que no solo exista la posibilidad de realización de asamblea o reunión de socios únicamente si está previsto en el estatuto o contrato social, o cuando exista conformidad de todos los que tienen derecho a asistir a dicha reunión, de conformidad a lo establecido por el artículo 158 del Código Civil y Comercial.

Respecto, a este último requisito legal, como ya lo hemos remarcado anteriormente, termina generando la imposibilidad de llevar adelante las reuniones a distancia porque generalmente cuando existe conflicto entre los socios casi nunca se va a conseguir que todos estén de acuerdo en reunirse de esta forma.

Por otra parte, está incorporado como requisito para cualquier tipo social, que el quórum de funcionamiento de la asamblea sea de todos los miembros que deben participar del acto; requisito que la Ley General de Sociedades no establece para todos los tipos sociales, y aún en los que requiere unanimidad otorga la posibilidad de ser modificado en el contrato social. Por eso nuestra posición, es que la Ley General de Sociedades establezca que siempre se tenga la posibilidad de realizar reuniones o asambleas a distancia, salvo que esté previsto lo contrario contractual o estatutariamente, respetándose de esta forma la autonomía de la voluntad.

La realidad ante el caso extremo nos ha demostrado que la ley tiene que tener posibilidad de brindar soluciones y no dejar todo librado a las previsiones contractuales o estatutarias que, como hemos reseñado, con el pasar de los años no fueron incorporándose en los mismos las reuniones a distancia por medios simultáneos de audio y video, como se esperaba sucediera.

Por supuesto, que tiene que tener ciertas modalidades para su ejercicio para evitar abusos.

⁹ Aplicable a partir de los sesenta días hábiles desde su publicación ocurrida el 15/07/2022.

¹⁰ Jelonche, Edgar I., Participación telemática en reuniones societarias, RDPriv. y Com. 2003-2, edit. Rubinzal Culzoni, p. 271.

Asistencia a asamblea o reunión de socios. Implementación del sistema.

Proponemos un sistema mixto, en el cual se puedan realizar indistintamente reuniones de socios o asambleas presenciales, virtuales o mixtas, de acuerdo a la elección que realicen los socios en cada oportunidad, como veremos a continuación. En otras legislaciones incluso la norma contempla que la participación en la reunión mediante estos sistemas modernos de comunicación constituye participación de la persona en la reunión, poniendo en igual plano a la presencia física y la presencia virtual¹¹.

Para asistir a asamblea seguirá siendo obligación del socio comunicarlo en tal sentido, pero no tendrá deber de comunicar que va a asistir presencialmente, atento que ello se sobreentiende.

El socio que pretende utilizar los medios digitales para asistir a una asamblea deberá notificar su elección. El plazo de esta notificación será el mismo que se utiliza actualmente, hasta tres días hábiles antes de la realización de la asamblea.

Si algún socio ejerce su derecho de comunicar que va a asistir virtualmente, no excluye que otros socios puedan asistir presencialmente.

En las reuniones de socios también podría implementarse un sistema similar para aquel socio que pretenda asistir por medios de comunicación simultánea.

Si ningún socio comunicó con la anticipación debida que hará uso del derecho de asistir virtualmente, la asamblea sólo se llevará a cabo presencialmente. De esta forma se evitarían sorpresas intempestivas por medio de la cual la sociedad tenga que salir a último momento a buscar los medios necesarios para organizarse tecnológicamente con la finalidad de poder dar cumplimiento a la implementación de la reunión a distancia con comunicación simultánea de sus integrantes.

En cambio, si algún socio comunicó que asistirá virtualmente, todos los demás socios podrán hacerlo, aunque no lo hayan comunicado. El fundamento es el mismo, al comunicar el socio su intención en tal sentido, eso obligaría a la sociedad a disponer de los medios tecnológicos para llevarla a cabo. De todas formas, ningún socio estaría obligado a asistir virtualmente, porque siempre tiene la posibilidad de asistir presencialmente.

Para la reunión a distancia, la sociedad deberá utilizar algún medio que permita la comunicación simultánea de audio y video, dé seguridad a los participantes y que sea de uso generalizado en la comunidad para su libre acceso, salvo acuerdo de todos de utilizar algún medio más sofisticado.

Las posibilidades tecnológicas actuales son variadas: en una enumeración ejemplificativa, pueden hacerlo por teleconferencia, videoconferencia o chat¹².

La intensiva experiencia que hemos adquirido estos últimos años de encierro por la pandemia, nos permite decir que existen muchos programas o aplicaciones que han sido probados dando muy buenos resultados, los cuales son de alcance masivo y gratuitos.

Respecto del socio que no puede asistir virtualmente por insuficiencia de acceso a medios tecnológicos apropiados o por desconocimiento en su utilización, no va a encontrarse en una situación de desprotección en la que se encuentren vulnerados sus derechos atento que la sociedad siempre va a tener la obligación de celebrar la asamblea en forma presencial

11 Guidotti, Rolandino, Il consiglio di amministrazione e l'assemblea dei soci nell'era di internet, en "Contratto e impresa", año 17 n°2, mayo-agosto 2001, ps. 841/856, citado Cristiá, José María, en Cód. de Comercio comentado y anotado, dirigido por Adolfo A. N. Rouillon, edit. La Ley, 2006, t. 3, p. 655.

12 Tobías, José W., Cod. Civ. y Com. comentado, dirigido por Alterini, Jorge H., edit. La Ley, 2016, t. 1, p.

como se hizo siempre, teniendo de esta forma el socio cubiertos sus derechos de asistir, participar y votar en la reunión de socios o asamblea¹³.

Este sistema de asamblea virtual (total o parcial) proponemos sea legislado supletoriamente por la Ley, no dependiendo su utilización de si se encuentra previsto contractual o estatutariamente, pudiendo estos últimos reglamentar su utilización, y hasta excluirlo.

No podemos seguir dependiendo de normas de excepción dictadas por distintas autoridades de contralor competentes en las distintas provincias o ciudad autónoma, las cuales en la actualidad están perdiendo vigencia como ya lo hemos expuesto. Por lo tanto, es cuando más se necesita adecuar nuestra legislación al siglo 21 respecto al funcionamiento a distancia del órgano de gobierno, al igual que lo demandan para el órgano de administración¹⁴.

Las reuniones a distancia es un tema que se viene tratando hace más de dos décadas, pero en aquel momento no imaginábamos que el acceso tan masivo de medios para poder llevarlo a cabo nos permitiría pensar que la ley lo establezca como una posibilidad tangible, y que, en su caso, sea el contrato o estatuto el que lo excluya y no al revés, que sea el que deba preverlo para que los socios puedan asistir virtualmente al órgano de gobierno.

Están dadas todas las condiciones para incorporar a la Ley General de Sociedades y al Código Civil y Comercial las reformas propuestas.

13 Covi, Daniel, *Cod. Civ. y Com. comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, edit. Rubinzal Culzoni, t. 1, p. 617, dice que "el derecho de participación en el órgano de gobierno de la sociedad requiere la actuación en simultáneo entre todos los integrantes de tal estructura colegial de limitada dispersión geográfica, de modo de poder oír y ser oído, opinar, refutar y, agotada la discusión, finalmente votar. Los métodos modernos permiten ese proceder, sin que sea menester la presencia física de los integrantes de determinados cuerpos deliberativos, pero a condición de que la dispersión material no sea importante para evitar de esta forma conflictos", citando a Grispo, Jorge D., *Reuniones de accionistas en las sociedades anónimas*, edit. La Ley 2008-A-1113

14 Covi, Daniel, *ob. cit.*, p. 617, dice que "desde hace ya bastante tiempo, se viene señalando la necesidad de introducir normas que autoricen la adopción de decisiones de órganos de conducción de personas jurídicas prescindiendo de la presencia física de sus integrantes.

ACTUACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LAS SAS DE OBJETO AMPLIO

Javier Miguel Mirande y Juan Pablo Orquera

SUMARIO

El art.36, inc. 4, (LACE), dispone que el instrumento constitutivo de la S.A.S., debe indicar: ... inc. 4) *La designación de su objeto, el que podrá ser amplio y plural. Las actividades que lo constituyan podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas.* De lo que se puede deducir que la SAS de objeto amplio podría establecer en su estatuto que se dedicará a la realización de cualquier actividad lícita; supuesto que pone en crisis la aplicación de la doctrina del artículo 58 LGS, atento la imposibilidad práctica de determinar qué actos se encuentran o no comprendidos en el objeto social. Por la misma razón, no habría límites a la actuación de los representantes de la sociedad, salvo fraude. Dicho en otros términos, el límite es la protección del tráfico.

PONENCIA

I. Introducción.

Desde hace décadas la doctrina del *ultra vires* no se aplica y de la limitación de la actuación societaria a través de un objeto social acotado –“preciso y determinado”- ha sufrido embates desde la doctrina especializada. Hoy parece que el objeto social, es un dato casi decorativo en los actos constitutivos e incluso siguiendo esta tendencia legislaciones de países desarrollados y en vías de desarrollo, han abandonado la delimitación de “precisión y determinación”. Nuestra ley societaria (1972) mantiene el requisito mencionado, lo cual hoy confronta con el citado art. 36, inc. 4) LACE y se presta a diversas interpretaciones¹ que van desde las que entienden que se receptan sendos principios, hasta las que los ponen en crisis. Veamos las posibles alternativas.

II. La idea del objeto social como límite a la actuación societaria.

En sus orígenes, la sociedad comercial fue pensada para un fin determinado. Las sociedades públicas o semi públicas que gozaban de autorización estatal a través de concesiones sólo podían desarrollar las actividades para las que habían sido aprobadas, generalmente de utilidad pública. El sistema de autorización estatal persistió en Europa aún luego de la sanción del Código Civil francés de 1807; recién en 1867, Francia adoptaría definitivamente el sistema de libre constitución. En los Estados Unidos, a partir de 1809, diversos estados comenzaron a sancionar leyes generales de sociedades que permitían la constitución de corporaciones sin autorización estatal. Pero tanto las leyes y códigos continental europeos y anglosajones que permitieron la constitución de sociedades sin autorización estatal siguieron exigiendo el objeto social determinado con precisión. Esto cambiaría, especialmente en los Estados Unidos, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando muchos estados sancionaron leyes que permitían la constitución de sociedades “para cualquier ob-

¹ Artículos 11, inciso 3 y 58.

jeto lícito”, con excepción de ciertos sectores que tenían una regulación especial (bancos, seguro, ferrocarriles, etc.)², donde imperaba un especial interés público.

Europa no siguió esta evolución. El paso al sistema de libre constitución no implicó una eliminación del requisito del objeto social determinado, pues la mayoría de las regulaciones sobre sociedades lo mantuvo, por ejemplo, las legislaciones de Francia³, Italia⁴, Alemania⁵ y España⁶. Incluso la regulación de la SAS francesa (fuente de la ley 27.349) mantuvo la determinación del objeto social, a diferencia de la ley colombiana (fuente primordial de nuestra SAS). Se ha discutido en estos países cuál es la función exacta del objeto social: i) en Francia se entiende que el objeto determina las actividades que puede realizar la sociedad y marca también sus límites; la doctrina considera en general que rige el principio de especialidad, esto es, que la sociedad carece de capacidad jurídica para actuar más allá de su objeto. Así, no goza de una capacidad general como las personas físicas⁷, su capacidad de obrar está determinada por el objeto declarado en el acto constitutivo. No ocurre así en Italia en donde la doctrina y la jurisprudencia le reconocen a las personas jurídicas una capacidad general de actuar, aún cuando ello exceda el ámbito de su objeto social⁸. Es también el caso de Alemania⁹ y de España¹⁰.

En nuestro país, se sostuvo inicialmente, en parte fundado en el art. 35, del código velezano, que el objeto de la sociedad actuaba como límite a la capacidad en cuanto se entendía que les era prohibido realizar actos extraños al mismo, aun cuando su cumplimiento hubiese sido decidido por el acuerdo unánime de los socios¹¹. Sin embargo, poco a poco fue ganando adeptos la idea de que el objeto social no limita la capacidad del ente. Otaegui abogó decididamente por esta postura¹², en igual sentido opinaron Suárez Anzorena¹³, Manóvil¹⁴, Butty¹⁵, entre otros¹⁶. El maestro Richard sostiene agudamente que debe distinguirse entre capacidad de la sociedad y competencia del órgano y explica: la capacidad en las personas jurídicas es una calidad del sujeto es decir, una idoneidad genérica para actuar a través de sus órganos; en

2 Cfr. Pace Hamill, Susan, “From Special Privilege to General Utility: A Continuation of Willard Hurst’s Study of Corporations”, *American University Law Review*, Vol. 49, No. 1, págs. 159 y ss. Para la década del veinte, todos los estados de la Unión tenían leyes similares.

3 Código de Comercio del año 2000, artículos L210-2 y ss.

4 Código Civil, artículos 2247 y ss.

5 Ley alemana de Sociedades Anónimas de 1965, artículo 23, párrafo (3)

6 Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 23, inciso b).

7 Cfr., por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación francesa, sala comercial, del 8 de octubre de 2013 (disponible en línea en <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028064915>).

8 Cfr. Corte de Casación italiana, sala tercera civil, sentencia del 21 de septiembre de 2015, (disponible en línea en <https://www.gazzettanotariile.com/news-e-sentenze/corte-di-cassazione/cass-civ-sez-iii-sentenza-21-settembre-2015-n-18449/>).

9 Ver nota 5.

10 Cfr. sentencia del Tribunal Supremo del 29 de julio de 2010 (RO): STS 7753/2010, disponible en línea en <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>).

11 Colombres, Gervasio, “Curso de Derecho Societario”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 45 y ss. Igual postura sostenía Salvat (Salvat, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil Argentino”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1947, Tomo I, págs. 618 y ss.). Más moderadamente lo sostuvo también Víctor Zamenfeld (“Administradores de sociedades mercantiles”, En Revista “La Información”, 1975, No. 32, pág. 1249).

12 Otaegui, Julio C., “Persona societaria: esquema de sus atributos”, RDCO 7-39, Depalma, Buenos Aires, año 1974, pág. 288.

13 Suárez Anzorena, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, en Zaldívar, Enrique, Manóvil, Rafael, Ragazzi, Guillermo, Rovira, Alfredo, Suárez Anzorena, Carlos y San Millán, Carlos, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, Tomo I, págs. 130 y ss.

14 Manóvil, Rafael, “Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino”, RDCO 11, Depalma, Buenos Aires, 1978, págs. 1062 y ss. También del mismo autor “Grupos de sociedades”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 954.

15 Butty, Enrique, en actualización de la obra de Isaac Halperín, “Curso de Derecho Comercial”, Depalma, Buenos Aires, 2000, Tomo I, págs. 280 y ss.

16 Autorizada doctrina, sin embargo, sostiene que el artículo 58, de la LGS, consagra un límite a la capacidad de la sociedad (cfr. Verón, Alberto Víctor, “Ley General de Sociedades Comentada, Anotada, Concordada, Actualizada y Ampliada con el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo II, Comentario al artículo 58, § 26.

cambio, éstos tienen legitimación o competencia, esto es, idoneidad específica para obrar y manifestar la voluntad del ente¹⁷. Esta actuación del órgano, a través de las personas físicas que lo integran, no se relaciona con el problema de la capacidad del ente, sino con el sistema de imputación o no a la sociedad de los actos realizados. La jurisprudencia ha tendido a confundir ambos conceptos, aunque en general los fallos no entran en consideraciones teóricas sobre el tema sino que más bien resuelven cuestiones concretas, tales como la validez de garantías otorgadas por la sociedad o sobre cuándo resulta obligada la sociedad por los actos de sus representantes¹⁸. Es decir, problemas de imputación, no de capacidad.

III. La doctrina del *ultra vires*.

Admitido que el objeto social no limita per se la capacidad de derecho del ente queda aún por dilucidar cuándo ésta resulta obligada por sus representantes. O, por mejor decir, si los actos realizados fuera del objeto social obligan a pesar de ello a la sociedad y aquí entran a jugar otros principios, tales como la protección de los terceros y la buena fe.

En 1875 aparece la llamada doctrina *ultra vires* (“Ashbury Railway Co. v. Riche”, de la Cámara de los Lores de Inglaterra)¹⁹, donde se sostuvo que la capacidad de la sociedad estaba circunscripta al objeto social y que los actos realizados fuera de esos límites debían considerarse *ultra vires* y por lo tanto nulos y no ratificables. Pronto la doctrina se extendió a los Estados Unidos y para 1891 se encontraba consolidada en ese país²⁰. Se utilizaba no sólo como medio para limitar las actividades de las sociedades, sino también como forma de controlar a los administradores o sea en relación al tráfico y en las relaciones internas. Sin embargo, algunas compañías se sirvieron de esta doctrina para eludir sus compromisos contractuales, dando lugar a serios abusos y de ahí que muchos estados modificaran su legislación societaria para clausurar la posibilidad de aplicar la doctrina del *ultra vires*²¹. Las reformas legales y la aplicación de nuevas doctrinas preservadoras de accionistas y terceros, como la teoría de la primacía de los accionistas, la de los deberes fiduciarios de los administradores y la regla del buen juicio de negocios (*business judgement rule*), forzaron la declinación de esta doctrina. Sin embargo, nunca hubo un precedente judicial que expresamente la eliminara; por el contrario, aunque esporádicamente, algunos tribunales continuaron con su aplicación para anular actos no previstos en el objeto social, siempre

17 Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel, “Derecho Societario”, Editorial Astrea, 2ª reimpression, Buenos Aires 1999, pág. 213 y ss. En igual sentido, Molina Sandoval, Carlos, “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, Ed Ábacco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 48.

18 No obstante, en la causa “Liledi SA s. Concurso Preventivo”, al decidir sobre la ineficacia de una garantía hipotecaria a favor del Banco Río de la Plata SA, la Sala I, de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, expresamente consideró, con cita de Colombres, que el objeto social constituía el límite natural tanto del poder de los administradores, como de la propia capacidad de la sociedad (fallo del 30/05/2006, La Ley 2006-E-541, con nota de Julio Otaegui). Algunos autores, si bien aceptan que el objeto social no limita en general la capacidad de derecho de la sociedad comercial, sí rechazan que ésta pueda realizar actos a título gratuito, tales como donaciones (cfr., por ejemplo, Favier Dubois (h.), Eduardo M., “Las garantías gratuitas prestadas por sociedades comerciales en operaciones bancarias”, ponencia presentada en el Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario y Quinto Congreso de Aspectos Jurídicos de Entidades Financieras”, Lomas de Zamora, 29 y 30 de junio de 2007, disponible en línea en http://www.favierduboisspanolo.com/trabajos_doctrina/garantias_gratuitas_societarias.pdf. Sin embargo, el mismo autor admite que el acto pueda realizarse con el consentimiento unánime de los socios, lo que implicaría que no se trata de una cuestión de capacidad de derecho, sino de imputación).

19 Con anterioridad a ese caso se entendía que las corporaciones podían realizar cualquier acto como las personas físicas (cfr. Arrechera Aranzadi, Luis Ignacio, “El origen de la doctrina del ‘Ultra vires’ en el ‘common law’”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Edersa, Madrid, 2004, Tomo XXX).

20 De ese año es el caso “Cent. Transp. Co. v. Pullman’s Palace Co.”, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, pionero en la materia.

21 Sulkowski, Adam J., “Ultra Vires Statutes: Alive, Kicking and a Means of Circumventing the Scalia Standing Gauntlet in Environmental Litigation”, Journal of Environmental Law and Litigation, Vol. 24 (2009), págs. 75 y ss.

que éste se hubiese determinado en el contrato, es decir, que no se hubiese utilizado la fórmula genérica, “cualquier actividad lícita”²².

En Europa la doctrina del *ultra vires* no se aplicó en general con ese nombre, pero la mayoría de las legislaciones establecían que los actos realizados fuera del objeto social eran nulos y esa nulidad era oponible a los terceros²³. Esta concepción fue sin embargo evolucionando y empezó a ser dejada de lado por la doctrina y la jurisprudencia. La sanción de la Directiva No. 68-151 (1968 CCE) obligó a los países miembro a modificar sus legislaciones para establecer la inoponibilidad a terceros de los actos exorbitantes al objeto social²⁴.

En Argentina, Richard nos explica que nuestro país nunca receptó la doctrina del *ultra vires*: si el administrador obrase fuera del objeto social ello no podría afectar a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad *intra vires*²⁵; sin embargo, nuestra ley societaria, si bien no la consagró formalmente, a la usanza de la Directiva 68-151, introdujo una noción singular: la de actos notoriamente extraños al objeto social. Estos actos, quedan fuera del ámbito de la representación social, situación que debe ser analizada especialmente en cada caso y según doctrina y jurisprudencia se presentan excepcionalmente²⁶. A su vez, la moderna doctrina va más allá al sostener que, en caso de duda, debe considerarse que el acto obliga a la sociedad²⁷ e incluso, dado el requisito de notoria ajenez al objeto, sólo se daría en la hipótesis de un tercero de mala fe²⁸.

22 Incluso en fecha tan reciente como en el 2005 la Corte de Equidad del Estado de Delaware sostuvo que los actos realizados *ultra vires* son ilegales o fuera de la capacidad de la corporación (caso “Nevins v. Bryan”, del 21/01/2005, disponible en línea en <https://casetext.com/case/nevins-v-bryan-6>). En el Reino Unido, en cambio, sí hubo un cambio expreso de doctrina a partir del caso “Rolled Steel Products”, de 1984, en el que la Cámara de los Lores consideró que, aunque los administradores ejercitasen sus poderes para una finalidad impropia, esto es, para una relación no autorizada explícita o implícitamente por el objeto social, la convención así concluida sería igualmente vinculante para la sociedad, salvo que el tercero hubiera tenido noticia de que el acto estaba fuera del objeto (“Rolled Steel Products (Holdings) Ltd. v. British Steel Corp.”, fallo del 11/06/1984, disponible en línea -con registraci3n- en <https://vlex.co.uk/vid/rolled-steel-products-holdings-793538961>). Con posterioridad a este fallo, se reformó la Ley de Compañías eliminando definitivamente la doctrina.

23 Tanto el Código Civil francés (y luego el Código de Comercio), como la Ley de Sociedades Comerciales de 1867 lo establecían, aunque no expresamente. En Alemania nunca tuvo aplicaci3n, pues la jurisprudencia siempre consideró que el hecho de que los actos fueran realizados fuera del objeto social no era oponible a terceros (cfr. Steefelt, Ernest y von Falkenhausen, Bernhard, “The New German Stock Corporation Law”, Cornell Law Review, Vol. 52, No. 4, año 1967, págs. 518 y ss.). En Italia, se consagraba la idea expresamente en el artículo 2298, del Código Civil de 1942, aunque venía aplicándose la idea desde el Código Civil de 1865. En España también la dispuso expresamente la Ley de Sociedades Anónimas de 1848 y la de 1951.

24 En Francia, con la Ley de Sociedades Comerciales de 1966 (en previsi3n de la sanción de la Directiva), hoy receptado en el artículo L.225-35, del Código de Comercio del año 2000). En Italia, con la reforma al Código Civil de 1969 y luego con la reforma del año 2003 que fue más allá de la Directiva al derogar el artículo 2384 bis, sobre actos ajenos al objeto social y reformar el 2384 estableciendo que las limitaciones a las facultades de los administradores resultantes del estatuto o de una decisi3n de los 3rganos competentes no son oponibles a los terceros, aunque estén publicados, salvo que se pruebe que los terceros actuaron con la intenci3n de dañar a la sociedad. En España, con la sanción de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (hoy Real Decreto Legislativo 1/2010, del 2 de julio de ese año, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 234).

25 Richard, Efraín Hugo, “Objeto social (comercial o civil de sociedad civil, y lo importante)”, en AAVV, “Homenaje al Dr. Juan B. Farina. Conflictos en Sociedades Comerciales y Concursos”, Ed. Zeus, Rosario, pág. 10. En igual sentido Otaegui, Julio, “Administraci3n societaria”, Ábaco, Buenos Aires, 1979, pág. 79., Cabanellas (h), Guillermo, “Los 3rganos de representaci3n societaria”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1991-A, pág. 37, Alterini, Ignacio Ezequiel, “3rgano de ejecuci3n de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social”, La Ley 2012-E, 993 (aunque este último considera que los actos a título gratuito están fuera de la capacidad de las sociedades comerciales, pero no por el objeto, sino por la causa fin de estos entes (el fin de lucro) tal como establecía el derogado artículo 35, del Código Civil), entre otros. Nissen, por su parte, se inclina por sostener que la sociedad ve limitada su capacidad por su objeto social (Nissen, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada, Anotada y Concordada”, Ábaco, Buenos Aires, 1993, Tomo 2, pág. 36).

26 Racciatti (h), Hernán y Romano Alberto Antonio, “Sobre la capacidad de la sociedad y los actos de sus representantes legales”, ponencia presentada en el VI Congreso de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995. Halperín, Isaac, “Sociedades Anónimas”, pág. 425.

27 Racciatti (h), Hernán y Romano, Alberto Antonio, “Sobre la capacidad...”, pág. 533. En igual sentido, Alegría, Héctor, “La representaci3n societaria”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, No. 6, pág. 247; Tevez, Alejandra, “Hipoteca a un tercero como acto notoriamente extraño al objeto social. Implicancias de la verificaci3n del crédito en el proceso concursal del hipotecante”, La Ley 2007-D, 889, entre otros. La jurisprudencia también lo ha sostenido así (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Concepci3n del Uruguay, fallo del 18/06/1976, “Bertone, Simeone y Cia. S.A. c. Río Cuarto Ferias S.A.”, citado en Seratti, Agustín, “Actos realizados fuera del objeto social”, La Ley Online AR/DOC/2437/2005).

28 Racciatti (h), Hernán y Romano, Alberto Antonio, “Sobre la capacidad...”, pág. 533.

La jurisprudencia ha sido oscilante en cuanto a la determinación de cuándo un acto es notoriamente extraño, pero, en general, ha privilegiado la protección de los terceros apelando a la teoría de la apariencia²⁹. La jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial tiende a considerar los actos a título gratuito realizados por una sociedad como notoriamente extraños al objeto social³⁰.

En definitiva, podemos concluir que, si bien nuestra ley societaria es flexible en cuanto a la representación de la sociedad por parte de sus administradores y el encuadre dentro de los establecidos en el objeto social, consagra un límite, cual es, la notoria ajenidad del acto en relación con el objeto social, lo cual condicionaría a los terceros para imputar el acto a la sociedad.

IV. El objeto social y la actuación de los administradores en la SAS.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el legislador del 2017 intentó crear una figura societaria simple y flexible y con amplio margen para la autonomía de la voluntad. Elasticidad manifiesta, en una gran libertad en la redacción de las cláusulas estatutarias y en la organización misma del ente³¹. Como asimismo autonomía legislativa respecto de la LGS, siempre en búsqueda de mayor flexibilidad y también para dejar claro que los principios que la rigen son, en algunos casos, diferentes de los establecidos en la LGS y que sólo se ha de aplicar la norma general supletoriamente y en la medida en que sus disposiciones se concilien con las de la ley 27.349 (artículo 33).

Como vimos, el art. 36, inc. 4), LACE establece, que el objeto “...podrá ser amplio y plural. Las actividades que lo constituyan podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas”. Y además, la ley 27.444 modificó este inciso eliminando la mención original “... y deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo”. Es decir, ya no se requiere que el estatuto consigne un objeto preciso y determinado, tal como se exige para las sociedades reguladas en la LGS³². Nada obstaría a que el objeto fuera “para toda actividad lícita”, como establece, por ejemplo, la ley colombiana del año 2008 que sirvió de modelo para nuestra figura³³. En todo caso, es claro que el objeto puede ser amplio y plural, con lo que cabe preguntarse cómo se relaciona esto, por un lado, con la limitación de la actuación societaria por el objeto y, por el otro, con los límites a la actuación de sus representantes; en suma, como conciliar este legítimo interés por contratar libremente y la seguridad en el tráfico.

29 Ídem, pág. 536 y jurisprudencia allí citada. En contra, sosteniendo que no cabe apelar a la teoría de la apariencia, sino que la solución surge del mismo artículo 58: Benseñor, Norberto, “Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social”, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, No. 894, octubre-diciembre de 2008, págs. 27 y ss. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Grupo República S.A.” (18-11-2008), sostuvo que la ley societaria consagra claramente el principio de la apariencia jurídica imputando a la sociedad los actos de sus representantes legales, salvo que sean notoriamente extraños al objeto social (Fallos 331:2590). El Código Civil y Comercial da rango legislativo a la teoría de la apariencia en el artículo 367. Resulta interesante mencionar también que este cuerpo legal, al legislar sobre la representación en general (incluyendo la de las personas jurídicas) establece que los actos realizados fuera del objeto de la representación o los límites a ella o las instrucciones dadas al representante no son oponibles a terceros, salvo que las conozcan o pudieren conocerlas actuando con la debida diligencia o con cuidado y previsión (artículos 361 y 362). Se trata de una norma más protectoria para los terceros que la del artículo 58, de la ley de sociedades, en línea con el tratamiento del tema en las legislaciones europeas. Sin embargo, no resulta claro si estas normas son aplicables a las SAS dada la remisión a la ley de sociedades efectuada por el artículo 33, de la 27.349, que tiene un régimen distinto.

30 Cfr., por ejemplo, el fallo de la Sala E del 03/09/2009, en autos “Szwarcberg Hnos. SA s/Concurso Preventivo s/incidente de revisión promovido por Soto, Claudia” (El Dial AA5A94), entre otros.

31 Cfr. Reggiardo, Roberto Sergio, “Autonomía de la voluntad y sociedad por acciones simplificada (SAS)”, ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, septiembre de 2019, recogida en el libro de ponencias “Hacia un nuevo Derecho Societario”, Advocatus, Rosario, 2019, Tomo II, pág. 905 y ss. y doctrina citada en nota 4.

32 Cfr. Ramírez, Alejandro, “El objeto social en la Sociedad por Acciones Simplificada”, La Ley 2018-B, 999.

33 Ley 1.258, Artículo 5, apartado 5.

Para contestar estos interrogantes, cabe tener presente lo dicho, en el sentido que los principios aplicables a las SAS no resultan de la LGS. Recuérdese que la LACE, es todo un régimen de apoyo al capital emprendedor –uno más-, lo cual desplaza la aplicación de la normativa societaria general, salvo supuesto de laguna y la solución no fuere incompatible con el régimen especial (artículo 33). Llevado este razonamiento al objeto social, como demarcación a la actuación de los administradores, apelamos a lo dicho: el objeto social no mutila la capacidad de derecho de las sociedades, sólo delimita la imputabilidad de actos realizados por sus representantes, a efectos de cumplir con ese objeto social.

Y según vemos el problema, en este punto radica la cuestión, dado que en el caso de una SAS con objeto amplio –indefinido-, ha de resultar inaplicable sin más la doctrina del art. 58 LGS, dado que para el tercero sería imposible determinar si el acto celebrado resulta notoriamente extraño al objeto. No sería obstáculo a esta conclusión lo dispuesto en el artículo 51, último párrafo, LACE, por la sencilla razón de que “... todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directa o indirectamente con el mismo”, serían tan amplios que no resultaría posible, en la práctica, distinguir los actos comprendidos en el objeto, de los no comprendidos.

En suma, la ley 27.349 parece haber prescindido totalmente de la doctrina del *ultra vires* y del problema de imputabilidad al ente o a sus administradores por actos ajenos al objeto social, dejando a cargo de aquella toda actividad de producción y/o intercambio en que hubieren intervenido sus administradores. Así, la sociedad ya no podría argüir que un acto celebrado por sus representantes no le resulta imputable y por otro lado no restringe la responsabilidad de los administradores infieles o torpes, que deberían responder por ante el ente y llegado el caso por ante los terceros afectados.

Ahora bien, la contracara de esta imputabilidad abierta e ilimitada es el severo riesgo en que se pone al ente y socios dado que no habría límite a la actuación del representante, pero para acotar esos peligros bastaría que los socios acuerden un objeto preciso y determinado, pues si no lo hicieren, nada podrían reprochar porque ejercieron su derecho a contratar libremente.

En el mismo rumbo, la buena o mala fe del tercero respecto del conocimiento o desconocimiento de la exorbitancia del acto resultaría irrelevante a los fines de la imputabilidad al ente; por el contrario, si se demostrara la connivencia entre representante y tercero para defraudar a la sociedad o a otros sujetos, va de suyo que el acto no sería imputable al ente.

V. Conclusión.

La sociedad por acciones simplificada ha sido creada para brindar a los emprendedores una herramienta ágil, flexible y sencilla para organizar sus negocios. En esta línea, el legislador ha querido proporcionar a los socios la posibilidad de establecer un objeto amplio y plural que podría incluir la simple mención de “cualquier actividad lícita” y, coherentemente, parecería haber eliminado todo límite a la actuación de los representantes frente a los terceros, salvo fraude. De ahí que la nueva figura habría dejado de lado definitivamente la doctrina del *ultra vires* y del objeto como límite a la actuación del órgano de representación. En el mismo rumbo, la sociedad y eventualmente sus socios, sería siempre responsable del obrar de esos representantes, dado que el objeto social amplio ya no sería un límite para definir a los “actos notoriamente extraños”.

ASAMBLEAS POR MEDIOS DIGITALES

Federico Guillermo Netri

PONENCIA

I. Introducción

La ley general de sociedades no contempla a la tecnología en su regulación. No hay artículos expresos en dicha ley, que permitan la convocatoria por medios digitales o las reuniones del órgano de gobierno o del órgano de administración vía remota.

En las Sociedades Anónimas (SA), dada la naturaleza y características propias que la ley general de sociedades le asigna a éstas, siendo el acto asambleario un acto complejo en el cual se debe cumplir con un procedimiento formal, resulta un poco más problemático la aplicación de reuniones a distancia para el órgano de gobierno en este tipo social. A continuación, lo examinaremos.

II. Regulación en la Ley General de Sociedades (LGS)

El art. 233 de la LGS dispone que en las asambleas los accionistas “deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social.”

El citado artículo refiere a un excesivo rigorismo formal en la actualidad, teniendo en cuenta los adelantos tecnológicos, la vorágine en la que vivimos en el Siglo XXI y las innumerables dificultades que se generan al tener que trasladarnos de un lugar a otro, que podrían evitarse.¹

Por su parte, el art. 238, párrafo tercero, establece que “los accionistas o sus representantes que concurren a la asamblea firmarán el libro de asistencia en el que se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda.”

Sin perjuicio de lo prescripto con anterioridad, nuestra opinión es que en una SA es factible la realización de reuniones a distancia en el caso de que expresamente lo disponga el contrato social o, incluso, cuando los que puedan participar del acto lo consientan por unanimidad, de acuerdo al art. 158 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación, supuesto en el que prevalece la autonomía de la voluntad por sobre la norma supletoria del art. 233 y del art. 238 de la LGS, por las consideraciones que desarrollaremos a continuación.

En cuanto al libro de asistencia a asamblea podría ser llevado por la SA por registros digitales (art. 61 de la LGS) y en este caso será firmado digitalmente o con firma electrónica por los accionistas y cerrado por el presidente del directorio, debiendo utilizar éste último la firma digital.

Sin embargo, puede suceder que el libro de asistencia no sea llevado por medios digitales, tal como sucede en la mayoría de las SA de nuestro país. En este caso, deberá ser llenado y suscripto por el presidente del directorio, y la omisión de la firma ológrafa de los accionistas, será suplida por la grabación de la reunión, esto se encuentra justificado en relación a lo dispuesto por el art. 6° de la ley 25.506, que establece que un documento digital también satisface el requerimiento de escritura. Por tanto, en este caso, la grabación suple el perfec-

¹ Conf. FAVIER DUBOIS EDUARDO M. y FAVIER DUBOIS JAVIER M.; “Derecho corporativo digital y reuniones societarias a distancia: la ley de la necesidad y sus reglamentaciones, alcances y límites”. Véase en página web: <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/derecho-contable/derecho-corporativo-digital-y-reuniones-societarias-a-distancia-la-ley-de-la-necesidad-y-sus-reglamentaciones-alcances-y-limites/>

cionamiento del libro de asistencia a asamblea.

Sin embargo, para el supuesto que venimos desarrollando urge reformar la LGS a los fines de evitar cualquier interpretación restrictiva que dé la espalda a la tecnología.

¿Cómo interpretamos los términos del art. 158 inc. a) del CCCN, en cuanto refiere a que podrá realizarse utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos “si todos los que deben participar del acto lo consienten”?

Sabemos que en una SA los accionistas deberán comunicar su asistencia a la asamblea conforme lo dispuesto en el art. 238 de la LGS.

¿La expresión, “todos los que deben participar del acto” se aplica también a los que no comunicaron asistencia a la asamblea que se desarrollará utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos?

Consideramos que si la ley se interpreta en sentido literal, los accionistas que no comunicaron asistencia estarían posibilitados de oponerse. Esto es porque la norma utiliza el término “deben” en vez de “pueden”. El accionista que no comunicó asistencia tendría el deber de participar para el ejercicio de sus derechos políticos y económicos, pero no lo puede hacer porque incumplió con la obligación establecida en el art. 238 de la LGS.

Nuestra opinión es que quien no comunicó asistencia no queda abarcado dentro de la expresión del art. 158 inc. a) del CCCN. Es decir, no se puede premiar al incumplidor que no puede participar del acto asambleario con la facultad de obstruir la celebración del acto por el solo hecho de que se celebra por medios virtuales o digitales. De lo contrario se afectaría el principio de ejercer regularmente los derechos (art. 10 del CCCN). La norma debe interpretarse en su conjunto y de acuerdo a sus fines, en ese caso sería una oposición ejercida por alguien que incumplió con su deber de comunicar asistencia.

III. Forma de las reuniones remotas y de las constancias en actas

Finalmente, realizada la reunión por medios digitales, deberá grabarse en los términos del art. 158 inc a) del Código Civil y Comercial de la Nación y deberá labrarse un acta que es un documento, instrumento privado destinado a probar lo deliberado y resuelto por el órgano interno de la sociedad. La necesidad de su confección surge del artículo 73 de la LGS. Pero lo acontecido en ella puede probarse a través de cualquier medio probatorio (vgr. grabaciones, medios audiovisuales, constataciones notariales). La exigencia del artículo 73 de la LGS de labrar el acta es ad probationem y no ad solemnitatem. El acta es un instrumento privado formal no solemne.²

La intercomunicación por medio de sistemas electrónicos queda documentada en archivos digitales de distinta naturaleza que termina siendo un medio de prueba fidedigno, que si se extrae en debida forma puede adquirir gran relevancia en el ámbito jurisdiccional, ya que esta multiplicidad de registros informáticos es de suma utilidad para generar convicción en el juez.³

Téngase en cuenta la definición del ya citado art. 6° de la ley 25.506, que expresa que “se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”.

2 Conf. ROMANO, Alberto A. y CASTELLANI, Horacio E. J.; “Reuniones de directorio a distancia”; VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, año 2001, pág. 515 a 522.

3 Conf. BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “La prueba líquida. Teoría y práctica”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 2.

Se ha definido al documento electrónico como aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido. O bien, como un conjunto de campos magnéticos que se aplican a un soporte, de acuerdo con un determinado código.⁴ Por lo tanto, sería perfectamente viable conservar el acto en formato digital, siendo en tal sentido considerado un documento digital.

Ahora bien, nuestro derecho societario exige que las reuniones celebradas por mecanismos de reunión a distancia deberán transcribirse o extractarse en los libros sociales –véase al respecto lo prescripto en los arts. 73, 162 y 290 de la LGS-. O bien, en virtud de lo establecido por el art. 61 de la LGS, deberá asentarse en Registros Digitales mediante medios digitales de igual manera y forma que los registros digitales de las SAS instituidos por la ley 27.349.

Para el caso que se disponga la individualización, a través de medios digitales, de la contabilidad y de los actos societarios correspondientes, los registros públicos deberán implementar un sistema al sólo efecto de comprobar el cumplimiento del tracto registral, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. Sin perjuicio de que, la sola existencia de estos registros societarios y contables no lleva por sí solo a concluir que los mismos están en legal y debida forma. Para que los asientos contables y las actas registradas tengan plena eficacia probatoria deben contar, aquellas con respaldo documental, y éstas con las grabaciones de las reuniones.

IV. Plazos de prescripción

Los registros contables deben tener correlación con un comprobante documentado, sin perjuicio que un mismo documento pueda servir de respaldo para distintos asientos contables. Los libros y registros contables deberán ser conservados por la sociedad por el plazo de diez (10) años desde el último asiento, mientras que los comprobantes contables deberán guardarse por el plazo de diez (10) años desde su fecha, según el art. 328 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Respecto al plazo por el cual deben conservarse los libros societarios, entendemos que es de cinco (5) años desde la última registración, ya que vencido dicho término, opera de pleno derecho la prescripción liberatoria del art. 2560 del CCCN.

Creemos que sería conveniente para una interpretación armónica de la norma, la unificación de ambos plazos en cinco (5) años.

Por otra parte, para las grabaciones digitales de las reuniones consignadas en los libros o registros de actas de asamblea, reunión de socios o del órgano de administración, según nuestra opinión y en desacuerdo con el plazo establecido por la IGJ y la CNV, deberán ser conservadas por el plazo de dos (2) años, vencido dicho tiempo, opera de pleno derecho la prescripción liberatoria dispuesta en el art. 2562 inc. a). No puede exigírsele a una sociedad que tenga que guardar todas las grabaciones de las reuniones remotas por más de dos (2) años desde la fecha que se realizó, ya que éste es el plazo máximo que asigna la ley para la revisión de los actos jurídicos. Además, al deber grabarse las reuniones a distancia, generan mayor seguridad jurídica que las reuniones presenciales, dado que las presenciales no requieren que queden grabadas. Cualquier revisión o acreditación de negocios jurídicos que pudiera requerir conservarse por un plazo mayor, podrán ser probados por las actas de las reuniones labradas en los libros societarios.

⁴ Conf. FALCÓN, Enrique M., "Tratado de derecho procesal civil y comercial", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2006, t. II, p. 897.

V. Conclusiones

Si bien entendemos que nuestro derecho societario aún no ha aplicado la tecnología con todo su potencial y que falta mucho por receptor, consideramos un avance muy positivo e importante que nuestro ordenamiento jurídico haya comenzado a receptor en el art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación y en los arts. 51 y 53 de la ley 27.349 la posibilidad de realizar reuniones mediante medios que permitan la comunicación simultánea.

En ese orden de ideas, concluimos que en las SA se pueden celebrar reuniones asamblearias y reuniones de directorio, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse, si todos los que pueden⁵ participar del acto lo consienten o si está expresamente previsto en el estatuto social.

⁵ Es decir, si todos los accionistas que comunicaron asistencia a asamblea, en los términos previstos en el art. 238 de la LGS.

LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO POR JUSTA CAUSA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS

María Victoria Perren de la Rúa

SUMARIO

La exclusión del socio en la sociedad anónima cerrada debe admitirse porque ella canaliza la misma realidad que las sociedades personalistas y no existe norma que la prohíba.

I. Introducción.

El art. 91 de la ley 19.550 prevé como supuesto de resolución parcial la exclusión del socio para las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación, de responsabilidad limitada y para los socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones cuando mediare justa causa, la cual se produce cuando aquel incurre en grave incumplimiento de sus obligaciones.

No se encuentra habilitada, en cambio, la exclusión del accionista, pero tampoco se encuentra expresamente prohibida.

Es verdad que, por vía de una interpretación *a contrario sensu* podría arribarse a esa conclusión; pero, según nuestro ver, ese método de interpretación “a contrario” solo es viable cuando la conclusión a la que conduce resulte evidente y, especialmente, cuando esa solución no conduzca a una solución que, en el supuesto que nos ocupa, debe considerarse disvaliosa en las sociedades accionarias cerradas.

En razón de ello, consideramos que la exclusión del accionista en las sociedades anónimas cerradas debe entenderse admitida.

II. Las sociedades incluidas en el art. 91 de la ley 19.550.

Corresponde comenzar por señalar que de la redacción del art. 91 LGS resulta que las sociedades consagradas dentro de la figura de exclusión de socio son de índole personalista. En cambio, la norma no menciona a las sociedades anónimas y respecto de las sociedades en comandita por acciones, solamente consagra esta forma de resolución parcial del contrato para los socios comanditados, excluyendo a los socios comanditarios.

De su lado, el citado artículo contempla como causales de exclusión junto con el grave incumplimiento de las obligaciones del socio –entendido como justa causa-, la inhabilitación, incapacidad, declaración en concurso o quiebra del mismo, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada, supuestos que responden a circunstancias personales de los socios. En ese contexto, es evidente que la omisión de incluir dentro de este instituto a las sociedades anónimas fue intencional.

A fin de dilucidar las razones por las cuales el legislador dejó de lado a las sociedades anónimas vale efectuar una distinción entre las sociedades de personas y por acciones.

En el caso de las primeras, las condiciones personales de los socios adquieren fundamental importancia, extremo que impone la necesidad de establecer una herramienta que, frente a un eventual conflicto y ante la imposibilidad de continuar la actividad conjunta, permita

disolver un vínculo unilateral sin disolver el ente¹.

Por su parte, en las sociedades por acciones el factor predominante es el capital, siendo característica la libre transmisibilidad de sus acciones, y en consecuencia, resultando indiferente la persona del accionista².

En tal orden de ideas, podemos inferir que los motivos por los que el legislador contempló la exclusión de socio para las sociedades personalistas radica en que, en ellas, la relación personal entre los socios ocupa un rol fundamental y se busca que ante la eventual existencia de alguna conducta que impida el normal funcionamiento del ente, se pueda apartar al socio sin afectar a la sociedad.

III. La actualidad societaria argentina y la interpretación de la ley.

La actualidad imperante en nuestro país nos demuestra que la sociedad anónima concebida como tal por el legislador no se condice con la práctica empresarial.

En efecto, la gran mayoría de las sociedades anónimas constituidas en Argentina son empresas cerradas y familiares³. Este tipo de sociedades se caracterizan por la existencia de un número reducido de accionistas y de vínculos personales entre ellos, y por la permeabilidad de sus conflictos personales hacia la sociedad, entre otros⁴.

Es decir: en sus formas “externas” estamos ante sociedades *intuitu rei* pero, en su realidad interna, son *intuitu personae*: en ellas la persona del socio importa tanto como en las sociedades por partes de interés, de lo que se deriva que, en cualquiera de los casos, la problemática es la misma.

Los accionistas asumen roles equivalentes a los de los socios de las sociedades personalistas, por lo que, como ocurre con éstos, también el comportamiento de aquéllos puede dar lugar a un “grave incumplimiento” de sus obligaciones, que revele deslealtad frente a la sociedad y a sus socios, susceptible de obstaculizar el desenvolvimiento del ente.

En ese escenario: ¿es válido recurrir a la figura de exclusión de socio como mecanismo para evitar la disolución social (art. 94 inc. 4° LGS)?

A nuestro juicio, como adelantamos, la respuesta es afirmativa.

Aceptamos que la primera regla de interpretación es el texto de la ley.

Pero no podemos dejar de recordar que no hay ninguna norma cuyo texto prohíba la exclusión del accionista y que, como también se dijo, la interpretación *a contrario sensu* solo es viable cuando conduce, en forma inequívoca, a un resultado que demuestre que esa es la correcta inteligencia de la norma interpretada a la luz del sistema dentro del cual ella se engarza.

Este resultado inequívoco pudo haber sido así para la concepción de la sociedad anónima que tuvo nuestro legislador, equivalente a la “gran sociedad”, abierta, colectora de capitales en la que, precisamente por eso, debía regirse por las reglas *intuitu rei*.

No obstante, esa concepción abstracta de la sociedad accionaria no fue la que prevaleció en nuestra realidad, lo cual nos interpela a responder si es razonable que, por vía de una

1 Conf. Parducci Diego, “La exclusión de socios como una posible solución judicial frente al conflicto societario en las sociedades anónimas”, en *La Actuación Societaria*, Dir. VÍTOLO – RICHARD, Ed. Ad Hoc, Bs. As., pág. 168.

2 Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, comentada y anotada, Ed. La Ley, Tomo III, pág. 40.

3 Conf. Vítolo, Daniel R., *Necesaria flexibilización del régimen legal de sociedades anónimas en el caso de sociedades de familia*, en *Conflictos en Sociedades Cerradas y de Familia*, XI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Ed. Ad-Hoc, pág. 11.

4 Conf. Duprat, Diego A. J., *Conflictos en las sociedades anónimas cerradas. Posibilidad de pactar la exclusión del socio en las sociedades anónimas cerradas*, XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, 2010).

interpretación “a contrario”, se excluya una solución que dista de ser tal frente a la realidad que esa misma ley está llamada a regir.

Esa solución no es tal para esa realidad, ni, por derivación, lo es a la luz de las restantes normas del ordenamiento societario.

La sociedad no es sino un instrumento jurídico para gestionar empresas (art. 1 LGS), lo cual exige descartar toda interpretación que conduzca a disolverla si ello puede ser evitado. Dentro de ese esquema se inserta, precisamente, la llamada “resolución parcial” que no aparece sino como un mecanismo habilitado para evitar la aludida disolución, posibilitando –gracias a la estructura plurilateral de organización que caracteriza al contrato- que un vínculo se extinga sin extinguir íntegramente el ente, preservando así la empresa.

Y dentro del mismo esquema aparece, hoy más reforzada que antes y con la fuerza que le da el hecho de ser una regla general -esto es, inserta en la parte de la ley destinada a regir a todas las sociedades, cualquiera que sea su tipo- el art. 100 LGS, que habilita al órgano de gobierno a “remover las causales de disolución” y a “eliminar la causa que le dio origen...” si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad.

La misma norma manda que, en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se esté a favor de la subsistencia de la sociedad, de todo lo cual se deriva que la aludida *interpretación a contrario sensu* no debería aceptarse en este caso, pues podría conducir a un resultado asistemático.

Es verdad que el instituto de la resolución parcial nace asociado a las sociedades personalistas y es ajeno a las accionarias, en las que, en cambio, el elenco de socios puede cambiar sin que ello implique alteración del contrato, pero esto es tan cierto como relativo, como se advierte a poco que se tenga presente que la ley admitió ese instituto para las SRL, en las que ocurre lo mismo que en las accionarias.

IV. Conclusión.

La exclusión del socio en la sociedad anónima cerrada debe admitirse porque ella canaliza la misma realidad que las sociedades personalistas y no existe norma que la prohíba. La interpretación *a contrario sensu* que permitiría una solución distinta, debe en este caso descartarse porque conduce a un resultado contradicho por otras normas fundamentales que integran el sistema.

REMUNERACIÓN DE DIRECTORES DE SA ¿Y SI PROBAMOS CON LA RAZONABILIDAD? (HACIA LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO)

Hernán J. Racciatti

SUMARIO

Se cuestiona la conveniencia de establecer límites porcentuales sobre las ganancias en la remuneración de los directores que realizan tareas técnico administrativas (sea en relación de dependencia o locación de servicios), y se propone la necesidad de una inmediata reforma legislativa respecto dicho tema que contemple la razonabilidad de una retribución adecuada sobre pautas objetivas y que resulta de sencillo acceso (retribución adecuada conforme lo que paga el mercado para una persona de las características de quien se desempeña como director en una sociedad de las características de aquella en la que se desarrolla la actividad y el sector en que se encuentra) lo permitirá un control apropiado y correcto de la que retribución de los directores no sea excesiva, evitando conflictos de interpretación y vinculación del desarrollo de tareas ejecutivas con el riesgo de la empresa.

PONENCIA

El artículo 261 de la Ley General de Sociedades (LGS) ha generado hasta la fecha, numerosas disidencias y controversias en relación a su interpretación.

A ello se puede agregar, que no se pasa por alto, tampoco, cierta contradicción entre los términos de dicho artículo con el artículo 71 del mismo cuerpo normativo.

Es difícil además encontrar criterios concordantes en la doctrina, ya que, en numerosas ocasiones, pareciera que los autores se ven enfocados, al tratar este artículo, en organizaciones empresarias diferentes, bajo el mismo tipo social.

Y no solo hay realidades diferentes, sino que, a falta de mediciones específicas, no se sabe con certeza cual de todas estas realidades empresarias (enfoques que se dan por ciertos, y que pueden presentarse todos ellos) prevalece.

Es claro que al hablar en esta ponencia de la situación del director que a su vez realiza funciones técnico administrativas de carácter permanente -muchas veces como empleado de la sociedad y, a su vez, accionista- nos enfocamos por nuestra parte en sociedades cerradas, mayormente de corte familiar o con algún otro vínculo de fuerte relación entre los accionistas en el tiempo de su fundación.

Cuando los intérpretes partimos de plataformas organizacionales diferentes bajo un mismo tipo social, las opiniones se vuelven variadas y difíciles de compatibilizar.

Y todos estos fenómenos de organización empresarial, se ven circunscriptos por un artículo como el 261 de la LGS (y en su caso el 71 de la LGS que prevé un tipo de remuneración de orden asociativa) que buscando establecer una pauta tuitiva -que el directorio no reste de la utilidad social (*rectius*, de la ganancia) más de un 25% de la misma- termina atándola a una situación donde el director que ha desempeñado funciones técnico administrativas

de carácter permanente -mayormente como empleado ya los dijimos, en algunos caso en locación de servicios- se pueden encontrar frente al supuesto de haber trabajado un ejercicio completo poniendo lo mejor de sí, sin recibir una retribución acorde al tiempo, esfuerzo y capacitación puestos en su actividad.

Cuando hablamos de distintas organizaciones empresariales bajo el fenómeno de la sociedad cerrada es porque vemos que, bajo la regulación del artículo 261, se encuentran, mínimamente: i) sociedades que constituyen grandes multinacionales -cuyos socios en ocasiones son dos sociedades controladas por su casa matriz- en las cuales gran parte de su directorio está compuesto por empleados de la compañía, locales o extranjeros; ii) grandes empresas locales de corte familiar o algún vínculo de amistad en su origen, que pueden tener contratados directores externos con tareas ejecutivas conjuntamente con directores de la familia o con alguno/s de los socios fundadores -también con tareas ejecutivas- o, iii) sociedades medianas o incluso pequeñas en las cuales parte de los miembros que componen la sociedad (o la familia) ocupan el triple rol de accionistas, directores, y empleados. Ello, sin perjuicio de otras posibilidades de fenómenos empresariales actuando bajo el tipo sociedad anónima, acaso menos comunes que los expuestos pero que pueden presentarse. El enfoque de este trabajo se centra en las organizaciones referidas en los puntos ii) y iii).

A todo lo mencionado sumemos que, en ocasiones, los directores fueron empleados antes de ser directores (parientes de socios que ingresan como empleados y luego de un tiempo se integran al directorio), y luego de asumido ese cargo mantienen su relación de dependencia, pero, ahora, con la incertidumbre de poder ser retribuidos por las tareas técnico administrativas de carácter permanente que desempeñan en la sociedad (digamos, por su trabajo).

Agreguemos, finalmente, la posibilidad de conflicto intra societario, y, para no hacer más fácil la situación, adicionemos la necesidad económica con que se desenvuelven las pequeñas y medianas empresas de compaginar su política de acceso por el socio a las ganancias sociales a través de la estructuración fiscal que, sin burlar la ley, permita efectuar las mayores deducciones de gastos que las leyes impositivas autoricen.

No perdamos de vista, a esta altura de la exposición, que las disputas entre accionistas se presenta como uno de los más dificultosos y potencialmente destructivos problemas que surgen en el contexto de las sociedades cerradas¹, y que las remuneraciones de los directores suele ser una de las causas de esos conflictos².

Las sociedades cerradas y la existencia del triple carácter (accionista-director-empleado) de quien las administra, y su doble vínculo (director-empleado).

¿Qué caracteriza a las sociedades cerradas como las que apuntamos en el análisis?

El primer aspecto es relativo a una característica objetiva de los accionistas, y es que, por lo general, un pequeño número de socios son los dueños de la totalidad del capital social. Esta circunstancia puede modificarse a partir de la tercera generación siguiente a la de los socios fundadores, pero lo que en un principio era un pequeño número de socios pasa a ser, luego, un pequeño número de grupos de socios que actúan aliadamente según el grupo familiar que integran. Ello es consecuencia de que, en las sociedades cerradas, o existió un

¹ Un estudio realizado en Chicago ha revelado que los conflictos entre socios es la mayor causa de fracaso de las sociedades cerradas, conf. O KELLEY Charles and THOMPSON Robert B., "Corporations and other business organizations", Aspen Publishers, 4° ed., 2003, pag. 383).

² COSTE Diego, "La remuneración en exceso en armonía con el deber de diligencia y el derecho de información, en ED, Tomo 221, pag. 758.

vínculo familiar al momento de su fundación, o hubo algún otro vínculo de tipo personal entre los socios por sobre el vínculo de negocios.

La segunda característica a mencionar es la inexistencia de un mercado secundario para la transferencia de sus participaciones sociales. Los socios de las sociedades cerradas no tienen más mercado secundario que sus propios socios.

Finalmente, la más vinculada al supuesto que abordamos, es la existencia de una identidad entre el carácter de socio, el de director y el de su trabajo en la sociedad (el desarrollo de funciones técnico administrativas de carácter permanente en la sociedad) ya que, según se ha dicho, en este tipo de sociedades el accionista es mucho más un emprendedor que un inversor, es alguien que, ya sea que lo hiciera como fundador o por sucesión, se ha incorporado a la sociedad viéndola como el modo de generar los ingresos necesarios para su subsistencia en el sistema social existente.

Soy de la idea que estos tres aspectos se repiten en la mayoría de las sociedades cerradas de nuestro país³ y ponen a los destinatarios de la norma (los accionistas que desempeñan funciones técnico administrativas de carácter permanente) ante la imposibilidad de ser remunerados por los trabajos que han prestado a la sociedad.

Los dilemas que plantea el artículo 261 LGS.

Como lo expresamos al principio de este trabajo, el artículo 261 adolece de una notoria falta de claridad en una redacción que, por ello mismo, no hace más que crear incertidumbre e inseguridad en los intérpretes y los destinatarios de la norma, lo que ha dado lugar a interpretaciones de variada índole⁴.

En el segundo párrafo indica que la máxima retribución que pueden percibir todos los miembros del directorio, incluidos **sueldos** y retribuciones por funciones técnico administrativas de carácter permanente, nunca puede exceder del veinticinco por ciento (25%) de las ganancias. Ese monto se limita al cinco (5%) en caso que esas ganancias sociales no se distribuyan como dividendos.

Por su parte el cuarto párrafo del mismo artículo indica la posibilidad de exceder esos límites -tanto el del veinticinco por ciento (25%) como el del cinco por ciento (5%) - cuando uno o varios directores hubieran tenido a su cargo comisiones especiales o realizaran fun-

3 Pareciera estar en contra, MATTÁ Y TREJO Guillermo, aunque sin decirlo con total claridad, en su artículo "La remuneración de directores de sociedades anónimas. Necesidad de replanteo normativo y doctrinario", en MJ-DOC- 2728 AR, 01-02-2002, menciona que "...el actual artículo 261 de la LS ha sido superado por la realidad que muestra el gobierno de la sociedad anónima actual con un directorio más profesional, con mayor poder frente a la asamblea de accionistas que queda relegada a un control posterior de los actos de los administradores...". Coincidimos con Matta y Trejo sobre el mayor profesionalismo de los administradores, de hecho la mayoría de los protocolos familiares exigen a los miembros de la familia -previo a su ingreso como empleados de la sociedad- distintas instancias de capacitación y trabajo previo en otras compañías. Pero ello no quita que, luego de cierto recorrido por distintas áreas de la empresa, terminen ocupando la triple función de accionista, empleado y director. Y en estas palabras estoy poniendo en miras sociedades familiares que cuentan con más de 500 empleados y una importante facturación, porque también las hay más pequeñas donde los protocolos son menos exigentes o directamente no existen, y los sucesores ingresan como empleados en la empresa -que es organizada jurídicamente bajo la forma de sociedad- apenas terminan sus estudios universitarios o secundarios.

4 Ver, entre muchos, OTAEGUI Julio Cesar, "Algunas cuestiones sobre la retribución de los directores", en ED, Tomo 181, pag. 122; COSTE Diego, ob cit., loc cit; DI CHIAZZA Iván, "Honorarios de directores. Límites legales. Comentario al fallo Bertarini Carlos c/ Difusora Marplatense SA", en Id SAJ: DACF 10042; ROVIRA Alfredo, "La remuneración de los directores", en El directorio en las Sociedades Anónimas. Estudios en homenaje al Profesor Consulto, Dr. Carlos S. Odrizola, pags 213 y 214; VAN THIENEN Pablo, "Creación de valor para el accionista, el riesgo empresarial y el régimen de remuneración del director en la SA" en ED Tomo 201, pag. 925; RUBÍN Miguel, "La remuneración de los directores de sociedades anónimas. Por qué estamos como estamos y propuestas para una indispensable reforma legislativa", en Todavía somos pocos, posted 24/04/2018; MATTÁ Y TREJO Guillermo, ob cit., loc cit; MENECAZO CANE Miguel, "Retribución a los directores de sociedades anónimas", en ED Tomo 62, pag. 653; NISSEN Ricardo, "Un fallo ejemplar en materia de remuneración de directores de sociedades anónimas", en La Ley 1997-A, pag. 135; SASOT BETES Miguel y SASOT Miguel, "El órgano de administración", editorial Abaco, 1980, pag. 265.

ciones técnico administrativas y las ganancias del ejercicio fueran reducidas o **inexistentes**. El debate sobre si el cuarto párrafo incluye o no, en la autorización de la excepción, a las funciones técnico administrativas de carácter permanente o se limita únicamente a las de carácter no permanente, es aún intenso, y si bien la doctrina mayoritaria parece haberse inclinado por considerar que ese cuarto párrafo incluye tanto las funciones técnico administrativas permanentes como las no permanentes⁵, la jurisprudencia todavía no parece haberse inclinado preferentemente por esa postura⁶.

Y la situación no ha hecho más que traer falta de certidumbre sobre los derechos de los directores que son empleados de la sociedad o realizan tareas técnico administrativa a través de otra relación contractual.

Además, debemos terminar de arrojar algo de certeza sobre el concepto de *ganancias muy reducidas* conforme la letra del párrafo cuarto, como asimismo –como se ha mencionado⁷– con respecto a qué suma o valor se computa el exceso del veinticinco por ciento (25%) o del cinco por ciento (5%) cuando las ganancias son inexistentes.

Porque queda claro que el cinco por ciento (5%) –y nos limitamos al cinco por ciento (5%) porque si no hay ganancia no hay dividendo– de algo inexistente es nada, no hay base para calcular ni el cinco por ciento (5%) ni el exceso del cinco por ciento (5%). En este supuesto el honorario fijado no sería en exceso de ningún porcentaje, sino, directamente, un honorario que la asamblea habría fijado discrecionalmente en virtud de la *inexistencia* de ganancias -y, consecuentemente, de dividendos– que no constituye exceso de ningún porcentaje. Y, ¿si no hay ganancias pero hay reparto de dividendos como consecuencia de desafectación de reservas libres que se constituyeron en ejercicios donde hubo ganancias?

Porque, debemos concluir que en aquél ejercicio que hubo ganancias pero no reparto de dividendos, los directores vieron limitada su remuneración (al 5%).

¿Por qué no podrían cobrar ahora -que se reparten aquéllas ganancias- lo que no cobraron entonces?⁸

¿Y cuál sería o qué determinaría el límite, en su caso? ¿Si se desafectan todas las reservas sería el veinticinco por ciento (25%) y luego se debería disminuir proporcionalmente?

Por lo demás, “muy reducidas” ¿en relación a qué?

¿Muy reducidas conforme los ejercicios anteriores?

¿Muy reducidas para lo que fueron las ganancias de las sociedades del sector en el ejercicio en cuestión?

¿O muy reducidas en relación a la rentabilidad normal que podría tener el patrimonio neto considerando otras variables de inversión disponibles, tal como lo estableció oportunamente la CNV para las sociedades cotizadas⁹?

¿Muy reducidas para otorgar una remuneración acorde al valor de mercado para todo el directorio¹⁰?

5 Conf. ROVIRA Alfredo, ob cit., loc cit; OTAEGUI Julio C., ob cit, loc cit; MENEGAZO CANE Miguel, ob cit, loc cit.

6 “Riviere de Pietranera c/ Riviere e Hijos SA”, Cámara Nacional Comercial, Sala B, 7 de Julio de 1995, en La Ley 1997-A, pags. 134 y siguientes; “Ramos Mabel c/ Editorial Atlántida”, Cámara Nacional Comercial, Sala E, 02/09/98, en La Ley 2000-B, pag. 850; “Dristel SA c/ Noguez Hnos SA”, Cámara Nacional Comercial, Sala D, 20/11/2000, en ED, Tomo 197, pag. 37.

7 ROIG Jaime, “La retribución al director en una sociedad anónima argentina”, en TR LALEY 0003/015121.

8 Ver VAN THIENEN Pablo, “Remuneración del director y participación en las ganancias”, en CEDEF LAW, Working paper N° 1, 2016, pag. 14.

9 Parecen coincidir con esta posición, ROITMAN Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, cuando dicen que “...la locución utilidad reducida puede ser definida como la utilidad que represente una rentabilidad inferior a la expectativa de la rentabilidad normal de la empresa en función del patrimonio existente..”, en “Las funciones técnico administrativas y la aprobación de la gestión social como fundamento de la impugnación de asamblea”, en Lexis Nexis Córdoba, N° 5, Agosto de 2006.

10 CNC, Sala C, 08/05/81, “Vaccari de Gilbert Norma c/ Gilbert SA”, en La Ley 1981-C, pag. 315; en igual sentido Cámara Nacional

Y en su caso, si, finalmente, hubiera coincidencia sobre qué implica que sean muy reducidas, ¿hasta dónde se puede exceder el cinco por ciento (5%) o el doce por ciento (12%) o el veinticinco por ciento (25%) según lo que corresponda que actúe como límite? Sí, se puede exceder el límite, pero ¿hasta cuánto se autoriza ese exceso?

¿Cuál es el límite?

¿Es también un porcentaje sobre la ganancia? ¿O el límite es hasta alcanzar una remuneración razonable para el directorio, conforme las tareas del director, su capacitación, el tamaño de la empresa, y el sector de la actividad?.

La doctrina y jurisprudencia tiene variadas respuestas para tales inquietudes.

La remuneración de los directores no debe tener vínculo con el riesgo empresarial, ni con la decisión de repartir las ganancias sociales, ni aún cuando el director fuera accionista.

Cierta doctrina ha sostenido¹¹, en postura que coincidimos, que los directores que ponen su fuerza de trabajo (agregamos, su capacitación, su experiencia, relaciones con el medio en el cual se desenvuelve la empresa y los poderes públicos) no tienen por qué estar vinculados al riesgo empresarial.

Que su retribución tenga un límite máximo en relación con la utilidad social puede ser una norma loable, tuitiva, y justa si se quiere, para la defensa de los accionistas que han invertido para la conformación y desarrollo de la empresa organizada jurídicamente como sociedad anónima, pero el artículo yerra en el enfoque y se vuelve poco práctico, falto de certezas, se aleja de la cambiante realidad, y muestra que tener un límite deviene innecesario.

Tal criterio -asociar el devengamiento de honorarios al resultado o al reparto del mismo, porqué, en definitiva, aunque algún autor diga que ello no es así en tanto el directorio no puede percibir más que un porcentaje de la ganancia, lo es- es considerar que el vínculo del director con la sociedad constituye casi un contrato de orden asociativo y lo apega a un supuesto que puede existir y que ya está contemplado, con más claridad y menos limitaciones, por el artículo 71 de la LGS.

No coincidimos, en cambio, cuando alguna doctrina ha estimado que si el director que trabaja para la sociedad es además accionista, en ese caso, sí, debe correr con el riesgo, sosteniendo que *en este caso, es el mismo el gestor de su propio negocio*.

Se ha sostenido, que en este caso ante el conflicto de interés que se produce en su doble carácter de director y accionista, y a fin de que no se utilice el honorario de director como dividendo de facto (o de privilegio, decimos, ya que lo cobra el accionista director y no los otros accionistas) es lógico que corra con el riesgo de la gestión.

No coincidimos con dicha postura que llevaría a que casi todas las empresas medianas y de orden familiar donde lógicamente, como lo hemos explicado al principio de esta trabajo, los accionistas tienen la vocación de trabajar en la sociedad, buscando ellos mismos -y, obviamente, con el soporte de personal capacitado que forma parte del management y fuerza de trabajo de la empresa social- ocuparse de encabezar, dirigir y gestionar los distintos aspectos (comerciales, administrativos, financieros, de nómina laboral) de la actividad empresarial.

Comercial, Sala B, 3/4/84, en autos "Martín Luis c/ Estudio de Arquitectura Fernández Llanos SA", en La Ley 1984-C, pag. 366; véase también, aunque no tan claramente, CNC, Sala A, 10/12/2009, "Multicanal SA c/ Supercanal Holding SA", en La Ley 2010-D, pag. 54; en igual sentido al fallo "Vaccari de Gilbert", ver VAN THIENEN Pablo, ob cit., loc cit; COSTE Diego, ob cit., loc cit.; ROVIRA Alfredo, ob cit., loc cit.;

11 Ver MATA Y TREJO Guillermo, ob cit., loc cit.; COSTE Diego, ob cit., loc cit., RUBÍN Miguel, ob cit, loc cit., VAN THIENEN Pablo A, DI CHIAZZA Iván, en sus distintos trabajos ya citados.

Se puede decir que el incentivo del accionista que trabaja como director es crear valor para él mismo, pero ese incentivo pierde fuerza cuando se piensa que ese accionista que está poniendo todo su tiempo, esfuerzo y capacitación, lo hace a riesgo de un resultado, cuando lo que tiene que ir a riesgo del resultado es el dividendo. No se pierda de vista que cualquier otro accionista (los demás accionistas que no ocupen el cargo de director) que pueden estar generando ingresos a cambio de su fuerza de trabajo en otro lugar, no dependerán del resultado de su sociedad para recibir una retribución por dicho concepto. Si los directores accionistas dejaran de prestar tareas técnico administrativas de carácter permanente (sea como empleado o en locación de servicios), la sociedad debería contratar en su lugar a personal de igual calificación que el accionista director que realiza esas tareas permanentes, y pagar por dicha contratación.

Pero paradójicamente, el artículo 261 de LGS deja abierta la posibilidad de que si quien presta las funciones técnico administrativas de carácter permanente es un director-accionista, y no hubiera ganancias su doble carácter accionista y director resulta ser un castigo para él.

Con lo cual el incentivo no es prestar tareas técnico administrativas permanentes en la sociedad en la que es accionista sino realizarlo en una sociedad ajena a la propia.

Desde mi óptica, ello choca con el sentido común.

No se nos escapa el riesgo de las conductas oportunistas, ni la creación de valor que se generan con normas de buen gobierno corporativo que evite tales conductas¹², pero soy de la idea que la línea para evitar conductas oportunistas pasa más por la disposición de pautas legales objetivas, una política de controles adecuados -internos y externos- de acceso para todos los socios, y por la exigencia del cumplimiento de los deberes que son impuestos a los administradores, que limitando el honorario del director empleado o que presta funciones técnico administrativas de carácter permanente en un porcentaje de las ganancias de la sociedad y la decisión de la mayoría de repartir dividendos.

¿Y si probamos con la retribución adecuada y razonable?

El proyecto de reforma de la LGS del año 2019 abordó la cuestión, y dejó en manos de la asamblea decidir la retribución de los directores en el supuesto que las ganancias fueran reducidas o *inexistentes*, sin consideración de las condiciones de contratación (temporarias o permanentes) de los directores.

Sin dudas, se hubiera tratado de un paso hacia adelante. Se habría suprimido el debate sobre si para que la asamblea disponga esa retribución en exceso de los límites legales el director debió cumplir funciones técnico administrativas de carácter permanente o no, o bajo qué vínculo jurídico lo hizo, o si se le encargaron comisiones especiales.

Sin embargo, aún en manos de la asamblea la decisión de lo que conformarían ganancias reducidas para superar un porcentaje, seguiría dando lugar para la incertidumbre y una puerta de entrada al conflicto intra societario, y llevando a qué, en definitiva, sean los Jueces los que tengan que decidir la remuneración de los directores.

Si, en cambio, se diera una pauta más objetiva tal como podría ser lo que la sociedad debió haber pagado por una persona con capacitación similar en el mercado y en relación a las características -cantidad de empleados, facturación, sector de la actividad económica, etc.- de

¹² Ver sobre el tema COSTE Diego y BOTTERI José D, "El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial", pags 22 a 28, Hammurabi, 2016; también el extenso y documentado desarrollo que hace DUPRAT Diego, "Los dividendos en las sociedades cerradas", pag 158 a 172, editorial Abeledo Perrot, 2013.

la sociedad que se administra, el debate y la incertidumbre disminuirían.

Cualquier consulta con revista de empresas como Forbes exponen informes salariales, o, especialmente, existen consultoras como Mercer Argentina o PW que brindan pautas precisas, o, más aún -incluso- plataformas o aplicaciones de guía salariales como Show me the money, que permiten conocer rápidamente si lo que se está proponiendo como retribución del director que desarrolló funciones técnico administrativas de carácter permanente o como empleado de la sociedad, son acordes a las pautas de mercado, o representan una expropiación de lo que debió ser dividendo del accionista.

A ello, se pueden sumar otras pautas objetivas muy a mano de los directores y necesarias para que todos los accionistas -los de mayoría que han elegido a los directores y los de minoría que puedan sentirse expropiados en sus dividendos- puedan verificar que el honorario que van a aprobar encuentra justificación.

Así, a los fines de otorgar claridad y lealtad a las tareas desarrolladas por el director y su correlación con la remuneración percibida, el director debería poner a disposición de los accionistas antes de aprobar su remuneración 1) Los ingresos percibidos durante el ejercicio y que han de votar los accionistas; 2) Sus antecedentes y experiencia; 3) Las tareas desarrolladas y la cantidad de personas a cargo¹³; 4) Los objetivos anuales y su cumplimiento o etapas de cumplimiento; 5) La comparación de su retribución con las remuneraciones del resto del personal jerárquico; 6) Las retribuciones cobradas en los ejercicios anteriores y su relación con la actividad económica de la sociedad administrada (apuntaría a una relación estable entre remuneración y crecimiento de la actividad económica de la sociedad)¹⁴.

En otras palabras, consideramos que no es necesario prohibir o poner límites generales que puedan resultar arbitrarios e inadecuados en muchas situaciones, pero, a su vez, contemplando los intereses en pugna (los de la sociedad a su buena gestión al menor costo, los de los directores de percibir la mejor remuneración que puedan percibir por sus funciones técnico administrativas de carácter permanente, y los de los accionistas a que se les detraiga de las ganancias sociales la menor suma posible, aumentando así su posibilidad de dividendos) nos parece que la razonabilidad de una retribución adecuada sobre pautas objetivas y que resulta de sencillo acceso (retribución adecuada conforme lo que paga el mercado para una persona de las características de quien se desempeña como director en una sociedad de las características de aquella en la que se desarrolla la actividad y el sector en que se encuentra) permitirá un control apropiado y correcto de la que retribución de los directores no sea excesiva.

Por lo demás, habrá que considerar que los deberes de información y transparencia no dejan de formar parte del deber de lealtad de los administradores, y con dichas pautas los accionistas podrán tomar las correctas decisiones teniendo en cuenta el interés social.

13 En el fallo "Gonzalez Ramella Virginia c/ Asyst SA", de la Cámara Nacional Comercial, Sala E, del 04/06/2009, en TR LA LEY AR/JUR/28451/2009, se resolvió preventivamente la suspensión de la asamblea que aprobaba honorarios de los directores en virtud que las tareas desarrolladas por los directores "...habían sido referenciadas de manera genérica...y ni siquiera se ha acreditado el efectivo cumplimiento de aquéllas".

14 Pautas como las referidas han sido ponderadas por las Tax Courts en Estados Unidos de Norteamérica para determinar si la retribución de los directores constituye una deductible business expense, and it reduces the amount of income taxes paid on a company's taxable income. Ver, CAMPBELL Linda, SMITH Pamela & MARTIN Kasey, "Defining "reasonable compensation" under the tax code", en The CPA Journal, October 2019.

INHABILITACIÓN CONCURSAL Y LA CONTINUIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN EL CARGO

Miguel Ángel Raspall

SUMARIO

La LCQ en sus arts. 234/238 regula el instituto de la inhabilitación por quiebra. La misma dispone que los administradores de las sociedades son alcanzados por la inhabilitación concursal desde el dictado de la sentencia de quiebra (sanción ésta que sería objetiva y de efectos inmediatos).

Por su parte, la LGS en sus arts. 264 y 265, dispone que en caso de prohibiciones o incompatibilidades los administradores (S.A), debe convocarse al órgano de gobierno para la remoción de los sujetos alcanzados, reunión que puede ser convocada por el directorio, el síndico o cualquier accionista. Nada dice la ley sobre sanciones en caso que ello no se produjera ni tampoco si la situación se aplica para los nuevos nombramientos o para los administradores con mandato vigente.

Respecto del art. 264 LGS, decimos que los administradores de la sociedad en la quiebra no ejercen el comercio en representación de la sociedad por lo cual no se les aplicaría en inc. 1º del mismo. Respecto de la calificación de conducta del parr. 2do. este instituto no existe más en la LCQ.

La inhabilitación concursal aplicada con efecto automático e inmediato sería una sanción objetiva que la mayor parte de la doctrina concuerda en que es inconstitucional, por cuanto vulnera el derecho de defensa en juicio, el principio de inocencia y la presunción de que la quiebra es casual.

En mi criterio, la inhabilitación inmediata de los administradores es una norma en desuso (desuetudo), dado que no es cumplida por la sociedad, ni exigida por los socios, ni por los jueces ni por los síndicos y tampoco reclamada por los acreedores.

Por lo tanto, existe un conflicto de normas entre los arts. 235 y 238 de la LCQ y los art. 264 y 265 de la LGS que debe resolverse aplicando criterios interpretativos amplios, que tomen en consideración estos aspectos; a) La finalidad del instituto de la inhabilitación concursal que en relación con los administradores se encuentra satisfecho con el desapoderamiento (función patrimonial). En relación con la eventual función moralizadora (penalidad) al ser aplicada ex ante -sin juicio ni audiencia- y virviendo el principio de inocencia, es inconstitucional; b) El respeto a la autonomía de la voluntad de los socios en la elección de los integrantes del órgano de administración y representación es un acto societario al interior de la sociedad que no produce perjuicios, razón por la cual, debe hacerse jugar armónicamente las normas de la LGS, de la LCQ del CCCN y de la C.N.(diálogo de fuentes) haciendo primar en este caso la finalidad de la norma, o sea, que fines estaba destinada a tutelar la inhabilitación concursal y si los mismos permanecen vigentes o si admiten necesariamente otra interpretación.

Además, frente a un caso concreto, los jueces pueden declara la inconstitucionalidad de oficio.

COMUNICACION ¹

1. Presentación del tema

En razón de que en el VII Congreso Argentino de Derecho Concursal realizado en la ciudad de Mendoza en el año 2009 presenté una ponencia vinculada con la disolución de la sociedad por quiebra y la continuación de los órganos sociales, en el cual abordaba, entre otros aspectos, el relacionado con la inhabilitación concursal de los administradores sociales, le doy a este trabajo el formato de una “Comunicación al Congreso”².

En la Ponencia referida, dejaba establecidos los siguientes criterios;

“Afirmamos entonces que al igual que en el derecho societario, la disolución por quiebra no es sinónimo de la extinción de la persona jurídica, no obstante, concluida la misma, los socios podrían resolver la extinción del ente³.- La sociedad perdura en estado de disolución y con el proceso liquidativo en trámite, pero sigue siendo propietaria de los bienes de su activo hasta la realización de los mismos y por lo tanto y necesariamente, si la sociedad perdura, también lo hacen sus órganos, los cuales continúan, no obstante que con funciones distintas pues han quedado “suspendidas” sus aptitudes para administrar o disponer del patrimonio, pero retienen una legitimación limitada que no se traslada a la sindicatura concursal⁴, con la finalidad de actuar por la sociedad para representarla en el proceso falencial, pudiendo intervenir; en la conformación de la masa pasiva (legitimación procesal a esos fines) y también en el cuidado de la masa activa, con facultades para realizar actos de conservación y peticionar ante el Tribunal en la oportunidad de la continuación de la explotación, del modo o forma dispuesto para la realización de los bienes, de la remoción del síndico, y también al momento de la presentación del informe final y el proyecto de distribución (función de control y vigilancia en cabeza del órgano de administración y también del de fiscalización), entre otros. Igualmente la sociedad mantiene el derecho a recurrir la sentencia de quiebra, realizar la conversión y procurar alcanzar alguno de los modos conclusivos de la quiebra, todo lo cual muestra que la misma esta “viva”, que tiene intereses propios que defender y con ello, legitimación para hacerlo, para lo cual, se expresará a través de sus órganos de gobierno, y de administración y representación. Igualmente permanecen en el cargo el síndico de la sociedad y el comité de vigilancia con idénticas funciones, siendo un error considerar que han concluido en sus funciones”⁵.

“En este orden, se debate si los administradores que están con mandato vigente a la fecha de la quiebra continúan o si deben cesar con motivo y en razón de esta interdicción personal que produce la inhabilitación, que se muestra como una restricción en su capacidad de obrar por el ente. En este orden, parte de la doctrina y de la jurisprudencia, han recurrido a una interpretación que tiende a armonizar las previsiones del derecho societario y del derecho concursal, asumiendo que la sociedad necesita de sus órganos pues sin estos no puede expresarse. Que el ámbito externo de actuación de la sociedad y que es el que la vincula patrimonialmente con los terceros a los cuales puede afectar, se encuentra tutelado

1 Advierto al lector que al repetirme en este tema, está en mi ánimo actualizar la exposición del anterior trabajo, receptando las modificaciones que ha introducido el Código Civil y Comercial de la Nación en relación con la pluralidad de fuentes y la consideración que merece la “finalidad” de las normas aplicadas a la interpretación de las mismas.

2 Título: “Disolución de la sociedad por quiebra y continuación de los órganos sociales”, Comisión IV

3 CONIL PAZ, Alberto. Conclusión de la quiebra según la ley 2522. Editorial Abaco. Bs.as. 1996, p.162.

4 BENDENDERSKY, Mario. “La quiebra de la sociedad mercantil y la subsistencia de sus órganos de administración (directorio) decisión (asamblea) y fiscalización (síndico-consejo de vigilancia)”. L.L. 1985-B, 1080.

5 FARINA Juan M.-FARINA, Guillermo. “Concurso Preventivo y Quiebra”. Tomo 2. editorial Astrea. Bs. As. 2008, p. 389/394.

por el juez y por la actuación del síndico que han desplazado a los órganos sociales en la administración y disposición de los bienes. Respecto del ámbito interno, los socios pueden o no remover de sus cargos a los administradores inhabilitados, dado que esta conducta no afecta el interés de los terceros ni el interés general -excepto que el mismo esté representado en este acto como una penalidad o sanción moral frente a la quiebra-, y se compadece con las previsiones de los arts. 264 y 265 de la LSC, para lo cual deberán convocar al órgano de gobierno para que lo resuelva”.

“La inhabilitación de los administradores que se produce con motivo de la quiebra (art. 235 y 238 LCQ) no producen efectos respecto del administrador con mandato, ni tampoco a quien el órgano de gobierno le hubieran renovado el cargo, quien se desempeñará en el mismo no obstante las interdicciones personales que resultan del art. 238 LCQ, ello así por aplicación de la previsión e interpretación que se da a los arts. 264 y 265 de la LGS, los que requieren que el inhabilitado sea removido por decisión asamblearia, o sea, opera el ámbito interno de la sociedad y la continuidad de los administradores hasta tanto no cesen en su cargo”.

Una parte de la doctrina, siguiendo la redacción de los arts. 234, 235 y 238 LCQ, opinan que la inhabilitación concursal es automática y produce efecto inmediato y que por lo tanto, con el dictado mismo de la sentencia de quiebra se aplican las restricciones que resultan del 238 de la LCQ o sea, la obligatoria separación del cargo de los administradores con mandato vigente y el nombramiento de nuevos a través del órgano de gobierno, sosteniendo que de lo contrario se transforma en ilusoria o letra muerta la inhabilitación⁶. Algunos consideran que los efectos se producen igualmente aún cuando la sentencia de quiebra no estuviera firmada. Esta postura choca en forma frontal con la realidad que muestra que los socios -en la quiebra- se desentienden de la sociedad dejando todo librado al desarrollo del proceso y sus funcionarios y no realizan ningún acto societario en relación con el ámbito interno, y con ello, tampoco proceden a modificar la conformación del órgano de administración, ni aun habiendo vencido los mandatos. Para superar este conflicto que presenta la realidad, plantean como soluciones eficaces que los administradores que quieran permanecer en el cargo recurran al instituto de la rehabilitación (Art. 236 2º parr.) o en su caso, pueden plantear la inconstitucionalidad de la norma⁷ por vulnerar el principio de inocencia, y al derecho a la defensa en juicio. Estas recomendaciones de la doctrina, si bien podrían dar solución satisfactoria al conflicto, no permiten superar estos dos aspectos; 1) El tiempo que llevaría alcanzar una resolución judicial en cualquiera de estas alternativas frente a las necesidades inmediatas de la sociedad que se generarían por la aplicación de la tesis de la inhabilitación automática e inmediata⁸ y, 2) No resuelve la confrontación que resulta de las previsiones de la LCQ (arts. citados) y el art. 265 de la LGS que dispone que la remoción de los directores (administradores) la debe llevar adelante el órgano de gobierno (asamblea ordinaria en las S.A.), sin establecer sanciones en caso de incumplimiento, lo que implica el sostenimiento de los administradores.

6 Opinan en tal sentido entre otros los doctrinarios Silvana García, Darío Graziabile, Horacio Roitman.

7 GRAZIABILE, Darío. Instituciones de derecho concursal. La Ley, Bs. As. 2018, Tomo IV p.607. “...más allá de que el cuestionamiento de la constitucionalidad de la inhabilitación automática de los administradores puede resultar compartible...” advierte la dificultad para alcanzar en la práctica esta solución.

8 Llevando esta posición a una situación extrema, si los efectos se producen desde el dictado mismo (automatismo e inmediatez), los administradores no tendrían facultades para recurrir la sentencia de quiebra, pedir conversión, pedir medidas cautelares, y otras medidas urgentes, etc.etc.

2. Nuevos argumentos a considerar

En refuerzo de mi posición sostenida en la ponencia y ratificada en esta comunicación, en el sentido de que la inhabilitación de los administradores por quiebra, no produce la necesaria e inmediata revocación de los cargos y la pérdida de la capacidad para representar los intereses de la sociedad dentro del proceso concursal, pongo a consideración las siguientes reflexiones;

- Hemos anticipado *supra*, que existe una diferente regulación, no coincidente por cierto, entre los arts. 235 y 238 de la LGQ y el art. 265 LGS que regula el ámbito interno del funcionamiento de las sociedades, disponiendo que deberá ser el órgano de gobierno quien resuelva la remoción y sustitución de los administradores (prohibiciones e incompatibilidades). La LSG nada dice respecto si la sociedad no lo resolviera o si en su caso, los ratificara, como dicen Farina-Farina, no existe sanción para el incumplimiento de las previsiones del art. 265... “La decisión de la asamblea tiene efectos solo en el ámbito interno societario, de modo que, si no se produce una decisión asamblearia que excluya a dicho director y esto no perjudica a terceros, ni a los accionistas, ni estos ni un director o el síndico impugnan dicho acto, nadie podría hacerlo por carecer de interés legítimo. Esto resulta del art. 1048 del C. C⁹; la nulidad solo puede alegarse por lo que tengan interés en hacerlo.”¹⁰

- La Cámara de Apelaciones de Rosario¹¹, tuvo oportunidad de expedirse sobre la continuación del órgano de administración y representación (gerente de una SRL) diciendo que a los fines de “la representación limitada en el proceso de quiebra por parte del director, gerente o administrador de una sociedad comercial (art. 110 LCQ) no obsta su actuación el hecho de que a su vez haya sido declarado en quiebra si no se ha producido su remoción de acuerdo con el art. 265 LSC”.

- Una lectura detenida y analítica del art. 264 LGS en relación con las prohibiciones e incompatibilidades para ser director o gerentes nos lleva a reflexionar de la siguiente manera; i) la manda del art. inc. 1) “no pueden serlo... quienes no pueden ejercer el comercio. Queda claro que los directores o gerentes no van a ejercer el comercio a través de su gestión residual en la sociedad, y por ende dicha incompatibilidad o prohibición resulta inaplicable; ii) Tampoco aplica en parr. 2do. del art. 264 por haber dejado de existir la calificación de conducta en la quiebra. Estas interdicciones si son aplicables para el caso que la persona quisiera ser director o gerentes de una sociedad que se encuentra operativa. Obviamente la incompatibilidad y prohibiciones si sería aplicable para el caso de un nuevo nombramiento en una sociedad operativa (in bonis).

- También vale la pena analizar la situación y efectos que produciría la inhabilitación automática con los efectos atribuidos por el art. 238 LCQ, en los casos de sociedades unipersonales (SAU y SAS), si el único socio fuera el administrador (lo más seguro) ya que frente a la quiebra social, debería nombrar otro u otros administradores para que tutelen o defiendan el interés de la sociedad y del socio, todo lo cual para innecesario y excesivo.

3. La inhabilitación como penalidad o sanción

Sabemos que la inhabilitación concursal de los administradores no está dirigida a la protección de los activos de la sociedad fallida, dado que ese rol lo cumple sobradamente el

9 Lo previsto en el art. 388 CCCN

10 FARINA Juan M.–FARINA, Guillermo. “Concurso Preventivo y Quiebra”. Tomo 2. editorial Astrea. Bs. As. 2008, p. 391/394.

11 CCC Rosario, Sala II, 30.10.07, “Imporex SRL s. Quiebra s. inc. de revisión de Derrundi, María Cristina LL Litoral año 12. 4.8.08.

desapoderamiento. Los administradores no están en condiciones de hacerles daño patrimonial ni a la sociedad, ni a los acreedores y este aspecto patrimonial, también es ajeno al interés general.

En realidad, siguiendo la evolución del instituto en cuestión, la doctrina analiza que al suprimirse el incidente de calificación de conducta (ley 19551)¹², el legislador decidió dejar resabios sancionatorios a la quiebra en sí misma, o sea, la quiebra como hecho que afecta al comercio y de allí la creación de este nuevo instituto que es la inhabilitación concursal -con un régimen atenuado- que no obstante establece una penalidad “objetiva e inmediata” que se materializa con los efectos de la inhabilitación dispuesta por los arts. 235 y 238.

Hemos dicho que la revocación del cargo y el nombramiento de nuevos administradores es un acto que hace al orden interno del funcionamiento de la sociedad, en la cual campea la libertad contractual, y los socios la están ejerciendo al no revocar los cargos, sin que ello implique perjuicio a terceros ni afecte el interés general, excepto que el interés general se encuentre radicado en que la *inhabilitación objetiva e inmediata*, es una “penalidad moralizadora”, una “sanción por quebrar”, con todo lo que de ello se deriva y la tacha inconstitucional que ha merecido, porque además de ser las penalidades de interpretación restrictiva, esta penalidad partiría de una presunción inversa a la buena fe, al principio de inocencia y al acceso a la defensa en juicio que cuentan con protección constitucional¹³, además de que la quiebra se presume casual, y no culposa o dolosa. Basta ver la situación general de nuestro país para entender la existencia de quiebras casuales que no merecen en manera alguna producir sanciones sobre los administradores.

4. Una dosis de realismo. Desuetudo

No quedan dudas que si se produjera la inmediata caducidad de los cargos que estuvieran vigentes a la fecha de la quiebra, debería ser el órgano de gobierno quien decida sobre la sustitución de los administradores, revocar y nombrar nuevos (art. 265 LGS), dado que estos no podrían ser impuestos por el tribunal.

Este acto de gobierno societario no ocurre, no se realiza, porque en una apabullante mayoría de las quiebras, el pasivo es ampliamente mayor que el activo, con lo cual los socios pierden interés en seguir invirtiendo tiempo y dinero en controlar o participar en el proceso. Los socios se dispersan, no se reúnen, no realizan actos de gestión interna, etc. etc.- La excepción deberíamos buscarlas –quizá- en quiebras con posibilidad de excedentes de la liquidación.

A lo largo de mi carrera como concursalista –más de 30 años- nunca he presenciado la ocurrencia de una reunión del órgano de gobierno para producir la revocación de mandatos vigentes y realizar nuevos nombramientos y supongo que lo mismo le debe haber pasado a la mayoría de los operadores de estos procesos. Tampoco he presenciado que los socios no administradores convoquen al órgano de gobierno para producir la sustitución de sus integrantes inhabilitados. De modo tal que ante la necesaria permanencia de los órganos sociales, continúan los mismos administrados¹⁴ –aún con plazos vencidos- sin que nadie lo tome en cuenta. Por último, y en mi experiencia, tampoco he visto que los síndicos de

¹² La ley 19551 en el instituto de la calificación de conducta, permitía la continuación de los órganos de administración hasta tanto no hubiera resolución firme calificando la quiebra como culpable o fraudulenta (Art. 237, 238 y 252 ley 19551).

¹³ C.N. art. 18.

¹⁴ LGS art. 257

la quiebra insten el proceso societario para obligar a remover a los administradores inhabilitados y tampoco los jueces, o sea, todo el sistema es complaciente con esta situación. En definitiva, la realidad es la descripta, y más allá de que se intente hacer una interpretación literal y rigorista sobre las disposiciones de los arts. 234, 235 y 238 LCQ, sus prescripciones no se aplican. En definitiva ha operado el desuso de la misma, o sea, lo que llamamos desuetudo.¹⁵

Una ratificación del desuso en que ha caído la aplicación de las consecuencias que debería producir la inhabilitación concursal sobre los administradores sociales en ejercicio, es la casi total ausencia de fallos que traten el tema, no obstante que existen abultadísima cantidad de quiebra de sociedades y en ellas no se produce la remoción de los integrantes del órgano de administración y representación. Complacencia y statu quo es lo que existe.

5. Una interpretación amplia, con mirada finalista

Hemos expresado supra que el instituto bajo análisis no se aplica en la práctica, que ha entrado en desuetudo y sin duda ello es porque el juez, los funcionarios de la quiebra y los acreedores se sienten suficientemente protegidos con los efectos del desapoderamiento y la liquidación del patrimonio dentro del marco previsto por la LCQ. Esto demuestra que los administradores a quienes no se les ha revocado el mandato no generan peligro y que la aplicación de la inhabilitación concursal con efectos inmediatos es una sanción por la sanción misma, que causa más dificultades que beneficios, tal como lo expresa el fallo que he citado supra.

La inhibición concursal y los efectos que pueda producir respecto de los administradores con mandato vigente, deben ser analizados compatibilizando; i) la libertad contractual propia de las personas jurídicas privadas (sociedades en este caso) y las resoluciones que la misma tome en su ámbito interno cuando estas no puedan generar perjuicios en el proceso de quiebra y, por otro lado, ii) el rigor sancionatorio que el instituto de la inhabilitación objetiva y de efectos inmediatos conlleva.

En este análisis no podemos dejar de tomar en consideración la evolución habida en la concepción de los derechos de las personas, entre el año 1975 (Ley 24522) y la actualidad, siendo esta penalización automática algo que no se condice con una visión moderna de los derechos personales. Para el entendimiento actual del "derecho", aplicar una penalidad en forma objetiva y anticipada, sin conocerse si existe ilicitud, es incomprensible e inaceptable. La necesidad de recuperar los individuos a la actividad productiva (reemprendedurismo) es una necesidad tangible estimulada en todo el mundo y la inhabilitación objetiva e inmediata, al invertir el orden de las cosas -primero la sanción limitante e impeditiva y luego avanzar hacia la investigación para determinarlas y establecer si hubo o actos de dolo o fraude- se muestra como una norma contradictoria e impeditiva.

Sostengo que los jueces ante un caso concreto, deberán aplicar una interpretación amplia y finalista que permitan armonizar las fuentes que convergen sobre el tema (LGC y LCQ), con la evolución habida en la sociedad, aplicando la filosofía de los arts. 1 y 2 CCCN si hubo o no actos de fraude. Los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional, que ha dejado habilitada la declaración de inconstitucionalidad de oficio por el Tribunal.

¹⁵ El desuetudo lo es sin efecto derogatoria porque la norma subsiste, pero los operadores no le reconocen valor y exigen su aplicación.

LOS ESTADOS CONTABLES COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA APROBACIÓN DE GESTIÓN

Juan Ignacio Recio

PONENCIA

La previa aprobación de los estados contables es condición de validez de la resolución asamblearia que aprueba la gestión de los directores.

Cada vez que se analiza la relación entre la aprobación de los estados contables y la de la gestión de los directores viene a colación la regla del art. 72 de la LGS en cuanto dispone que *“La aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores, administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, ni importa la liberación de responsabilidades”*.

El fundamento de esa norma es toda lógica: la aprobación de los estados contables indica que la asamblea valida la situación patrimonial y financiera del ente, y su evolución en el período, desde el punto de vista numérico, pero no implica abrir juicio sobre la regularidad de la actuación de los administradores. En otras palabras, una cosa es que el balance refleje fielmente lo sucedido en el ejercicio y otra bien distinta es si los directores gestionaron bien o mal los negocios. Pudo haber actos en violación a los deberes de lealtad y diligencia, pero su impacto patrimonial debe ser reflejado contablemente sin que ello implique consentirlos por parte de los accionistas. Por consiguiente, la aprobación de los informes no conlleva a la aprobación de lo actuado.

Sin embargo, cabe preguntarse si la norma del art. 72 puede interpretarse en sentido inverso, es decir, si es viable aprobar la gestión de los directores sin aprobarse previamente los estados contables de la sociedad. Este proceder se presenta en ocasiones en la práctica societaria cuando hay renovación o salida de autoridades en forma previa al cierre de ejercicio o al tratamiento del balance.

Entendemos que este proceder no se ajusta al correcto funcionamiento de la estructura orgánica de la sociedad.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que la presentación de los estados contables a la asamblea constituye el proceso mediante el cual los directores rinden cuentas a los accionistas.

Entre rendición de cuentas y contabilidad media una relación de género y especie. La presentación de los estados contables es la forma específica de rendición de cuentas bajo la estructura orgánica de las sociedades, que cumple con los requisitos gráficos (estados y cuadros anexos), literarios (memoria y notas) y documentales (documentación respaldatoria y sistema de registración)¹.

Como regla, los accionistas no pueden demandar a los directores que rindan cuentas de su gestión mediante la acción genérica de rendición de cuentas sino que deben exigir la

¹ FAVIER DUBOIS (p), Eduardo M. – FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La contabilidad frente al derecho: relaciones y efectos. Exigencia del “Derecho Contable” de la reforma al Régimen de Libros de Comercio”, LL 2011-F-1183.

presentación de los estados contables anuales².

Los sujetos obligados a rendir cuentas son los directores –o más precisamente, el directorio como órgano social- y los acreedores de dicha obligación son los accionistas que es en beneficio de quienes se realizan, en última instancia, los negocios sociales.

Para que los accionistas puedan evaluar adecuadamente la gestión del directorio y adoptar una decisión debidamente informada deben contar previamente con los todos los datos necesarios para el análisis de lo actuado, lo cual –como regla general- solo puede lograrse a través de los estados contables.

Debemos recordar que los estados contables son un conjunto integrado de informes compuesto por el estado de situación patrimonial, el estado de resultados, el estado de evolución del patrimonio neto y el estado de flujo de efectivo, complementados y ampliados con las notas y cuadros anexos. En las sociedades anónimas, los estados contables anuales son acompañados por la memoria del directorio y los dictámenes del síndico o consejo de vigilancia, si lo hubiera, así como el dictamen del auditor externo.

La Resolución Técnica (F.A.C.P.C.E.) N° 16, que establece el marco conceptual para la elaboración de los estados contables, marca como objetivos proveer información sobre el patrimonio del ente emisor a una fecha y su evolución económica y financiera en el período que abarcan, para facilitar la toma de decisiones económicas.

Se establece que la información a ser brindada en los estados contables debe referirse – como mínimo – a los siguientes aspectos del ente emisor: a) su situación patrimonial a la fecha de dichos estados; b) la evolución de su patrimonio durante el período, incluyendo un resumen de las causas del resultado asignable a ese lapso; c) la evolución de su situación financiera por el mismo período, expuesta de modo que permita conocer los efectos de las actividades operativas, de inversión y financiación que hubieren tenido lugar; d) otros hechos que ayuden a evaluar los montos, momentos e incertidumbres de los futuros flujos de fondos que los inversores y acreedores recibirán del ente por distintos conceptos (por ejemplo: dividendos, intereses).

En suma, los estados contables, junto con la memoria de la administración, constituyen elementos imprescindibles para la evaluación de la gestión del directorio y son aquellos que la ley establece como obligatoria su confección, puesta a disposición y aprobación por parte de los accionistas (arts. 234, 67 y concordantes, LGS).

La aprobación de los estados contables constituye un proceso en el que participan todos los órganos de la sociedad anónima; cada uno, con sus funciones y responsabilidades específicas. La estructuración de la sociedad anónima para su funcionamiento a través de órganos -gobierno, administración y fiscalización- es el resultado de una evolución legislativa y doctrinaria que halla su fuente en la noción de contrato plurilateral de organización que estructura el funcionamiento de la sociedad³.

A fin de que los balances constituyan un acto social es necesaria la intervención de distin-

2 CNCom. Sala A, 8.10.1997, "Eledar S.A. c/ Serer, Jorge A", LL 1999-B-123; CNCom. Sala D, 20.02.1984, "Repún, Mario c/ Bare, Vicente J.", LL 1984-D-542. Excepcionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la acción de rendición de cuentas contra los administradores en casos de ausencia de contabilidad regular y ante la falta de presentación de estados contables, pero siempre dejando sentado que se trata de una excepción al principio general. Ver NISSEN, Ricardo A., "La rendición de cuentas en las sociedades comerciales regularmente constituidas", ED 201-857; BÉRENGUER, Marcelo, "La rendición de cuentas ¿supletoria de los estados contables?", Thomson Reuters Online AR/DOC/1735/2014; FAVIER DUBOIS (p), Eduardo M. – FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., "Excepciones jurisprudenciales a la regla de que solo se rinden cuentas societarias mediante la presentación de los estados contables", Errepar, DSE n° 257, abril 2009, T. XXI pág. 410.

3 HALPERÍN, Isaac – OTAEGUI, Julio C., "Sociedades Anónimas", 2da. edición, ed. Depalma, Bs. As. 1998, pág. 209.

tos órganos a través de un proceso legalmente establecido, que culmina con la aprobación por parte de la asamblea. No obstante ello, no se trata de un acto único plurisubjetivo sino de varios actos concatenados entre sí, de modo que cada uno de ellos produce efectos, aunque sea de modo limitado⁴.

Si la presentación de los estados contables es una subespecie de la rendición de cuentas, la rendición propiamente dicha es la emisión de los estados contables por el directorio, y la decisión de la asamblea es la aprobación -o no- de las cuentas en los términos del art. 862 del CCCN.

Esta aprobación tiene efectos frente a la sociedad y a los accionistas, quienes no podrán cuestionar posteriormente sus guarismos salvo que deduzcan acción de nulidad.

Es en este momento en que los accionistas estarán en condiciones de aprobar, o no, la gestión del directorio.

Por tales motivos, entendemos que no puede aprobarse válidamente la gestión de los directores si no se aprueban previamente los estados contables del período en consideración. De no contarse con estos documentos, se estaría adoptando una decisión a ciegas, validando una gestión cuyas operaciones y resultados no están debidamente registrados y rendidas a los accionistas.

Sólo quedaría exceptuada de esta regla la aprobación unánime de la gestión.

Si se pretendiera aprobar la gestión sin contar con los estados contables, cualquier accionista podría oponerse a esa decisión, que sería susceptible de ser impugnada de nulidad.

⁴ ROITLMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada", 2da. edición, ed. La Ley., Bs. As. 2011, T. II pág. 559.

LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA QUE NO SE TOMAN POR ABUSO DE QUIENES VOTAN EN CONTRA

Julia Villanueva

PONENCIA

La decisión asamblearia que rechaza un punto del orden del día por abuso de quienes pronunciaron los respectivos votos “negativos” puede ser impugnada en los términos del art. 251 LGS, debiendo el juez, con su sentencia, sustituir ese voto renuente y otorgar validez a la decisión asamblearia a la que indebida y abusivamente se hubieran opuesto los titulares de esos votos.

1. Como es sabido, la ley concibe a la sociedad con más de un socio como un contrato plurilateral de organización.

Lo que así se organiza es la estructura jurídica que permitirá al ente tomar las decisiones vinculadas con su actividad, por lo que esa estructura es meramente instrumental al contrato que le sirve de génesis.

Su funcionamiento, por ende, no puede apartarse de la “causa-fin” de tal contrato, de lo que se deriva que el principio mayoritario sobre el cual se diseña, tiene un límite: ninguna mayoría, por más elevada que fuera, podría válidamente postergar el interés social implícito en la finalidad común -de la que surge el llamado “interés social”- en la que tal causa consiste.

Por esa vía se garantiza, así, el ejercicio de los derechos de la minoría, forzando a la mayoría a funcionar con apego al interés social, *que aparece así como una noción que homogeneiza los derechos de todos los socios*, pues muestra que todos esos derechos, sin importar su cuantía, derivan de un mismo contrato tipificado por la comunidad de su fin¹.

Ensamblando las dos nociones -el poder de la mayoría y sus límites-, los arts. 243 y 244 LGS disponen que la asamblea toma sus decisiones “... *por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión...*”, lo cual importa una implícita remisión a las normas que, en ciertos casos, imponen al accionista la obligación de abstenerse de votar (arts. 241 y 248 LGS).

Ese es el esquema de la ley: las decisiones se toman por quienes tienen los votos suficientes para prevalecer en las asambleas; pero, a fin de asegurar la vigencia del interés social que esa mayoría debe interpretar, el legislador complementa el sistema con la obligación de los nombrados de abstenerse de votar en ciertos casos, esto es, cuando tengan un interés contrario, que a veces es presumido por la misma ley (art. 241) y otras debe ser probado (art. 248).

En esos casos, a diferencia de lo que ocurre con la abstención “voluntaria”, la que se produce en cumplimiento de la ley no funciona como voto “negativo”, sino que obsta al mismo cómputo de los votos respectivos, por lo que se produce una **alteración en la base para el cómputo de la mayoría**.

¹ MANÓVIL, Rafael M., El control económico externo, fenómeno ajeno al derecho societario y concursal: crítica a un obiter dictum en una extensión de quiebra y reflexiones sobre el interés social, La Ley, Sup. CyQ 2004 (noviembre), 02/11/2004, 28.

2. En ese contexto, antes de continuar, tenemos que delinear qué es lo que no vale hacer con el voto.

Está claro que no vale votar con interés contrario, pues así lo dice el art. 248, que considera incurso en esa situación al accionista “...que en una operación determinada...” tiene tal contradicción.

¿Y si no hay ninguna “operación determinada” pero el accionista decide votar en un sentido dañino para el interés social? Es decir: ¿sería correcto afirmar que el único supuesto en el que el accionista tiene obligación de respetar el interés social y abstenerse de dañarlo es el previsto en el art. 248?

La respuesta inequívoca, nos parece, es negativa; y así lo demuestran los repertorios jurisprudenciales, que dan larga cuenta de decisiones asamblearias que se han considerado nulas por abuso de poder configurado, precisamente, por haberse violado en ellas el aludido interés social, que se convierte así, al decir de Anaya, **en el dato sobre el cual se construye el poder en las sociedades**².

Esa construcción, nadie lo duda, sirve para anular decisiones positivas, es decir, decisiones tomadas por la asamblea **a favor** de un determinado punto del orden del día, como, por ejemplo, cuando ella decide aumentar abusivamente el capital a fin de licuar la participación de los socios minoritarios, o cuando, en el seno de esa asamblea, el controlante desvía el interés social en su propio beneficio tomando decisiones que dañan a la controlada.

En cambio, no tan trabajado se encuentra entre nosotros qué es lo que pasa cuando el voto indebidamente pronunciado **impide las decisiones de la asamblea**.

Esto suele verse cuando esas decisiones no pueden ser alcanzadas a causa del empate entre los socios enfrentados, supuesto en el cual la sociedad termina sin poder funcionar pues ni siquiera puede lograr la aprobación de sus estados contables, por perfectos que se encuentren.

Y puede plantearse en otros variados casos, como, por ejemplo, si la mayoría decidiera votar en contra de un aumento de capital indispensable para la subsistencia de la sociedad o para cubrir su responsabilidad frente a terceros, haciendo prevalecer su propio desinterés en suscribir las nuevas acciones por sobre el interés social que en grado de evidencia exigiera ese incremento.

¿Estas situaciones no tienen solución?

A nuestro juicio, esa solución surge de las reglas del sistema que acabamos de mencionar, que protegen el “interés social”; a las que se agregan las que surgen del art. 54 de la misma ley, que, en sus tres párrafos -con matices en los que no podemos ingresar ahora- conducen a lo mismo: está vedado dañar a la sociedad, para lo cual, como es claro, esa actuación dañina no puede encubrirse bajo las formas societarias.

El poder para bloquear una decisión asamblearia no puede ser ejercido, entonces, en desmedro de esas reglas; pues, si se aceptara que solo pueden ser impugnadas las decisiones que aprueban un punto del orden del día y no las que lo rechazan, se estaría propiciando que solo quienes integran la mayoría que así se expresa se encuentran obligados a respetar la ley.

La sociedad y los demás accionistas no comprendidos en esa situación -que incluso podrían

2 ANAYA, Jaime L., “Consistencia del interés social”, en AAVV Anomalías Societarias – Homenaje a Héctor Cámara, Córdoba, 1992.

representar la mayoría (como ocurre cuando se trata de decisiones que requieren mayorías agravadas que no se obtienen)- quedarían indefensos en los demás casos, pues no tendrían ningún remedio a su alcance para hacer prevalecer el “interés social” -o, en su caso, el “interés de la sociedad”- que es el dato en función del cual la ley crea el mecanismo para la solución de estos conflictos.

3. Es verdad que, a diferencia de lo que ocurre cuando la mayoría se pronuncia en sentido positivo, podría sostenerse que aquí falta una decisión susceptible de ser impugnada. Pero esto es equivocado, pues la decisión -v. gr. la de no aprobar estados contables perfectos- habrá sido tomada, solo que en sentido negativo, lo cual, de suyo, no descarta su invalidez, que no depende del sentido -aprobatorio o impeditivo- de una decisión, sino de determinar si hubo o no abuso, para lo cual es indiferente si ese abuso lo cometió un accionista con “poder de bloquear una decisión afirmativa”, o un mayoritario que usó sus votos para una decisión positiva, pues, en cualquiera de los dos casos estaremos ante decisiones que no podrán considerarse obligatorias, por no haber sido tomadas “...conforme con la ley y el estatuto...” (art. 233).

4. La nulidad de los votos “negativos” acarrea la nulidad de la decisión asamblearia respectiva en los términos del art. 251 LGS, por lo que es esta la acción que debe ser ejercida. Por aplicación de lo dispuesto en el art. 248, esos votos deben ser excluidos de la base del cómputo, que es lo que, a nuestro juicio, el juez deberá hacer ex post facto en todos estos casos **para determinar si, en su caso, cobra vigencia la decisión impedida.**

Ese art. 248 es aplicable porque, si bien se ocupa de una específica desviación del interés social, sienta una regla que debe considerarse de aplicación analógica a todas las hipótesis en las que se plantee *lo mismo*, esto es, la antítesis entre el voto emitido y el interés social que se busca preservar.

La norma contempla, es verdad, votos dirimientes para alcanzar una decisión positiva, pero, por las razones que hemos visto, la solución no puede ser diversa cuando los votos abusivos han sido, en cambio, dirimientes para rechazarla, dado que lo que está prohibido es hacer prevalecer intereses propios o ajenos en desmedro del interés social, lo cual puede suceder tanto cuando se vota a favor, como cuando se vota en contra de una moción.

En ese marco, compartimos la posición según la cual, comprobada la situación, el juez con su sentencia debe sustituir ese voto renuente y otorgar validez a la decisión asamblearia a la que indebida y abusivamente se hubieran opuesto los titulares de esos votos desviados³. Esa sustitución fue rechazada en algún caso aislado; pero, según nuestro ver, no hay fundamentos dogmáticos que justifiquen tal rechazo, ni, menos aún, fundamentos prácticos. No los hay dogmáticos porque esto no significa aceptar que será el juez, en vez del órgano, quien exprese la voluntad social, sino admitir que será el magistrado el encargado de interpretar cómo ese órgano se ha expresado.

Esa conclusión, por lo demás, es especialmente valiosa en los casos de empate y de abuso de la minoría que no presta sus votos para alcanzar una decisión que requiere mayoría agravada –como se plantea Alegría–, pues esos supuestos muestran que de nada valdría lo actuado en el juicio, si, tras haberse declarado en la sentencia la invalidez de los votos

³ ALEGRÍA, Héctor, El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas, RDPC, n° 16, pág. 319 y sgtes., Rubinzal Culzoni Editores.

pronunciados, la asamblea tuviera que volver a pronunciarse en términos que, como vale presumir, todo volvería a reeditarse.

No hay tampoco fundamentos prácticos, dado que, siempre acotándonos a supuestos en los que el acto asambleario no haya tenido ningún vicio formal, la necesidad de que la asamblea se vuelva a reunir, solo importaría dar ocasión a nuevos conflictos y postergar la expresión de una voluntad que ya ha debido soportar la demora inherente a todo juicio.

EL ART. 255 DE LA LGS INTERPRETADO A LA LUZ DEL ART. 263 DE LA MISMA LEY

Julia Villanueva

PONENCIA

Cuando el art. 255 LGS admite que el directorio se integre con uno o más miembros, solo regula la licitud genérica de ese proceder, pero no descarta que sea obligatorio integrarlo por lo menos con tres directores cuando lo contrario conduzca a vulnerar el derecho de voto acumulativo (art. 263), cuyo ejercicio *depende* de esa decisión.

1. El art. 263 LGS dispone que la minoría puede usar el derecho de voto acumulativo para cubrir hasta un tercio de las vacantes del directorio, de lo que se deriva que, a esos efectos, esas vacantes tienen, por lo menos, que ser tres.

La vinculación entre el número de directores por designar y el efectivo ejercicio de ese derecho es tal, que uno de esos extremos (número), condiciona la existencia del otro (ejercicio del derecho).

Ese derecho de la minoría depende, por ende, de una decisión de la mayoría, que fije –aplicando al efecto el sistema común porque para esto no rige el voto acumulativo– un número de directores que sea divisible por tres.

Porque esto es así, el legislador limitó la discrecionalidad de la asamblea, como se infiere de dos inequívocas normas que tienden, precisamente, a impedir que tal derecho sea anulado en los hechos.

La primera de esas normas establece que *“...El estatuto no puede [menos puede aún la asamblea] derogar este derecho, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio...”*.

Y la segunda hace lo propio diciendo: *“...el directorio no podrá renovarse en forma parcial y escalonada si de tal manera se impide el ejercicio del voto acumulativo...”*.

En ambas normas subyace la preocupación legal de evitar que se concrete ese riesgo susceptible de frustrar tal derecho, cuya consagración normativa no serviría de nada si esas prevenciones no fueran así interpretadas.

Eco del temperamento que surge de esos textos es la jurisprudencia que ha tratado el tema, de la que resulta que, en forma pacífica, nuestros jueces han considerado ilegales las prácticas societarias que exhiban maniobras de la mayoría para anular ese derecho por tal vía, dejando en claro que, si el accionista lo venía ejercitando en asambleas previas, no es lícito “reducir” el número de directores que se venía designando¹.

La mayoría de los fallos que se han ocupado del tema confrontan, así, lo decidido en la asamblea impugnada con lo que venía sucediendo antes de ella, llegando a la conclusión de que no es válido alterar el temperamento que se venía aceptando.

2. A nuestro juicio, al menos en principio, la regla debe ir más allá, pues la asamblea no solo no puede “reducir” ese número, sino que, recibida la notificación prevista en el citado

¹ Ver lo decidido por la CNCom, Sala A, in re “Cerámica Milano” del 21.06.74, (LL, t. 1975-A, p. 149), que estableció la doctrina referida en el texto, seguida en forma uniforme en otros fallos de esa Cámara.

art. 263, está obligada a fijarlo en uno que permita el ejercicio del derecho de marras, aun cuando nunca antes hubiera sido ejercido.

La referida norma establece en términos imperativos el procedimiento a seguir tras la recepción de esa notificación, ordenando que, tras ello, la sociedad "...procederá..." de la forma allí prevista.

De ese procedimiento resulta, en lo que aquí interesa, que dicha notificación es la única condición requerida y que, cumplida ella "*...aunque sea por un solo accionista, todos quedan habilitados para votar por este sistema...*" (sic).

Como es obvio, la sociedad debe cumplir esa "orden" –esto es, la de habilitar el voto acumulativo- lo cual demuestra que la decisión de establecer ese número en uno menor no puede ser arbitraria o irrazonable (arg. art. 270 LGS), sino fundada en razones claras y objetivas de las que pueda extraerse cuál ha sido el "interés social" en cuya protección se ha actuado.

Si no hay interés social que justifique ese proceder, existan o no antecedentes de ejercicio del voto acumulativo, la sociedad debe considerarse obligada a permitirlo, lo cual es tanto como afirmar que también obligada estará a cumplir con el presupuesto fáctico necesario al efecto, cual es el de conformar su directorio con aquel mínimo.

Una interpretación contraria conduciría a un resultado absurdo, cual es el de sostener que, tras haber conformado el directorio en un número menor –por razones eventualmente históricas, vinculadas con una armonía societaria después desaparecida-, la mayoría adquiere el derecho a seguir integrando el órgano en ese número para siempre, frustrando en forma definitiva ese derecho tan importante reconocido por la ley a la minoría.

3. Que la ley autorice a que el directorio se componga por un menor número (art. 255) no altera lo expuesto: se trata de una autorización legal cuyos alcances no son ilimitados, sino que, por el contrario, tiene los límites implícitos pero inequívocos que surgen de la misma ley².

Adviértase que, tras establecer aquella autorización (la del art. 255), el legislador impuso sobre la sociedad una obligación: la de no derogar ni dificultar el ejercicio del derecho de voto acumulativo, prevención que no puede sino ser leída en el sentido de que la mayoría no puede acudir a ese simple arbitrio –el de fijar de aquel modo el número de directores- para impedir ese ejercicio.

El citado art. 255 no puede, en consecuencia, ser destinatario de una interpretación que prescinda de las demás normas que, en palabras de la Corte, integran el mismo sistema dentro del cual él se halla inserto.

En sentido parecido es interpretada la "permisión" contenida en el art. 202 de esa ley, que no ha impedido a la doctrina mayoritaria sostener que, aunque allí solo se establece que la asamblea "puede" emitir con prima, la obligatoriedad de esa prima debe considerarse impuesta, en algunos casos, por razones derivadas de la coherencia del sistema³.

En esa línea vale sostener que, cuando el art. 255 admite que el directorio esté integrado por uno o más miembros, sólo regula la licitud genérica de ese proceder, pero no descarta que sea obligatorio integrarlo con tres –o con el número que sea- cuando lo contrario conduzca a

² Ver, en el mismo sentido, Zaldívar-Manovil-Ragazzi-Rovira, Cuadernos de derecho societario, T. III, p. 455, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires).

³ Ver, entre otros, Butty, Enrique M., Aumento de capital y prima de emisión, ponencia en las Quintas Jornadas de Institutos de Derecho Comercial; Isaac Halperín, Sociedades anónimas. Examen crítico del decreto-ley 19.550, págs. 642/643; Manóvil, Rafael Mariano, El derecho de suscripción preferente del accionista: revalorización de sus fundamentos, ED, T. 164, p. 977.

vulnerar otros derechos que la ley también reconoce y cuyo ejercicio depende de esa decisión. La permisión –nombrar uno o más directores- contenida en esa norma, por ende, no implica consagrar una facultad siempre discrecional de la asamblea, sino subrayar la legitimidad de tal posibilidad, que cederá cuando la necesidad de un directorio con cierta cantidad de miembros sea el único temperamento posible para preservar esos otros derechos inequívocos (en ese sentido, interpretando el art. 202, ver CNCom., Sala B, “Lurie, Jorge A. c. Poniemán Hnos. S.A. s/sumario” del 19-5-97).

4. Esa conclusión se impone, por lo demás, a la luz de lo dispuesto en el art. 262 de la misma ley, que, podríamos decir, es “la restante norma” que regula la cuestión.

De ella resulta que el estatuto puede prever el derecho de cada clase de acciones a elegir uno o más directores, supuesto en el cual, claro está, mal podría sostenerse que sigue vigente la viabilidad de establecer un directorio unipersonal.

El sistema se integra, en ese marco, con esas tres normas que, previstas en los arts. 255, 262 y 263, se encuentran intrínsecamente relacionadas y así deben ser interpretadas.

La primera de esas normas se ocupa del *número posible* de integrantes del directorio, consagrandó libertad; mientras que las otras dos regulan los *modos de elección* de esos miembros, estableciendo al efecto ciertas reglas de las que derivan límites para esa libertad.

Si ese es el sistema, forzoso es concluir que el análisis no puede partir del art. 255 para decir que él consagra esa libertad de la asamblea en términos que arrasan con las normas que le sean opuestas, sino al revés, esto es, que ese art. 255 consagra una libertad que sólo es tal en tanto no enfrente los límites resultan de esas otras dos normas, frente a las cuales la discrecionalidad absoluta es incompatible.

En ese marco, sostener que, ante un texto tan contundente como el del art. 263, el accionista que no haya ejercido ese derecho *lo pierde para el futuro*, es una conclusión inadmisibles. Desoye, primero, que estamos ante un derecho, no ante una obligación, por lo que, a falta de disposición legal que diga lo contrario, su falta de ejercicio no puede considerarse apta para producir ninguna pérdida.

Desatiende, además, que los derechos de esa índole sólo se pierden frente a la concreta asamblea en la que se dejan de ejercer, lo cual no es sino consecuencia de que surgen de normas imperativas, esto es, de normas que tienen como significado tornarlos indisponibles de antemano o hacia el futuro.

Por lo demás, la solución contraria se aparta de la realidad a regular, signada por los cambios que suelen experimentar las relaciones entre los socios, que exhiben muy a menudo la pérdida de la confianza y de la armonía que inicialmente entre ellos existía, con la consecuente generación de conflictos que otorgan actualidad al interés del accionista en participar del directorio, que antes no tenía.

LA NECESARIA SUBJETIVIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA PODER ACCEDER A LA INTEGRACIÓN DE ÓRGANOS SOCIETARIOS

Daniel Roque Vítolo

SUMARIO

La posibilidad de que Inteligencias Artificiales puedan incorporarse a los órganos societarios requiere que las mismas sean previamente subjetivadas —dotadas del carácter de “sujetos de derecho”— dentro del Sistema Jurídico General.

PONENCIA

1. A modo de introducción

Uno de los conceptos y elementos que ha irrumpido en este tiempo de posmodernidad, es el de “Inteligencia Artificial”.¹ La inteligencia artificial (IA) está transformando nuestra forma de vivir, aprender y trabajar.² Hasta hace poco, la (IA) solía ser un concepto fantasioso, más asociado a la ciencia ficción que a otra cosa. Sin embargo, impulsada por los avances sin precedentes de las sofisticadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), la (IA) es hoy sinónimo del progreso tecnológico ya alcanzado y del que está por venir en todas las esferas de nuestra vida. Teniendo en cuenta que el aprendizaje automático (ML) y la (IA) son aptos para alcanzar niveles imprevistos de precisión y eficiencia, la combinación de la expansión de las capacidades impulsadas por las (TIC) e identificables en nuestros sistemas socioeconómicos, junto con las crecientes expectativas de los consumidores con respecto a la tecnología y su valor añadido para nuestras sociedades, requiere una investigación multidisciplinar y una agenda específica.³

La Inteligencia Artificial (IA) es un concepto y una realidad⁴ que se lleva muy bien con los sistemas complejos —entre los cuales se encuentra el sistema societario—; pues es la combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que presenten las mismas capacidades cognitivas que el ser humano. Una tecnología que todavía parece resultarnos lejana y misteriosa, pero que sin embargo desde hace varios años está presente en nuestra cotidianidad y a todas horas.

La Inteligencia Artificial (IA) está presente en la detección facial de los teléfonos celulares,

1 Véase KAVANAGH, Camino. “Artificial Intelligence.” *New Tech, New Threats, and New Governance Challenges: An Opportunity to Craft Smarter Responses?* Carnegie Endowment for International Peace, 2019.

2 Véase CHARRE, Paul, Michael C. HOROWITZ, and Robert O. WORK. “What Is Artificial Intelligence?” *Artificial Intelligence: What Every Policymaker Needs to Know*. Center for a New American Security, 2018.

3 Véase SARIRETE, Akila; BRAHIMI, Tayeb; VISVIZI, Anna; VALFAGIH, Zain y LYTRAS, Miltiadis, *Artificial Intelligence and machine learning research: towards digital transformation at a global scale*, *Journal Ambient Intelligence and Humanized Computing*, Vol. 13, julio de 2022.

4 Teniendo en cuenta el alcance de las novedades que la IA aporta a la política, la economía y, sobre todo, a la vida cotidiana, es imperativo que se discuta desde el mayor número de perspectivas posible. Es importante que se discuta en detalle y que el debate sobre la IA sea accesible a una variedad de interesados. Véase VISVIZI, Anna y BODZIANY, Marek, *Artificial Intelligence and its context: An introduction*, *Advanced Sciences and Technologies for Security Applications*, 2021.

en los asistentes virtuales de voz como Siri de Apple,⁵ Alexa de Amazon⁶ o Cortana de Microsoft,⁷ y está integrada a nuestra vida diaria a través de robots o aplicaciones para dispositivos móviles, tales como *Lyli*, un personal shopper en versión digital;⁸ *Parla* una aplicación concebida como ayuda para el aprendizaje de idiomas⁹ similar a *Duolingo*;¹⁰ *Ems* diseñada para la tarea de encontrar nuevo lugar donde vivir o para desarrollar una actividad;¹¹ *Gyant*, un asistente virtual de Facebook que emite diagnósticos médicos;¹² o los conocidos y famosos *Waze*¹³ y *Google Maps*¹⁴ que nos guían en los caminos. El objetivo de todas estas aplicaciones de Inteligencia Artificial (IA) es hacer más fácil la vida de las personas. Los avances en Inteligencia Artificial (IA) ya están impulsando el uso del *big data*,¹⁵ debido a su habilidad para procesar ingentes cantidades de datos y proporcionar ventajas comunicacionales, comerciales y empresariales¹⁶ que la han llevado a posicionarse como la

5 Siri es una inteligencia artificial con funciones de asistente personal a veces con su propia personalidad para iOS, macOS, tvOS y watchOS. Esta aplicación utiliza procesamiento del lenguaje natural para responder preguntas, hacer recomendaciones y realizar acciones mediante la delegación de solicitudes hacia un conjunto de servicios web.

6 Alexa es un asistente virtual desarrollado por Amazon que puede controlar varios dispositivos inteligentes que sean compatibles con este sistema, como artefactos de iluminación, intercomunicadores, cámaras de seguridad e interruptores inteligentes —entre otros—.

7 Cortana es un asistente virtual creado por Microsoft para Windows 10, Windows 10 Mobile, Windows Phone 8.1.1 altavoz inteligente Invoke, Microsoft Band, Xbox One,²³ Windows Mixed Reality, y Amazon Alexa. Cortana puede establecer recordatorios, reconocer voz natural sin la necesidad de ingresar el teclado y responder preguntas utilizando información del motor de búsqueda de Bing.

8 Del mismo modo, la inteligencia artificial puede ayudar a diseñadores a aprovechar el conocimiento basado en el análisis de miles de imágenes y videos para realizar sus diseños. De hecho, debido al gran potencial de esta tecnología aplicada al proceso creativo, IBM, Tommy Hilfiger y el Instituto Tecnológico de la Moda (FIT) Infor Design y Tech Lab anunciaron tiempo atrás que colaborarían en un proyecto destinado a promover, precisamente, la IA en dicho proceso. Fruto de esta unión de fuerzas, los estudiantes del FIT tuvieron acceso a las herramientas de inteligencia artificial que generaron nuevos patrones, diseños y colores de tendencia basados en el análisis de más de 15.000 imágenes de productos de Tommy Hilfiger, unas 600.000 imágenes de pasarela y casi 100.000 patrones.

9 Al tratarse de un sistema de Inteligencia Artificial (IA) IA, *Parla* hace a las veces de un profesor particular que se adaptará al ritmo de cada estudiante, personalizando la enseñanza con base en diversos elementos que le permiten crear un programa de aprendizaje. Los creadores de *Parla* han advertido que la Inteligencia Artificial (IA) será el reemplazo de los profesores humanos y cambiará la manera de aprender de las personas, convirtiendo el proceso educativo en algo más eficiente y económico.

10 Otra aplicación para aprender idiomas desde dispositivos móviles.

11 La aplicación móvil de EMS permite a los usuarios programar de forma cotidiana, segura y sencilla reuniones, salas, espacios de aprendizaje y espacios de trabajo con sus dispositivos móviles. Esta aplicación es exclusivamente para los clientes de EMS Software, uno de los proveedores líderes de programación de salas y recursos. Con la aplicación móvil de EMS, puede acceder a EMS desde cualquier lugar, permitiéndole al usuario crear, ver, cambiar o cancelar reservas existentes; buscar espacios basados en su geolocalización; registrarse en una reserva; ver la disponibilidad de los asistentes e invitarlos a unirse a su reunión; finalizar anticipadamente una reserva en curso; la posibilidad de pasar o escanear un código QR para reservar o registrarse en una sala o espacio de trabajo.

12 *Gyant* es una aplicación basada en Inteligencia Artificial (IA) en la cual un asistente virtual permite a los pacientes navegar por sí mismos, conectándose con ellos dondequiera que prefieran participar, ya sea en el escritorio, en el móvil o a través de su portal de pacientes. Según los operadores de la aplicación, al crear un único punto de entrada para todos los recorridos digitales de los pacientes en todas las plataformas, estos pueden recibir la atención médica adecuada en el momento adecuado, lo que reduce los gastos generales y ayuda a los cuidadores a ejercer su profesión al máximo nivel.

13 *Waze* es una aplicación social de tránsito automotor en tiempo real y navegación asistida por GPS desarrollada por Waze Mobile.

14 *Google Maps* es un servidor de aplicaciones de mapas en la web que pertenece a Alphabet Inc. y que ofrece imágenes de mapas desplazables, así como fotografías por satélite del mundo e incluso la ruta entre diferentes ubicaciones o imágenes a pie de calle con *Google Street View*, condiciones de tráfico en tiempo real (*Google Traffic*) y un calculador de rutas a pie, en coche, bicicleta (beta) y transporte público, y un navegador GPS, *Google Maps Go*.

15 El término "big data" se refiere a los datos que son tan grandes, rápidos o complejos que es difícil o imposible procesarlos con los métodos tradicionales. El acto de acceder y almacenar grandes cantidades de información para la analítica ha existido desde hace mucho tiempo. Pero el concepto de big data cobró impulso a principios de la década de 2000 cuando el analista de la industria, Douglas Laney, articuló la definición actual de grandes datos —big data— como las tres V: volumen, velocidad y variedad. Douglas Laney es profesor adjunto clínico adjunto de contabilidad en la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Se unió a Illinois en 2018 e imparte cursos de infonomía e introducción ejecutiva a la analítica empresarial, que también están disponibles en línea a través de Coursera. Obtuvo una licenciatura en artes liberales y ciencias de la Universidad de Illinois en 1986. Laney también es becario de innovación en estrategia de datos y análisis en West Monroe Partners, donde asesora a líderes empresariales, de datos y analíticos sobre la obtención de nuevos flujos de valor a partir de sus datos. activos. El originó el campo de la infonomía y fue autor del libro más vendido, "Infonomics: Cómo monetizar, administrar y medir la información como un activo para una ventaja competitiva". Anteriormente, fue un analista distinguido del grupo asesor y de investigación del director de datos de Gartner, y ha recibido tres premios anuales de liderazgo intelectual de Gartner. Laney también escribe para Forbes y otras revistas de negocios y tecnología. Para una primera aproximación e información sobre "Big Data" puede verse SOSA ESCUDERO, Walter, *Big data*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2019.

16 Los expertos en ciencias de la computación Stuart Johnatan Russell —nacido en Portsmouth Inglaterra y formado en Oxford y en Stanford— y Peter Norvig científico americano formado en la Universidad de Berkeley, en un libro maravilloso que se titula "Inteligencia

tecnología esencial¹⁷ de las próximas décadas.¹⁸

Hoy es común advertir que se plantea la posibilidad de aplicar —y en ciertos países de hecho se aplica— la Inteligencia Artificial (IA) dentro del sistema de administración de justicia,¹⁹ y hasta en la predicción de los resultados de una controversia judicial.²⁰

En lo que hace al mundo de la economía, las finanzas y las empresas, la información empresarial cargada respecto de activos, flujos desempeño comercial y financiero, costos, precios y otros,²¹ la Inteligencia Artificial (IA) en unos pocos minutos puede evaluar la situación tomando como referencia la información disponible en la nube y en diversas plataformas²² sobre mercados, tendencias, costos, flujos, normas gubernamentales y productividad.²³

En segundos un algoritmo puede resolver el cumplimiento de los requisitos para acceder a procesos judiciales específicos; en minutos puede —también— programar el calendario y la agenda del propio proceso.

Artificial, un enfoque o acercamiento moderno —approach— Edición Global", diferenciando varios tipos de Inteligencia Artificial (IA) calificándolos como diversos "sistemas": i) Sistemas que piensan como humanos, que son los que automatizan actividades como la toma de decisiones, la resolución de problemas y el aprendizaje. Un ejemplo son las redes neuronales artificiales. Cerebros digitales artificiales. ii) Sistemas que actúan como humanos. Se trata de computadoras que realizan tareas de forma similar a como lo hacen las personas. Es el caso de los robots. iii) Sistemas que piensan racionalmente, y que intentan emular el pensamiento lógico racional de los humanos, es decir, se investiga cómo lograr que las máquinas puedan percibir, razonar y actuar en consecuencia. Los sistemas expertos se engloban en este grupo. Equipos de diagnóstico médico, y iv) Sistemas que actúan racionalmente idealmente, son aquellos que tratan de imitar de manera racional el comportamiento humano, como los agentes inteligentes. En muchos textos se define agente inteligente como todo agente capaz de tener conciencia de su entorno y actuar sobre él. No obstante es necesario exigir que estas decisiones sean racionales en el sentido de que persigan algún fin. Véase RUSSELL, Johnatan y NORVIG, Peter, *Inteligencia Artificial, un enfoque o acercamiento moderno*, Pearson Educación, Prentice Hall, Madrid, 2004.

17 Véase CUKIER, Kenneth y MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor, *Las revoluciones de los datos masivos*, Turner publicaciones, Madrid, 2013.

18 Hubo una interesante muestra de Inteligencia Artificial (IA) en Europa, recientemente, que tuvo un resultado que sorprendió a muchos. Consultados acerca de si preferirían que sus diputados sean reemplazados por algoritmos, la mitad de los ciudadanos europeos entrevistados contestó que sí, que estaban de acuerdo con que esa actividad sea realizada por inteligencia artificial. Y el porcentaje crecía al 60% en la franja de personas contactadas de entre 25 y 34 años.

19 Véase OLIVEIRA MOYANO, Ricardo T., *Decisiones generadas por Inteligencia Artificial para la resolución de conflictos y Estado de Derecho, en Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, EIDial.com. Fiadi, Albremática, Buenos Aires, 2020.

20 Véase GRANERO, Horacio R., en *Inteligencia artificial y justicia predictiva. ¿Puede la Inteligencia Artificial determinar si tengo razón en un juicio?*, *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, EIDial.com. Fiadi, Albremática, Buenos Aires, 2020.

21 La industria 4.0, la cuarta revolución industrial, la digitalización de la economía y la gestión digital son precisamente las nuevas realidades de la gestión que están cambiando rápidamente la producción social y la vida de la sociedad en general. Muchos investigadores hablan de un ritmo de cambio sin precedentes. Pero para poder aprovechar el progreso, se necesita un entorno flexible y preparado para las constantes actualizaciones. Para ello, los principales componentes de dicho entorno deben ser la infraestructura tecnológica innovadora y la disposición psicológica de la sociedad contemporánea, las empresas y el Estado para dominar las tecnologías avanzadas y utilizarlas en sus actividades. Véase GLINKINA, Olga Vladimirovna; GANUINA, Svetlana Aleksandrovna, MASLENIJKOVA, Anna Viktorovna, SOLOSTINA, Tatyanna Anatolevna y VIKTOROVNA SOLOVEVA, Marina, *Digital changes in the economy: Advanced opportunities for digital innovation*, *International Journal of Management*, vol 11, 2020.

22 Un reciente estudio en China ha señalado el desarrollo de la tecnología de red y el advenimiento de la era de los datos y la información, y la administración de empresas frente a la diversificación moderna cada vez más compleja de los sujetos del mercado y el orden del mercado en sí mismo. Hoy en día, con el rápido desarrollo de la economía de Internet, el modo de administración de negocios se estudia en base a la tecnología de big data. El modo de trabajo y el modo de administrar los negocios se analizan —principalmente— a través de las estadísticas de datos y la investigación. Véase ZHANG, Linqian, *innovation of Businessm Management. Model based on Big Data*, *Journal of Physics, Conference series*, 13/4/2021.

23 A sólo título ejemplificativo puede verse PILIPCZUK, Olga, *Transformation of the business process manager profession in Poland: The impact of digital technologies, Sustainability, Switzerland*, Vol 13, 2/12/2021, donde el autor señala y describe el creciente papel de las tecnologías emergentes, como el big data, la Internet de las cosas, la inteligencia artificial (IA), las tecnologías cognitivas, la computación en la nube y las tecnologías móviles, como algo esencial para el desarrollo sostenible de la profesión de administrador de empresas. Sin embargo, estas tecnologías podrían implicar nuevos retos en los mercados laborales. La era de la gestión inteligente de procesos de negocio (BPM) ha comenzado, pero ¿cómo se ve en los mercados laborales reales? Este artículo examina la hipótesis de que la transformación de la profesión de administrador de empresas ha sido causada por ciertos determinantes que implican la necesidad de una mejora en las habilidades de BPM. La principal contribución es un modelo de las dimensiones del impacto de las tecnologías digitales en la gestión de los procesos empresariales complementado con las competencias que influyen en la profesión de administrador de empresas. El artículo llena —en cierto modo— el vacío existente en la investigación sobre las perspectivas del impacto de las tecnologías digitales en la gestión de procesos empresariales, considerando tanto un análisis de la literatura como una investigación del mercado laboral.

2. Inteligencia artificial y empresa

Las tres grandes áreas de la (IA) para empresas son (i) el *razonamiento*, (ii) el *entendimiento* y (iii) la *interacción*. El razonamiento se utiliza en aplicaciones para extraer información relevante de los datos.; el entendimiento se aplica a la interpretación de los datos que sirve, por ejemplo, para el reconocimiento facial de un usuario utilizando su fotografía almacenada en la nube,²⁴ y el aprendizaje automático es la rama de la IA que se encarga de estudiar la forma en la que las máquinas aprenden para así desarrollar las aplicaciones necesarias para ello. Con la interacción se logra cambiar la forma en la que un usuario se relaciona con un dispositivo.²⁵

Adicionalmente, podemos señalar que estas aplicaciones de la (IA), que ya son una realidad en empresas de servicios, señalan un camino de posibilidades que se añade a las ya conocidas en el entorno industrial. Pero a partir de ahí se abre todo un abanico de opciones estrechamente relacionadas. El desarrollo de las nuevas tecnologías —por ejemplo— se hace palpable en los nuevos dispositivos, como los altavoces inteligentes, que ya han abierto un nuevo mercado liderado por Apple y Google. Estos dispositivos y todos los que conforman el concepto del “Internet de las Cosas” pueden servir como enlaces entre empresas y clientes, creando nuevas interacciones y modelos de negocio, además de mejorar la atención al cliente. Como se puede ver, el futuro se cuele en el ámbito de las empresas de todos los tamaños y sectores. La (IA) no es ciencia ficción; las máquinas ya pueden pensar y tomar decisiones. Su implementación puede no ser fácil, pero sí prometedora.

La inteligencia artificial se puede utilizar en multitud de procesos dentro de las empresas, algunos de los usos más habituales —según indican los especialistas— son los (i) asistentes virtuales que pueden utilizarse para agendar reuniones, organizar tareas o hacer un seguimiento de las actividades de un proceso o de trabajadores, o equipos de ellos; (ii) chatbots que cada vez son más comunes para resolver problemas o dudas de los clientes, y que suponen un ahorro y una mayor rapidez en la resolución de problema, lo que aporta una mejor atención al cliente y la satisfacción del mismo; (iii) los denominados “análisis de los cuellos de botella”, cuando en un proceso de una empresa se produce un “atascamiento” y donde la (IA) puede analizar dónde se produce y por qué, y de esta forma se soluciona y desaparece; (iv) la toma de decisiones, supuestos en que la (IA) puede analizar datos y sacar conclusiones de manera muy rápida por lo que, si se combina con la tecnología RPA,²⁶ puede facilitar los procesos de toma de decisiones y hacer que las decisiones que se tomen se basen en información clara, ordenada y actualizada; (v) optimización de logística, en las empresas de transporte —por ejemplo— donde se utiliza la inteligencia artificial para planificar las rutas y ahorrar tiempo en los desplazamientos, haciendo más eficiente la atención al cliente; (vi) en la fabricación de productos —uno de los sectores donde más se utiliza la inteligencia artificial— en la medida en que la fabricación de productos se puede acelerar mucho cuando la (IA) se ocupa de hacer tareas rutinarias y repetitivas; y (vii) hasta

²⁴ Esto ya lo está aplicando la multinacional Uber.

²⁵ .Por ejemplo, en lugar de usar un teclado, se hace mediante la voz o los gestos.; también esto se ha puesto en práctica con éxito en la compañía de transportes UPS, facilitando así el trabajo de sus operadores.

²⁶ La RPA (Automatización Robótica de Procesos) es una tecnología de software fácil de usar para todo aquel que quiera automatizar tareas digitales. Con la RPA, los usuarios de software pueden crear robots de software o “bots” que pueden aprender, imitar y luego ejecutar procesos empresariales basados en reglas. La RPA permite a los usuarios crear bots mediante la observación de las acciones digitales de los humanos. Así, se muestra a los bots qué hacer, luego se los deja hacer su trabajo. Los robots de software de la automatización robótica de procesos pueden interactuar con cualquier aplicación o sistema de la misma forma que lo hacen las personas (con la diferencia de que los bots de RPA pueden operar las 24 horas, sin parar, mucho más rápido y con una fiabilidad y precisión del 100 %).

en lo que hace a la predicción de comportamiento.²⁷

De hecho, se asigna a la (IA) en muchas empresas el área de marketing digital; pues tiene la ventaja que se puede controlar y medir todo, y esto permite hacer un seguimiento exhaustivo de los potenciales clientes y darles en cada momento lo que necesitan para poder cerrar en poco tiempo el proceso de compra; a lo que debe adicionarse el hecho de que por medio de la (IA) hasta se puede conocer comportamientos de pago, ya que se puede analizar si un cliente pagará a tiempo o no, de manera que se le puedan exigir más garantías de pago. Finalmente, el análisis de datos permite a la (IA) ayudar si surge un problema en un área de la empresa —financiera, marketing, ventas, u otras— a detectarlo con rapidez y a proponer y ejecutar acciones oportunas a obtener soluciones sin pérdida de tiempo.

3. La inteligencia artificial en la eficiencia de la administración societaria

Para entender la enorme influencia de la tecnología en los procesos de diagnóstico, análisis y toma de decisiones de una organización,²⁸ es necesario entender el concepto de machine learning, la rama de la inteligencia artificial que estudia la manera en que una computadora puede aprender. Básicamente, se trata de que un sistema que analiza datos para construir automáticamente un modelo analítico. Gracias a estos modelos, la máquina puede predecir el probable resultado de una acción específica, por ejemplo, el éxito de una estrategia o un nuevo producto. A esta funcionalidad se le llama análisis predictivo (predictive analytics).²⁹ La experiencia indica que existe un alto grado de eficiencia en la utilización de estos mecanismos. Estos algoritmos también son utilizados para detectar fraudes, ejecutar programas de compliance, diseñar políticas empresarias, evaluar fusiones entre compañías y analizar riesgos en inversiones; entre otros aspectos.

4. La personificación jurídica como presupuesto necesario para el acceso a la integración de órganos de administración en el ámbito societario

No caben dudas que las referencias a los administradores de sociedades —y a los integrantes de órganos de administración— en la ley 19.550 aluden a “personas”. Ello se desprende de lo dispuesto por los arts. 58, 59, 143, 145, 157, 264, inc. 4°, 264, 270, 318, 319; entre otros.

A su vez, no caben tampoco dudas respecto de que las personas humanas —cumpliendo determinados requisitos— están habilitadas para ser administradores de sociedades; pero se sigue discutiendo en doctrina —aún actualmente— si las personas jurídicas pueden ser administradoras o integrar los órganos de administración de una sociedad.

Es que para integrar los órganos de administración de la sociedades —entonces— se debe contar con personalidad jurídica; dicho de otro modo el administrador o quien integre en órgano de administración de una sociedad, debe ser necesariamente un “sujeto de derecho” —persona humana o, eventualmente, persona jurídica—. Poniéndolo en otras palabras, no se puede ser administrador de una sociedad ni integrar el órgano de administración de la misma sin conformar —por sí mismo— un centro diferenciado de imputación de con-

²⁷ Cuando buscamos algún producto para comprar en Google, por ejemplo, advertimos que después, cuando entramos en otra web, se nos sugieren anuncios de ese producto. La (IA) permite predecir nuestro comportamiento y personalizar los anuncios en base a nuestras búsquedas

²⁸ Véase ANTEBI, Liran. “What Is Artificial Intelligence?” *Artificial Intelligence and National Security in Israel*. Institute for National Security Studies, 2021.

²⁹ Un ejemplo de cómo se aplica esto en la administración estratégica es el caso de Netflix, que procesa una gran cantidad de información a través del análisis predictivo para decidir qué series producir.

ductas y ser susceptible de ser "sujeto de derecho", es decir, poder ser titular de derechos y obligaciones.

Y las Inteligencias Artificiales hasta el momento —al menos en nuestra legislación nacional— no han sido reconocidas ni establecidas como tales³⁰ —lo que las inhabilita para ser administradoras o integrar órganos de administración societarios bajo la ley 19.550.

5. La posibilidad de que una (IA) sea "persona"

¿Puede un robot o una Inteligencia Artificial (IA) ser considerado "persona" por el ordenamiento jurídico?

Pues bien, existe respecto de ello una gran controversia.³¹ Pero lo cierto es que ya existen dos propuestas muy elaboradas de regulación en esta materia como son (i) el caso de el Plan Nacional Estratégico de Investigación y Desarrollo en Inteligencia Artificial, de octubre de 2016, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de los Estados Unidos y (ii) la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Y esta última es muy interesantes en el sentido de que se puede convertir en la primera piedra de una futura "personalidad electrónica", reconocida jurídicamente para la Inteligencia Artificial (IA) Para ello, la propuesta de la (UE) se refiere a la necesidad de dar una definición única de "robot inteligente" (RI) a nivel europeo.³² Una vez definidos, el Parlamento Europeo propone crear un "Registro de Robots Inteligentes", a modo de Registro de Tráfico o de Registro Civil de "personas electrónicas", para tener a los (RI) inscritos e identificados.³³

Sentada esta base, la propuesta europea se lanza a regular los que serán los derechos y obligaciones tanto de los usuarios como, muy especialmente, de los ingenieros, investigadores y diseñadores de robots e inteligencias artificiales. Y ello lo hace, ni más ni menos, que a través de una verdadera "Carta sobre Robótica"³⁴ donde plantea tanto aspectos jurídicos

30 Véase el art. 148 del Código Civil y Comercial de la nación y VÍTOLO, Daniel Roque, Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, Erreius, Buenos Aires, 2016.

31 Véase BARRIO ANDRÉS, Moisés, Hacia una personalidad electrónica para los robots, Revista de Derecho Privado, febrero 2018, donde el autor señala los rasgos jurídicos que caracterizan a los robots y los sistemas de inteligencia artificial, señalando sus propiedades distintivas y disruptivas que se resumen en las notas de corporeidad, impredecibilidad e impacto social, hasta el punto de dar origen a una nueva rama jurídica, el Derecho de los Robots. Por último, se examina la viabilidad de crear una personalidad electrónica para los sistemas robóticos más avanzados.

32 . Aunque la propuesta no llega a dar tal definición, menciona los elementos necesarios para ello que serían los siguientes que, como mínimo, debería tener este ente artificial: (i) capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos; (ii) capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción con su entorno (esto se considera opcional y no necesario en todos los casos); (iii) soporte físico mínimo; (iv) capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno; e (v) inexistencia de vida, al menos en el sentido biológico.

33 La resolución del Parlamento Europeo ya entra en propuestas concretas de las que podemos destacar las siguientes: (i) Reversibilidad y teclas de interrupción de urgencia: La posibilidad de deshacer la última acción o secuencia de acciones de un robot o una IA, que permita al usuario anular las acciones no deseadas o, en caso de emergencia, desconectarlo totalmente. Éste es el famoso "botón rojo" también propuesto por otras entidades y expertos para garantizar que el control último de la inteligencia artificial resida siempre en los humanos; (ii) Privacidad: Los individuos no serán personalmente identificables, salvo en caso de consentimiento explícito del afectado, el cual tiene que recabarse antes de cualquier interacción hombre-máquina; (iii) Transparencia: Las etapas de toma de decisión del robot inteligente deben ser claras y poder ser objeto de reconstrucción y trazabilidad en todo momento; (iv) Seguridad y previsibilidad: La respuesta y ejecución de los robots y de las IA deben realizarse teniendo en cuenta la incertidumbre en la interpretación y en la acción, así como los posibles fallos de los robots o del hombre. La idea es dar un margen de seguridad respecto a la posible falibilidad e imperfecciones de la comunicación humano-máquina; (v) Identificación: El autómatas debe ser identificado como tal al relacionarse con humanos. Es decir, en ningún caso, se podrá diseñar un androide o IA que nos engañe al hacerse pasar por un humano. Debemos tener claro siempre que al otro lado hay una máquina, a la hora de interactuar con ella.

34 Como principios generales de esta regulación, la antedicha Carta plantea ya los siguientes: (i) el Principio de Beneficencia: por el cual, los robots deben actuar siempre en beneficio del hombre; (ii) el Principio de no perjuicio o maleficencia: por el que establece la doctrina de "primero, no hacer daño", en virtud del cual los robots no deberían nunca perjudicar a las personas; (iii) el Principio de Autonomía: la capacidad de tomar una decisión con conocimiento de causa e independiente sobre los términos de interacción con los robots; y (iv) el Principio de Justicia: o la distribución justa de los beneficios asociados a la robótica y la asequibilidad de los robots utilizados

como éticos para esta futura regulación de la inteligencia artificial.

Curiosamente, en Arabia Saudita, *Sophia* se ha convertido en la primera ciudadana robot del mundo.³⁵

En lo que hace a la legislación de la República Argentina, debemos recordar que el art. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación lista las personas jurídicas privadas y en su inciso i) determina dos criterios para incrementar —como norma omniabarcativa, que más que un inciso enumerativo del listado parece brindar un criterio general— el elenco de “personas jurídicas privadas. Y ellos son (i) aquellas otras que liste el propio Código o se establezcan por leyes especiales, y (ii) las que deban ser consideradas tales porque ello resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.”³⁶

Es decir, que el carácter de sujeto de derecho de una Inteligencia Artificial (IA) puede depender de una futura decisión del legislador nacional —que otorga discrecionalmente personalidad jurídica a aquellos entes que considere que es beneficioso otorgárselo—, o de que pudiera entenderse —en ciertas y determinadas situaciones— que por su finalidad y por las normas de funcionamiento —sistemas— son susceptibles de ser considerados centros diferenciados de imputación de conductas.

Si nos detenemos a pensar que muchas de las personas jurídicas privadas —sino todas ellas— a quienes el ordenamiento jurídico considera “sujetos de derecho” —ver el listado del art. 148 del CCCN— son meras abstracciones que tienen un grado menor de “realidad” que los robots o las Inteligencias Artificiales (IA), podremos imaginar que no estamos tan lejos de un eventual reconocimiento de “personalidad” diferenciada de estas últimas entidades.

6. A modo de colofón

Lo cierto es que, hasta tanto no se produzca el reconocimiento de las Inteligencias Artificiales (IAs) como “sujetos de derecho” con la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, conformando centros diferenciados de imputación de conductas, y más allá de las ventajas que pudiera importar la incorporación de las mismas como administradores o integrantes de órganos de administración de sociedades, admitir a estas entidades (IAs) dentro del sistema de administración societario no será posible.

en el ámbito de la asistencia sanitaria a domicilio y de los cuidados sanitarios en particular.

35 Su piel está hecha de una silicona especial, imita más de 60 gestos y expresiones humanas, las cámaras de sus ojos de robot humanoide registran y analizan lo que ve... y, por primera vez para alguien como ella, tiene ciudadanía. Durante el 2017 Future Investment Initiative, un evento tecnológico internacional que se celebró en Riad, informó que es oficialmente una ciudadana saudita. Lo anunció frente a los cientos de asistentes a la conferencia, durante una entrevista televisada con el periodista estadounidense Andrew Ross Sorkin.

36 Véase VÍTOLO, Daniel Roque, Código Civil y Comercial de la Nación, comentario, Erreius, Buenos Aires, 2016.

COMISIÓN II:
FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO,
RESPONSABILIDAD, CAUSALES
DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

Tema 2:

**CONFLICTOS INTRA E INTERORGÁNICOS.
IMPUGNACIÓN DE DECISIONES
Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS,
MEDIACIÓN Y ARBITRAJE.**

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA REVOCACIÓN Y CONFIRMACIÓN DE RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS

Gonzalo Luis Anaya

SUMARIO

1. La resolución que dispone la distribución de dividendos como aquella que destina las utilidades a reservas sin cumplir con el art. 66, inc. 3) tienen por consecuencia generar un derecho adquirido en los accionistas y, consecuentemente, salvo que haya mediado otro vicio relativo a la convocatoria y/o funcionamiento de la asamblea, corresponde hacer lugar a la impugnación de la resolución confirmatoria o revocatoria.
2. La resolución revocatoria o confirmatoria que tiene por efecto subsanar vicios que son consecuencia de incumplimientos del directorio a sus deberes implica también el reconocimiento y la determinación tácita del mal desempeño del directorio en sus funciones.
3. La posibilidad de poder revocar o confirmar en cualquier momento una resolución asamblearia puede generar situaciones por demás complejas que no existirían si éstas tuvieran un límite temporal.

I. Objeto

Esta breve ponencia tiene por fin reflexionar respecto de ciertas situaciones que pueden suscitarse en el caso de revocación o confirmación de resoluciones asamblearias y que sería conveniente que fueran consideradas por los Tribunales al momento de resolver o por el legislador al momento de reformar la Ley General de Sociedades.

II. Introducción.

Como es sabido, la revocación de resoluciones asamblearias se encuentra regulada en el segundo párrafo del art. 254 de la Ley General de Sociedades que dispone que *“una asamblea posterior podrá revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto desde entonces y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa.”* Como bien señaló el Dr. Manóvil en una excelente ponencia que presentó hace exactamente 30 años en el marco del V Congreso de Derecho Societario que tuvo lugar en esta misma provincia¹, la revocación o confirmación de resoluciones asamblearias es un tema al que la doctrina le ha prestado poca atención.

Luego de dicha ponencia y del transcurso de tres décadas, la doctrina y jurisprudencia es conteste en cuanto a que, si bien el art. 254 regula la revocabilidad de resoluciones asamblearias, también existen las resoluciones confirmatorias.

Es decir, utilizando las palabras del Dr. Manóvil, también existe la posibilidad de la sustitución de una resolución por otra sin los elementos que la viciaban.

¹ Manóvil, Rafael M., “Revocación y confirmación de resoluciones asamblearias impugnables. Efecto y ejecución de sentencia que declara su nulidad. Responsabilidades”, V Congreso de Derecho Societario, Córdoba 1992, págs. 359 y sgtes.

Tiene dicho la jurisprudencia a este respecto que *“el silencio de la ley societaria no puede ser interpretado de modo alguno como prohibitivo de la posibilidad enunciada, pues la convalidación o confirmación del acto asambleario inválido encuentra sustento, no ya en el art. 254 de la ley, sino en los arts. 1059 y ss. del Cód. Civil, supra citados”*.

En virtud de lo anterior, dispone que *“la validez de una asamblea confirmatoria o rectificatoria -o mal llamada “ratificatoria”- de los vicios que pudiera haber padecido una anterior se encuentra sujeta al cumplimiento de los recaudos establecidos por los arts. 1061 y 1062, Cód. Civil”²*.

Por su lado, la Resolución General 7/15 regula expresamente las asambleas confirmatorias en su art. 430 al establecer que *“en las asambleas confirmatorias que se celebren en los términos de los artículos 393 a 395 del Código Civil y Comercial de la Nación, deben volver a ponerse en debate cada uno de los puntos del orden del día que fueron materia de decisión en la asamblea confirmada, resultando insuficiente que la asamblea sea convocada para una ratificación genérica y sin más del acto anterior, sin debate y resolución específicos sobre cada uno de los temas que configuraron el orden del día del acto asambleario viciado. No se requerirá nuevo debate de los puntos del Orden del Día sobre los que exista acuerdo unánime de los presentes en el acto”*.

En línea con todo lo anterior, el moderno Anteproyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades del año 2019 de los Dres. Manóvil, Rovira, Ragazzi, Calcaterra y Liendo dispone expresamente que *“la resolución impugnada puede ser revocada, adaptada o su vicio subsanado por una nueva resolución conforme lo dispuesto en el artículo 20, octavo párrafo”*.

III. La revocación o confirmación de resoluciones asamblearias relativas a la distribución de dividendos.

Sin dudas la resolución confirmatoria persigue un fin noble en tanto pretende subsanar los vicios que padecía la resolución anterior. Sin embargo, en ciertas ocasiones, la resolución confirmatoria puede constituir un abuso de derecho. Disfrazada como figura saneadora de vicios, puede ser una mera maniobra para violar derechos de los accionistas.

A modo ilustrativo y con todo criterio, el Dr. Manóvil señaló en su mencionada ponencia que *“un aumento de capital impugnado por carecer de adecuada prima de emisión que resguarde los derechos de los accionistas preexistentes, puede ser sustituida por una nueva que sí contemple esa prima”*.

En tal caso estamos frente a una resolución confirmatoria que sustituye una anterior cuyos vicios ocasionaban un perjuicio a los accionistas existentes y donde no hay mayor margen de dudas. Si la nueva prima es la que corresponde, no hay accionistas perjudicados (y por el contrario se resguardan los derechos de aquellos accionistas que no fueran a suscribir el aumento de capital).

Ahora bien, ¿qué sucede cuando estamos frente a una resolución confirmatoria que pretende subsanar supuestos vicios cuya existencia en realidad derivaba en un derecho para los accionistas?

Pongamos un ejemplo concreto para ser más claros: ¿si una asamblea que aprobó estados contables dispuso destinar todas las utilidades a una reserva sin cumplir con las exigencias dispuestas en el inc. 3) del art. 66, es posible que esa resolución sea confirmada por una

² CNCom, Sala A, 26/11/15, “Isabella, Pascual c/ Bingo Caballito S.A. s/ Ordinario”.

posterior que sí cumpla con dichas exigencias?

Es decir, habiendo los accionistas minoritarios impugnado dicha resolución asamblearia -y muy probablemente obtenido la suspensión cautelar de esos fondos conforme el criterio imperante de la jurisprudencia en esta materia-, ¿puede el accionista mayoritario convocar a una nueva asamblea para confirmar la decisión de destinar todas las utilidades a reservas facultativas dando recién en ese momento las supuestas razones que ameritarían la constitución de reservas?

En tal supuesto, ¿estamos frente a una resolución confirmatoria que tiene por fin sustituir una resolución viciada o, en realidad, representa el ejercicio abusivo de un derecho mediante el cual se pretende privar a los accionistas de su derecho a los dividendos?

¿Siendo la regla la distribución de dividendos, no debe entenderse que las exigencias del inc. 3) del art. 66 que alteran la regla y, consecuentemente, constituyen una excepción, deberían cumplirse de manera temporánea?

Me inclino a pensar de esa manera. El no cumplimiento de las exigencias del inc.3) del art. 66 en la oportunidad pertinente echa por tierra la posibilidad de configuración del supuesto de excepción y, consecuentemente, hace nacer el derecho al dividendo del accionista (aun cuando tenga que demandar a la sociedad para que sea un juez quien juzgue el incumplimiento de la exigencia y ordene la distribución de esos fondos). Ello no debería poder ser luego modificado.

Analicemos la misma temática pero desde otro ángulo: ¿podría considerarse lícita la revocación de la resolución asamblearia que dispuso la distribución de dividendos?

El Dr. Manóvil utiliza este último ejemplo en su ponencia y concluye que el accionista que estaba a favor de la decisión original de distribuir dividendos sin lugar a dudas tiene el derecho a impugnar la resolución revocatoria, demostrar que la misma era válida y que persiste su derecho al cobro de dividendos. Adherimos a dicha postura agregando que, además del derecho a impugnar la resolución revocatoria, recaudo sin lugar a dudas necesario, si la resolución carecía de vicios en la convocatoria y/o en el funcionamiento de la asamblea, entonces los Tribunales deben hacer lugar a la impugnación de la resolución revocatoria. Ello así toda vez que la modificación del destino de las utilidades no responde a un vicio sino a un simple cambio de criterio, circunstancia que evidencia la utilización abusiva de esta figura violatoria del derecho al dividendo adquirido³.

En virtud de lo expuesto, entendemos que tanto la resolución que dispone la distribución de dividendos como aquella que destina las utilidades a reservas sin cumplir con el art. 66, inc. 3) tienen por consecuencia generar un derecho adquirido en los accionistas y, consecuentemente, salvo que haya mediado otro vicio relativo a la convocatoria y/o funcionamiento de la asamblea, corresponde hacer lugar a la impugnación de la resolución confirmatoria o revocatoria.

No soslayo que esta postura será objeto de críticas por cuanto puede afectar la libertad de la sociedad de modificar sus decisiones conforme las necesidades de su giro empresarial pero creo que esta conclusión protege a los minoritarios de los abusos de los mayoritarios que al final son los responsables de la situación, ya sea por haber votado anteriormente a favor de la distribución que ahora pretenden revocar o por haber votado la constitución de reservas facultativas sin cumplir con las exigencias de la ley.

³ El criterio aquí expuesto también se funda en el criterio adoptado por el legislador al establecer que las resoluciones asamblearias no pueden ser impugnadas por quienes votaron favorablemente.

En este sentido, es importante no perder de vista que *“el derecho a participar en los beneficios figura entre los derechos patrimoniales esenciales del accionista. Descansa en el concepto mismo de sociedad comercial”*⁴.

Adicionalmente, y en lo que a la eventual necesidad de fondos respecta, si la misma era real, lo cierto es que la sociedad tiene la opción de hacerse de fondos recurriendo al financiamiento bancario o a un aumento de capital, cuya decisión está nuevamente en manos de los mayoritarios y los accionistas (y especialmente los minoritarios) cuentan con los fondos percibidos como dividendos para suscribirlo si así lo quisieran.

IV. La responsabilidad del directorio derivada de la revocación o confirmación de resoluciones.

Otro aspecto relevante que creo que vale la pena traer a discusión es el relativo a la responsabilidad derivada de la revocación o confirmación de resoluciones assemblearias.

Por responsabilidad no me refiero a la regla dispuesta en el primer párrafo del art. 254 por la decisión declarada nula ni a la última oración del segundo párrafo que refiere a la responsabilidad por efectos producidos o que sean consecuencia directa. Ello ya fue tratado por el Dr. Manóvil en su ponencia y nada relevante puedo agregar.

Me refiero concretamente a la responsabilidad del directorio en supuestos donde mediante nueva resolución se subsanan vicios cuya existencia es responsabilidad del directorio.

Por ejemplo: si una resolución confirmatoria aprueba nuevos estados contables que reemplazan anteriores, claramente hubo un grave incumplimiento del directorio en la confección de los estados contables anteriores que no reflejaban debidamente la realidad de la sociedad.

A igual conclusión debe arribarse en el caso de que en resolución confirmatoria se reemplaza la memoria anteriormente aprobada por una que cumpla con todas las exigencias del art. 66 y realmente sirva como herramienta de interpretación de los estados contables⁵.

Podemos dar varios ejemplos de asambleas confirmatorias que son consecuencia de incumplimientos del directorio. Entre ellos, las que tienen lugar: porque el directorio no permitió en la asamblea el ejercicio del derecho de información al negarse a contestar preguntas relativas a los estados contables y resultados de la sociedad; porque violó el derecho de información al no poner a disposición los estados contables con 15 días de anticipación como lo exige el art. 67; porque realizó una convocatoria deficiente, etc.

Como se advierte, son numerosos los casos que podemos traer a colación donde mediante una asamblea confirmatoria se pretenden subsanar vicios que son consecuencia de incumplimientos del directorio a sus deberes.

En tales supuestos, entendemos que, así como la jurisprudencia es pacífica en cuanto a que la asamblea revocatoria o confirmatoria importa el allanamiento respecto de la impugnación de la resolución anterior con su consecuente imposición de costas, también implica el reconocimiento y la determinación tácita del mal desempeño del directorio en sus funciones.

V. Aspectos procesales de las resoluciones revocatorias o ratificatorias.

Las resoluciones revocatorias o confirmatorias también traen aparejadas dificultades desde el aspecto procesal.

Un ejemplo de esto es lo señalado por el Dr. Manóvil en cuanto a que *“no siempre será*

4 CNCom, Sala B, 29/04/21, “Administración Nacional de la Seguridad Social c/ Grupo Clarín S.A. s/ Ordinario”.

5 Nissen, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales”, Ed. Abaco, Tomo II, pág. 80/81.

aplicable lo dispuesto en el último párrafo del art. 254 de la ley en cuanto a que la revocación es impeditiva de la iniciación o de la continuación del proceso de impugnación, ni tampoco respecto a que el efecto que surte la revocación será desde la fecha en que se resuelve”.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia tiene dicho a este respecto que una asamblea revocatoria o ratificatoria *“enerva la continuación del acto de impugnación de la asamblea primitiva e impide la iniciación de nuevas acciones de impugnación respecto del acto “confirmado” o rectificado, no obstante lo cual si los impugnantes estuvieren disconformes con lo resuelto en la asamblea confirmatoria, deben iniciar una nueva impugnación de este nuevo acuerdo”*⁶.

Es decir, para la jurisprudencia, ante la existencia de resolución revocatoria o confirmatoria “cae” la impugnación anterior y, en todo caso, se debe impugnar la nueva resolución.

Lo expuesto luce relativamente razonable ante un primer análisis bien rápido. Sin embargo, puede acarrear serias consecuencias.

Por un lado, puede dar lugar a que –tal como ocurrió en el referido expediente *“Isabella Pascual c/ Bingo Caballito”*- una asamblea confirmatoria celebrada cuatro años después pueda dejar sin efecto un juicio de similar antigüedad. Es decir, la resolución ratificatoria presentada como hecho nuevo en el expediente puede sin más deshacer cuatro años de litigio. Ante dicha resolución confirmatoria el accionista minoritario aún disconforme (porque la decisión es la misma pero sin los supuestos vicios) se verá obligado a iniciar nueva impugnación ahora de la ratificatoria y deberá esperar otra relevante cantidad de años para obtener sentencia (que en el fallo referido fueron 6 años más ya que recién en 2015 hubo sentencia firme). Ello, si es que transcurrido algunos años el accionista mayoritario no opta por una nueva asamblea confirmatoria, poniendo fin así al trámite de la segunda impugnación y obligando al accionista minoritario a promover una tercera impugnación. Una bicicleta interminable.

Ahora bien, lo cierto es que dicha postura no sólo tiene consecuencias relevantes en el marco judicial de los conflictos societarios sino que también puede afectar gravemente a terceros y la seguridad jurídica que es tan relevante en el tráfico mercantil.

Volviendo a otro ejemplo del fallo en cuestión, mediante asamblea confirmatoria en el año 2009 se reemplazó y aprobó nuevos estados contables cerrados al 31/5/2005. Esto quiere decir que durante cuatro años la sociedad operó en el mercado con estados contables que no reflejaban la realidad de la empresa. En función de aquellos pidió préstamos bancarios, se presentó a licitaciones, obtuvo créditos con sus proveedores para comprar mercadería, insumos o contratar servicios, etc. Luego, en el año 2009 simplemente fueron reemplazados por otros que ahora si supuestamente reflejarían la realidad de la empresa.

Y lo que no es menor, salvo que de 2005 a 2009 no se hayan aprobado estados contables, lo cual importaría un incumplimiento a la manda del art. 234, la modificación de los estados contables correspondientes al 2005 importa necesariamente la modificación de todos los posteriores. Una situación insólita.

Por otro lado, y mirado más desde una óptica del litigante, ante la existencia de resolución revocatoria o confirmatoria y consecuente sentencia que dispone declarar abstracta la impugnación, la parte actora –si aún está disconforme con la nueva resolución adopta-

⁶ CNCom, Sala A, 26/11/15, *“Isabella, Pascual c/ Bingo Caballito S.A. s/ Ordinario”*.

da- probablemente opte por apelar dicha resolución para no consentirla y que no suceda que al momento de resolver la impugnación de la resolución revocatoria o confirmatoria la rechacen por considerar que quedó impugnada la anterior que era su causa y que declaró abstracta la cuestión.

De lo expuesto se desprende con claridad que la posibilidad de poder revocar o confirmar en cualquier momento una resolución asamblearia puede generar situaciones por demás complejas.

No desconozco que como el art. 254 no fija plazo, la ausencia de ello, importa la inexistencia de limitación. Asimismo, el anteproyecto del 2019 dispone expresamente en el párrafo octavo del art. 20 que ello puede ocurrir *“en cualquier tiempo”*.

Ahora bien, lo cierto es que las complejidades expuestas anteriormente consecuencia de la existencia de resoluciones revocatorias o confirmatorias dictadas mucho tiempo después no existirían si éstas tuvieran un límite temporal.

Es decir, si una resolución revocatoria o confirmatoria podría ser dictada únicamente dentro del plazo de tres meses de la resolución que se revoca o confirmar o dentro del plazo de tres meses de notificada la impugnación de una resolución, no existiría la posibilidad de que la sociedad opere durante 1, 4 o 10 años con balances que luego simplemente reemplaza. Asimismo, se reduciría sensiblemente la responsabilidad por efectos producidos o que sean su consecuencia directa, la misma no podría ser utilizada como un mecanismo abusivo para dilatar en el tiempo el dictado de sentencia, etc.

De hecho, los expedientes de la impugnación de la resolución original y de la impugnación de la resolución revocatoria o confirmatoria podrían –y deberían- tramitar de forma conjunta evitando el dictado de sentencias contradictorias y acelerando la resolución final de las cuestiones impugnadas.

Esta propuesta incluso permitiría modificar lo dispuesto en el art. 254 en cuanto a que la resolución revocatoria tiene por efecto la terminación de la impugnación original y ordenar así la situación expuesta por el Dr. Manóvil en cuanto a que dicha norma constituye la regla pero no siempre debe aplicar.

A modo de cierre, planteo el siguiente interrogante reforzando la posición recién expuesta: si se estableció el escueto plazo de tres meses para impugnar las asambleas en pos de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil, ¿porque no habría de tener un límite temporal similar la resolución revocatoria o confirmatoria?

Dicho de otra manera: ¿por qué transcurrido el escueto plazo de tres meses una resolución nula de nulidad relativa ya no puede ser impugnada y la sociedad y socios deben convivir para siempre con dicha resolución viciada pero su confirmación y subsanación de vicios si puede ocurrir muchos años después?

EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN DEL ART. 261 LGS Y EL CONTROL DE MÉRITO BASADO EN EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN

Tomás J. Arecha

SUMARIO

El aspecto fundamental del régimen de excepción lo constituye el hecho que la asamblea deben fundar la necesidad de remunerar a los directores en exceso a los límites legales, lo que importa -en definitiva- la necesidad de acreditar que la remuneración a fijar resulta adecuada de acuerdo a las tareas efectivamente realizadas. En consonancia con ello, al ordenar que la asamblea se expida expresamente sobre la razonabilidad y alcance de las tareas realizadas y la ponderación de las mismas con la remuneración fijada, supone que el ordenamiento legal permite un contralor judicial de mérito sobre la adecuación de la retribución.

1. El régimen de excepción del cuarto párrafo del art. 261 LGS.

Así como el artículo 261 fija férreos parámetros para determinar la remuneración que podrá ser fijada, también estipula un régimen de excepción en su párrafo cuarto al disponer que: *“Cuando el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico administrativas por parte de uno o más directores, frente a lo reducido o a la inexistencia de ganancias impongán la necesidad de exceder los límites prefijados, sólo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día.”*

La doctrina¹ reconoce cinco requisitos para determinar la procedencia del régimen de excepción, a saber: a) ganancias inexistentes o muy reducidas; b) desempeño por los directores de comisiones especiales o funciones técnico administrativas; c) que el tema figure como un punto específico en el orden del día; d) que sea aprobado por la asamblea; e) que la remuneración en exceso se destine expresamente a los directores que se encuadren en el supuesto sub b).

Las constatación de la totalidad de los requisitos enunciados habilita la fijación de una remuneración a los directores con independencia de los límites legales establecidos en los párrafos segundo y tercero -limitación general y restricción especial-, pero sujeto a los requerimientos propios del régimen de excepción. En estos casos podrá aprobarse retribución en supuestos de resultados negativos o, asimismo, podrá superarse el límite legal que corresponda según la relación proporcional entre resultado y distribución de dividendos².

1 ZALDIVAR, Enrique y otros, “Cuadernos de derecho societario”, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1973, 1º ed., Tomo 10b.cit, pág. 272; VERON, Alberto Victor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada.” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, 1º ed., Tomo 4, pág. 138; ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 1º ed., Tomo IV, pág. 409.

2 Debe destacarse que si bien es poco frecuente la estipulación estatutaria de la remuneración, el régimen del art. 261 párr. cuarto LGS no permitiría la superación de límites estatutarios (p. ej. en caso de establecerse una remuneración máxima del 15% de los beneficios sociales del ejercicio). Para modificar tal límite estatutario será necesario la modificación del propio estatuto no siendo suficiente que la superación se realice por decisión asamblearia. Esto se funda con el régimen diferenciado de quorum y mayoría que la Ley establece para estas decisiones, en un caso por asamblea ordinaria y en el otro por extraordinaria (FARRANDO MIGUEL, Ignacio, “La retribución de los administradores de sociedades anónimas”, en Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en las sociedades anónimas, Dir. EMBID IRUJO, José M. y VITOLLO, Daniel R., Ed. Rubinzal-Culzoni, 1º Ed., Buenos Aires, (2004), pág. 136).

La importancia de la correcta interpretación del régimen de excepción rebundará en lograr una interpretación integral al régimen remuneratorio argentino, y en definitiva sus verdaderos alcances.

El cuarto párrafo se encuentra plagado de vocablos equívocos, poco claros y precisos que dificultan su interpretación y alcance por lo que se ha generado que existan posiciones encontradas en doctrina y jurisprudencia sobre casi todos los requisitos que habilitan el sistema de excepción³.

La discusión más aserrima se centra en el alcance del concepto de las tareas técnico administrativas y su alcance. Si bien no es objeto de la presente ponencia, nos inclinamos por adoptar la tesis amplias, por las que consideramos que las funciones técnicas incluyen todos los actos de administración delegables a los gerentes o asignables al comité ejecutivo, sean estas ejercidas de forma permanente o temporaria⁴. Adoptar esta posición no importa hacer letra muerta a la norma del art. 261 como lo sostiene parte de la doctrina⁵. Ello así, por cuanto la defensa a los abusos que puedan perpetuarse en la fijación de la remuneración del directorio debe imponerse a través de otro de los requisitos de excepción: los recaudos que debe contener la decisión asamblearia que aprueba la remuneración en exceso.

2. La decisión asamblearia que aprueba la remuneración en exceso de los límites legales.

Que la cuestión deba ser aprobada en asamblea importa que dicho órgano deba expedirse en forma expresa respecto a que la remuneración es establecida en exceso de los límites legales. Pero ello no es el único requisito de forma que debe contener la decisión asamblearia respectiva. Resulta imprescindible además que la decisión asamblearia detalle los motivos que ameritan exceder el límite establecido legalmente.

En este orden de ideas se exige que la decisión describa en detalle de las funciones técnico administrativas que han realizado los administradores⁶ así como el cumplimiento del resto de los requisitos previstos legalmente⁷. La sola mención de que los honorarios serían fija-

3 "Se encuentra plagado de vocablos equívocos que han dificultado notablemente su aplicación y provocado que prácticamente todo autos vinculado al derecho societario se haya expedido respecto a ellos, generándose un prolífero debate que, lejos de descansar el las páginas de los libros, se manifiesta contradictoriamente en la cotidianeidad del mundo del ser y cuyos resultados jurisprudenciales se traducen en precedentes que resuelven de manera diferente cada caso que se presenta ante los estrados" (COSTE, Diego, "La remuneración en exceso en armonía con el deber de diligencia y el derecho de información", ED T 221-760). "El cuarto párrafo, que contiene la mentada excepción, fue uno de los que mayores conflictos generó...lo enmarañado del texto hace que lo que se ha querido expresar no quede del todo claro y, lo peor, que varias situaciones que debieran estar reguladas, no lo estén. (RUBIN, Miguel E, ob. cit). "No podemos negar que la dicción del art. 261 dista de ser clara y precisa. Su lamentable redacción nos ubica en la Torre de Babel". (DI CHIAZZA, Iván y VAN THIENEN, Pablo A., "Alerta: la remuneración del director ejecutivo...", ob. cit).

4 Debe destacarse que conforme se desprende del antecedente jurisprudencial "Rivière de Petranera" (CNCom, Sala B, 07/07/1995, "Rivière de Pietranera c/ Rivière e Hijos SA", LL 1997-A-134) se ha interpretado que solo las funciones técnico administrativas de carácter ocasional habilitan el régimen de excepción, por lo que el ejercicio permanente de tales funciones no permitiría fijar una retribución en exceso de los límites legales.

5 NISSEN, Ricardo A., "Un fallo ejemplar en materia de remuneración de directores de sociedades anónimas", LL 1997-A-134.

6 En ese sentido ha resuelto la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal que "El pago de las remuneraciones a los directores de la sociedad anónima en exceso a los porcentuales previstos en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, por el desempeño de funciones técnico administrativas, exige que en el acta de las deliberaciones y votaciones de la asamblea conste una referencia detallada de dichas funciones, o cuando menos, una explicación que pueda ser verificada mediante su consignación en concreto" (CNCom, Sala E, 11/10/96, en autos "Gristein, Saul c/ Biotenk S.A.", LL 11/8/97, fallo 95.756). Concordantemente, la Sala C de la Cámara Comercial de la Capital Federal, resolvió que "Si el resultado del ejercicio arrojó pérdidas y no existe una prueba contundente respecto de la importancia o especialidad de las labores cumplidas por los directores, resulta forzoso concluir que no se reúnen los recaudos que la normativa societaria exige para reconocer a los directores el derecho a la percepción de una retribución debiendo en consecuencia aquellos reintegrar a la sociedad el total de las remuneraciones percibidas por el mencionado ejercicio". (CSJN, 06/02/2003, Oswald, Victoria Maña c/ Lator S.A. y ot. s/ sumario) 13-09-1997, Revista Electrónica de Derecho Societario, n° 14, Septiembre de 2013).

7 En tal sentido: "Coincides con la magistrada de grado en la insuficiencia de fundamentación que contienen las explicaciones vertidas en el acta y que resultan inadecuado sustento del exceso; sobre todo en tanto como bien se indica a fs. 151, debe buscarse en la norma la compensación por la tarea realizada de acuerdo a los resultados obtenidos. Tal falencia resulta dirimente, a criterio de la Sala, toda vez que por tratarse de una excepción, debió brindarse adecuada argumentación acerca de las motivaciones que llevaran a desbordar la pauta legal. Máxime si el socio impugnante de la asamblea no forma parte del órgano de administración y ve, por ende, mermada su po-

dos en exceso de los principios establecidos por la norma no resulta suficiente para avalar la aplicación de la excepción prevista por el artículo 261 de la Ley 19.550.⁸

La jurisprudencia se ha expedido en forma reiterada para establecer como un recaudo concreto que la asamblea debe fundar debidamente la necesidad de exceder los topes remuneratorios previstos por el artículo 261 LGS⁹. Del mismo modo se ha expedido la doctrina al entender que la decisión asamblearia correspondiente debe estar “bien fundada” y con la virtualidad suficiente para justificar el exceso¹⁰.

En definitiva, la decisión asamblearia deberá exponer en forma clara y precisa las tareas y funciones que han tenido a su cargo los miembros del directorio, los motivos por los que la situación económica de la sociedad no han permitido remunerar de acuerdo a los parámetros del art. 261 LGS a los directores en condiciones de mercado, para finalmente determinar el monto de la retribución y explicar su razonabilidad en base a los parámetros expresados.

Este recaudo mediante el cual la asamblea debe expedirse sobre la razonabilidad de la remuneración en exceso, detallando las tareas que justifiquen superar los límites legales y justifiquen la fijación de su monto importa que el régimen legal incorpore el principio adecuación a la aprobación de la remuneración en exceso del directorio. En este sentido se ha resuelto que la asamblea debe fundar que las retribuciones que se aprueban en exceso resultan adecuadas¹¹ o en otras palabras, la razonabilidad de su monto¹².

3. El principio de adecuación.

El principio de adecuación de la retribución de los administradores es una de las novedades más importantes del movimiento de reforma promovido internacionalmente¹³.

La ley sobre proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la “dirección” de las sociedades anónimas alemana del 2009¹⁴, denominada “VorstAG”, ha sido motivada por la crisis económica del año 2008. Su objetivo, es por un lado, corregir la tendencia hacia la fijación de objetivos a corto plazo, y por otro, fomentar la sostenibilidad de las empresas sobre la base de incentivos a la remuneración que se dirijan a fomentar una gestión duradera y a largo plazo. Por otro lado, se pretende intensificar las responsabilidades de los miembros del Consejo de Vigilancia en su condición de órgano competente para fijar la remuneración

sibilidad en expectativa de acceder eventualmente a mayores dividendos. (CNCom., Sala A, 30/06/2003, “Montini Francisco Enrique c/Bersa SA s/ Medida Precautoria”, Revista Electrónica de Derecho Societario N° 19 - Diciembre 2004.) En el mismo sentido, CNCom., Sala C, 30/04/2207, “Suárez Alicia c/ Emilga S.A.I.C. s/ sumario”, Revista Electrónica de Derecho Societario N° 19 - Diciembre 2004

8 NISSEN, Ricardo, Curso de Derecho Societario, ob. cit. pág. 467

9 La resolución de la asamblea debe ser debidamente fundada pues de lo contrario « la mayoría podrá dejar sin efecto todas las limitaciones del art. 261, lo que sería contrario no sólo al lenguaje imperativo empleado por la ley, sino también a los fines perseguidos » (CNCom., Sala B, 31/03/82, “Dykstein, José c/ Shulman Hnos. SA” ED 100-181).

10 Zaldivar-Manóvil-Ragazzi-Rovira, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, t. III, 3a Ed., pág. 625, Bs. As., 1983) Nissen, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales comentada” T. III, págs. 556/557 y sus citas, ed. La Ley, Bs. As., 2017). VITOLLO, Daniel Roque, “Sociedades Comerciales”, T. IV, pág. 437, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2008, VERON, “Tratado de los conflictos societarios” Parte Segunda, pág. 499/500.

11 Se resolvió que que corresponde a quien impugna el exceso de la remuneración probar que con el veinticinco por ciento de las utilidades del ejercicio, durante el cual cumplieron sus tareas, se hubiera podido retribuirlos en forma adecuada” (CNCom, Sala B, 03/04/1984, “Martín, Luis J c/ Estudio de Arquitectura Fernández Llanos SA”, ED, 109-225). Por su parte, en los autos “Distrel” se admitió que si bien podría evaluarse la ponderación de los honorarios cobrados por los directores o acreditados en sus cuentas sociales y su comparación con la importancia de las tareas por ellos desarrolladas, ello no resultaba necesario por cuanto no se había cumplido el requisito de que las tareas desarrolladas por los directores fueran no permanentes para habilitar el régimen de excepción. (CNCom, Sala D, 20/11/2000, “Distrel SA c/ Nogués Hnos. SA”, societario.com, Ref. 177)

12 CNCom, Sala B, 30/08/2021, “Cheb Terrab, Salomon c/ Madero Harbour SA s/ ordinario” (Expte. 36.891/2014).

13 LEON SANZ, Francisco J. “Artículo 217. Remuneración de los administradores”, en Comentario a la reforma del Régimen de Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo, JUSTE MENCIA, Javier (coord.), Ed. Civitas, (2015), 1 a ed., pág. 275.

14 Geset zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, promulgada el 31 de julio de 2009.

de los miembros de la dirección al imponerles un régimen más estricto en la fijación de una remuneración “adecuada” e, incluso, el deber de reducirla a través de rigurosas normas de responsabilidad por el incorrecto cumplimiento de sus obligaciones¹⁵.

Es así que el art. 87 II AktG introduce el criterio de la proporcionalidad de la remuneración que se califica con la exigencia de que sea “adecuada”. A los fines de la interpretación de tal principio de adecuación se debe atender a la relación de las tareas y rendimiento de los consejeros con la situación económica de la empresa¹⁶.

También se establece a los fines de la determinación de la adecuación en el derecho alemán que la remuneración debe ser la “habitual”, salvo que por razones particulares justificasen que la remuneración sobrepase dicho nivel. La VorstAG utiliza el término con un criterio negativo: la ley presume -iuris tantum- que una remuneración es desproporcionada si sobrepasa el nivel de lo “habitual”. A tal efecto, los criterios que el consejo de vigilancia exige la comparación con la de los administradores de empresas similares, es decir, del mismo sector y tamaño y las costumbres de la región o estado federado donde la sociedad fija su domicilio social -comparación horizontal-. Deberá a su vez atenderse a las condiciones retributivas y salariales de la propia empresa -comparación vertical-¹⁷.

Por su parte, en el ámbito del derecho español, se han incorporado al texto del artículo 217 LSC -en su último párrafo- una serie de parámetros retributivos de suma trascendencia que también incorporan el principio de adecuación a su ordenamiento.

Se destaca que si bien estos principios habían sido desarrollados en el ámbito del gobierno corporativo, la reforma lo impone a todo tipo de sociedades, destacándose como uno de los aspectos más importantes de la reforma legislativa española¹⁸.

La norma establece que la remuneración deberá guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad y la situación económica que ésta tuviera en cada momento, así como los estándares de mercado aplicados a sociedades comparables. Agrega a su vez, que el sistema retributivo establecido en los estatutos deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad¹⁹ e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables²⁰.

Se trata de estándares normativos que fijan las directrices que deben ser seguidos en la retribución que corresponde a cada administrador. Nos encontramos ante un mandato nor-

15 RECALDE, Andrés y SCHONNENBECK, Philipp “La ley alemana sobre la proporcionalidad de la remuneración de los miembros de la dirección en las sociedades anónimas”, Revista de Derecho Mercantil. Jul/Sept 2010, pág. 1065. Es así que conforme los párrafos 116 y 93.2 AktG los consejeros están obligados a indemnizar por daños y perjuicios causados en la fijación de las retribuciones que no se ajusten al criterio de proporcionalidad. No obstante, las decisiones del órgano sobre la materia podrán estar amparadas en la business judgment rule, de modo que se excluye la infracción del deber de diligencia cuando en la fijación de las retribuciones hayan actuado en interés de la sociedad y sobre la base de una información adecuada (ZABALETA DIAZ, Marta, “La retribución de los consejeros en los ordenamientos europeos de sociedades”, en *Retribución de Consejeros*, dir. Santiago Hierro Anibarro, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 269).

16 Según se explica, previo a la reforma ya era habitual que la remuneración se determinara en función del rendimiento, ya que tal previsión estaba incluida en el Código alemán de Buen Gobierno. Por ello, se entiende que la reforma trata más bien de un cambio de naturaleza declarativa y no de una modificación material.

17 ZABALETA DIAZ, Marta, “La retribución de los consejeros en los ordenamientos europeos de sociedades”, en *Retribución de Consejeros*, dir. Santiago Hierro Anibarro, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 268.

18 GARCIA VICENTE, José R., “Competencia para acordar la remuneración y límites materiales y modales”, en *Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades*, Dir. José Antonio García Cruces, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 76.

19 En el derecho alemán el párrafo 87 AktG incluye una previsión específica para la sociedad cotizada que exige que la estructura de las retribuciones se oriente al desarrollo sostenible de la empresa y que los componentes variables de la retribución se calculen en base a criterios plurianuales.

20 Art. 217.4 LSC “La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.”

mativo que se impone a los administradores como concreción del deber de diligencia, por cuanto éstos pueden resultar competentes para determinar la propia retribución y están obligados a respetar estos principios. Asimismo, los acuerdos de la junta general en los que se determine la retribución podrán ser objeto de impugnación en la medida en que se puedan considerar contrarios al interés social²¹ por no respetar los parámetros legales fijados. Conforme lo explica Sanz, los parámetros que establece el apartado cuarto del art. 217 LSC para apreciar la “adecuación” de la remuneración son los siguientes: En primer lugar, la retribución ha de guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad. En relación con ese parámetro se deben tener en cuenta criterios como el tamaño de la sociedad, la cifra de ventas, el número de trabajadores, la significación económica, etc. En segundo lugar, se ha de tomar en consideración la situación económica de la sociedad en cada momento, es decir, la rentabilidad de la sociedad, las expectativas de crecimiento, la existencia de pérdidas o dificultades económicas. En tercer lugar, la remuneración ha de ser conforme con los estándares de mercado en las empresas comparables. Los administradores deben apoyar su decisión sobre informes externos si lo consideran oportuno o deben justificar su decisión desde la perspectiva de la discrecionalidad empresarial. Finalmente se establece que el sistema de remuneración debe promover la rentabilidad a largo plazo de la entidad y evitar que se propicie la asunción excesiva de riesgos y la retribución de resultados desfavorables²²

En relación a las reglas del art. 217.4 LSC se ha dicho que son referencias inspiradoras a modo de principios y no normas por lo que es discutible que constituyan un límite legal específico a la autonomía de la voluntad, con lo que su hipotética transgresión no constituye, por sí sola, base suficiente y autónoma para impugnar un acuerdo social. Sin embargo, su función y redacción en términos formalmente imperativos (“deberá en todo caso”) indica que no pueden ser ignoradas sin más por los órganos sociales cuando decidan sobre la materia, aunque pueden adaptarse a las mismas por ser mejores para el interés social²³.

En el ámbito latinoamericano se destaca que mediante la fijación de parámetros retributivos generales, la ley de sociedades brasileña incorpora el principio de adecuación al disponer que la asamblea de socios fijará en forma individual o global la remuneración de los administradores teniendo en cuenta sus *responsabilidades, tiempo dedicado a sus funciones, su competencia y reputación profesional y el valor de sus servicios en el mercado*²⁴.

Por su parte, en el ámbito del derecho nacional, las Normas de la CNV, en una redacción similar el régimen brasileiro disponen que la remuneración “adecuada” es “aquella que tiene en cuenta las responsabilidades de los directores, el tiempo dedicado a sus funciones, su

21 LEON SANZ, Francisco J. “Artículo 217. Remuneración de los administradores”, en Comentario a la reforma del Régimen de Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo, JUSTE MENCIA, Javier (coord.), Ed. Civitas, (2015), 1 a ed., pág. 288.

22 LEON SANZ, Francisco J. “Artículo 217. Remuneración de los administradores”, en Comentario a la reforma del Régimen de Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo, JUSTE MENCIA, Javier (coord.), Ed. Civitas, (2015), 1 a ed., pág. 289.

23 Sánchez Alvarez, M., “Remuneración de los administradores en su condición de tales (arts. 217, 529 sexdecies y 529 septdecies LSC)”, en Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducidas por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones d / coord. por Antonio Roncero Sánchez; Fernando Rodríguez Artigas (dir.), Alberto Alonso Ureba (dir.), Luis Fernández de la Gándara (dir.), Luis Antonio Velasco San Pedro (dir.), Jesús Quijano González (dir.), Gaudencio Esteban Velasco (dir.), Vol. 2, 2016 (Tomo II), ISBN 978-84-9099-513-6, pág. 714.

24 “A assembléa geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado. 1º O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em vinte e cinco por cento ou mais do lucro líquido, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem um décimo dos lucros (art. 190), prevalecendo o limite que for menor. 2º Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do exercício social em relação ao qual for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório de que trata o art. 202”.

competencia y reputación profesional y el valor de sus servicios en el mercado²⁵". Es así que las normas de la CNV incorporan el principio de adecuación al régimen remunerativo de la sociedad cotizante al establecer que la remuneración resultará "adecuada" cuando tiene en cuenta las responsabilidades de los directores, el tiempo dedicado a sus funciones, su competencia y reputación profesional y el valor de sus servicios en el mercado.

Como se expresó, en el ámbito del derecho comparado, el principio de adecuación se concibe en el ámbito del derecho español desde una doble vertiente: i) que la remuneración sea razonable, acorde con la situación económica de la sociedad y con las funciones y responsabilidades que le fueran atribuidas a los administradores, y ii) que el sistema de remuneración este orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo²⁶. En el derecho argentino, el principio se limita solo al primer aspecto.

La primera de las directrices en relación a la adecuación es el principio de razonabilidad de la remuneración que se desarrolla en el marco de las normas de la CNV en un parámetro orientativo como el valor del servicio del administrador en el mercado. Si bien es un concepto que podría considerarse abierto y de difícil determinación, no le resta valor jurídico ya que fija un criterio concreto que deberá atenderse la fijación de las remuneraciones²⁷ y además sirve como criterio aplicable al contralor que puede ejercer la CNV e incluso, llegado el caso, para determinar el criterio judicial aplicable en caso de judicialización por impugnación de la remuneración establecida.

El criterio del valor de sus servicios en el mercado estará muy relacionado con el de la importancia de la sociedad -criterio no incluido en las normas de la CNV- pero que no puede escindirse del anterior. Para determinar la remuneración en condiciones de mercado deberá analizarse en relación a empresas correspondientes al mismo sector y parecido volumen de negocios.

Las funciones y responsabilidades a los que hace mención la norma administrativa como criterio aplicable a la adecuación permite determinar diferentes remuneraciones de acuerdo a los deberes y responsabilidades de cada uno de los miembros del directorio, ya sea por las funciones ejecutivas que ejerzan unos o participación en comisiones o comites.

Por último, la norma incorpora criterios claramente subjetivos relacionados a la reputación profesional y competencias de cada uno de los miembros del directorio, que deberán ser valorados en la determinación individual de la retribución de los miembros.

La incorporación de este principio al régimen normativo tiene una doble función. Por un lado preventiva, puesto que obliga a que la modificación estatutaria o la adopción de un acuerdo por el órgano de gobierno sobre retribución se justifique o motive con remisión a tales criterios. Por otro lado, es una norma para el control ex post facto de las decisiones retributivas, ya que provee de los criterios que pueden servirse las partes para argumentar

25 Tit II, Cap III, Secc I. ARTÍCULO 261 DE LA LEY N° 19.550. ARTÍCULO 2º.- A los efectos de la aplicación del artículo 261 de la Ley N° 19.550 se considerará: a) Utilidad computable: resultado del ejercicio, neto de impuestos, más o menos los ajustes de ejercicios anteriores y previa absorción de las pérdidas acumuladas. Calculada la reserva legal sobre la base de lo expuesto, se deducirá del sub-total obtenido, más el monto por retribución a los directores y miembros del consejo de vigilancia afectados al estado de resultados. b) Dividendo computable: distribución de utilidades del ejercicio (en efectivo o en acciones) a los tenedores de acciones, cualquiera sea la clase de estas. c) Utilidad reducida: aquella que represente una rentabilidad sobre el patrimonio neto inferior a la normal en la actividad empresaria, considerando el rendimiento promedio de otras variables de inversión de capital existentes en el mercado. d) Retribución adecuada: aquella que tiene en cuenta las responsabilidades de los directores, el tiempo dedicado a sus funciones, su competencia y reputación profesional y el valor de sus servicios en el mercado.

26 HIERRO ANIBARRO, Santiago y ZABALETA DIAZ, Marta, "La retribución supervisada. La remuneración de consejeros de la sociedad cotizada", en *Retribución de Consejeros*, Dir. Santiago Hierro Anibarro, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 949.

27 HIERRO ANIBARRO, Santiago y ZABALETA DIAZ, Marta, "La retribución supervisada. La remuneración de consejeros de la sociedad cotizada", en *Retribución de Consejeros*, Dir. Santiago Hierro Anibarro, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 950.

sobre la proporcionalidad o no de la retribución y al juez para decidir su carácter excesivo en el caso en que se impugne el acuerdo²⁸.

4. Conclusiones.

Así, hemos destacado que además de su función preventiva, en el sentido que obliga a que la decisión asamblearia se justifique en base a tales criterios, la incorporación del principio de adecuación importa la incorporación de un control de los acuerdos remunerativos que impone un criterio del que debe servirse el juez para resolver sobre la proporcionalidad o exceso de la remuneración fijada.

Coincidimos con Otaegui que en virtud del requisito mediante el cual la sociedad debe fundar la adecuación de la remuneración que se aprueba en exceso, lo que sucede es que dicha decisión se encuentra sujeta a un contralor judicial no sólo de legalidad, sino también a un control de mérito. En efecto, no basta que la mayoría vote la remuneración excedente sino que además debe probarse el desempeño de las tareas y que la retribución acordada era necesaria o adecuada²⁹.

Muchos de los antecedentes jurisprudenciales³⁰ sobre la materia que han sido ampliamente comentados por la doctrina han resuelto la nulidad de la decisión asamblearia que fija la remuneración del directorio en base a criterios que han sido ampliamente cuestionados por la doctrina. Tal es el caso de la incorporación de la teoría del riesgo empresario aplicable a los administradores o la limitación del régimen de excepción sólo a aquellos administradores que cumplen tareas técnico administrativas en forma ocasional y no así a los que lo realizan en forma habitual y como su único medio de vida.

De hecho la doctrina que ha comentado estas posiciones jurisprudenciales destaca que si bien el fallo "Riviere de Pietranera" tuvo la mejor de las intenciones para solucionar un caso concreto, su error fue construir una teoría general para sustentar una sentencia particular que pudo encontrar fundamentos en los derechos del caso³¹. Como bien lo señala Rubin³², no puede dejar de señalarse que surge del propio fallo que la sociedad demandada, Riviere e Hijos S.A., era una pequeña empresa familiar³³ cuyos accionistas respondían a dos grupos

28 GARCIA VICENTE, José R., "Competencia para acordar la remuneración y límites materiales y modales", en "Retribución y prestación de servicios de los administradores de sociedades", Dir. José Antonio García Cruces, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 87.

29 Agrega el autor que "Es de notar que tal control de mérito procede también con motivo de la constitución de reservas facultativas que tienen que ser razonables y responder a una prudente administración (art. 70) y en caso de limitación o suspensión del derecho de preferencia sólo admisible cuando el interés de la sociedad lo exija (art. 197). En todos estos supuestos no basta el control de legalidad del acuerdo asambleario respectivo sino que el mismo para ser válido debe además sujetarse al control de mérito. OTAEGUI, Julio "Algunas cuestiones sobre la retribución de los directores", ED 181-122. En contrario se ha resuelto que "Quien invoca abuso de derecho y falta de relación entre el porcentaje de la remuneración de los directores y las tareas cumplidas por éstos, deben aportar evidencia fáctica que sustente tal cuestionamiento...Debe rechazarse el cuestionamiento del accionista actor, en lo concerniente a la falta de relación entre los honorarios fijados y las tareas realizadas por el directorio, pues además de la dudosa posibilidad de controlar el mérito y la valoración en cuya virtud el órgano de gobierno decidió establecer la remuneración, ningún elemento de juicio aportó el impugnante en punto a demostrar algún despropósito grave y manifiesto que vulnere el interés social o se aparte de las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias...Las alegaciones del impugnante en torno a la presunta abusividad del derecho o del poder de mayorías (art. 1071 del Código Civil), deben ser rechazadas cuando carecen de elemental base probatoria y solo traducen un mero desacuerdo con las consideraciones desarrolladas por el sentenciante que no resisten la técnica recursiva exigida por el art. 266 del Código Procesal" (CNCom, Sala C, 06/07/2007, "Mas, Manuel c/ Utsch Argentina S.A. s/ ordinario, RDSC, Año 9, N° 47, Ago/Sept 2007, pág. 297.

30 CNCom, Sala B, 07/07/1995, "Riviere de Pietranera c/ Riviere e Hijos SA", LL 1997-A-134, CNCom, Sala D, 20/11/2000, "Distrel SA c/ Nogués Hnos. SA", societario.com, Ref. 177

31 MATA Y TREJO, Guillermo E. "La remuneración de los directores de Sociedades Anónimas. Necesidad de un planteo normativo y doctrinario", ED 199-556

32 RUBIN, Miguel E., La remuneración de los directores de sociedades anónimas. Por qué estamos como estamos y propuestas para una indispensable reforma legislativa", ED 1 y 2 de noviembre de 2017.

33 "Más tal circunstancia no opaca lo antes afirmado, sino que demuestra una contingencia de un momento histórico en el que, a fin de reducir costos, se opta por esta alternativa, máxime cuando conforme calificación efectuada por el miembro fundador José Amancio

familiares enfrentados. A su vez, ha sido reconocido por la vocal preopinante del fallo que durante el proceso las partes habían realizado una escasa labor probatoria, destacando que la prueba pericial había sido bastante deficiente³⁴. Coincidimos con el autor en que de los lineamientos del fallo se desprende que nos encontramos ante una clásica maniobra abusiva mediante la cual la mayoría intentaba limitar los beneficios a los accionistas minoritarios a través del pago de remuneraciones que encubrían el pago de dividendos a un director que se reconoció jubilado y distaba de ser un director profesional.

Hubiera sido suficiente que el Tribunal confirmara la sentencia de primera instancia fundando su decisión en que no se había probado efectivamente las labores que habilitan el régimen de excepción del art. 261 LGS. Sin embargo, a partir de un notorio obiter dictum construyó una posición jurisprudencial que ha alterado la normal interpretación del régimen de excepción del art. 261 LGS aplicable a los directores con funciones técnicas o ejecutivas³⁵.

Conforme a lo expresado, y más allá del alcance de cada uno de los recaudos, el aspecto fundamental del régimen de excepción lo constituye el hecho que la asamblea deben fundar la necesidad de remunerar a los directores en exceso a los límites legales, lo que importa -en definitiva- la necesidad de acreditar que la remuneración a fijar resulta adecuada de acuerdo a las tareas efectivamente realizadas. En consonancia con ello, al ordenar que la asamblea se expida expresamente sobre la razonabilidad y alcance de las tareas realizadas y la ponderación de las mismas con la remuneración fijada, supone que el ordenamiento legal permite un contralor judicial de mérito sobre la adecuación de la retribución.

Todo ello se complementa con un régimen probatorio que impone que la sociedad tenga a su cargo probar la pertinencia de aplicar el régimen de excepción.

Se ha expresado que los límites general y especial fijan un pauta a partir de la cual se presume que la retribución que se fije por encima de dichos parámetros resulta abusiva³⁶. Bajo tal posición, consideramos razonable que dentro de los límites legales la retribución pueda ser aprobada por asamblea en forma sencilla y sin mayores restricciones. En cambio, superados los límites y por esa presunción de abuso, la Ley impone un régimen especial para remunerar al administrador que debe cumplir con los recaudos legales de excepción y fijarse una remuneración adecuada a sus funciones y que ante el cuestionamiento por parte de algún accionista se habilite un control judicial de mérito sobre la pertinencia de la remuneración aprobada en exceso en base al principio de adecuación.

En definitiva el control eficaz a la fijación de la remuneración del directorio se expresa por la razonabilidad que debe exigirse a la decisión asamblearia que la determina y por el consecuente control de mérito judicial que debe exigirse a los magistrados en base al principio de adecuación.

Riviere, la demanda es una "pequeña empresa de grupo familiar" (ver fs. 257)".

34 Pues bien: ingresando ahora en la valoración del aporte probatorio efectuado por cada una de las partes advierto que examinadas las probanzas arriadas puede sostenerse que los contendientes podrían haber actuado con mayor encomio y diligencia. La actora demostrando la suficiencia del 25% para remunerar las tareas efectivamente realizadas por los directores; y la demandada, justificando que el 25% de las ganancias no resultaban suficientes para abonar -en el mercado nacional- a personas idóneas para desempeñar las mismas tareas que sus directores llevaban a cabo, y que se hallaban cumplidos los requisitos exigidos para posibilitar la superación del límite consagrado por el art. 261.

35 En este sentido se ha expresado que "No escapa al suscripto que el fallo tuvo la mejor de las intenciones para solucionar un caso concreto, pero su error fue construir una teoría general para sustentar una sentencia particular que pudo haber encontrado fundamento en los hechos del caso" (Matta, pág. 562).

36 RUBIN, Miguel E., La remuneración de los directores de sociedades anónimas. Por qué estamos como estamos y propuestas para una indispensable reforma legislativa", ED 1 y 2 de noviembre de 2017

EL ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO SOCIETARIO

E. Daniel Balonas

SUMARIO

Las particularidades del conflicto societario determinan que la vía judicial no resulta apta para su resolución. Por ello entendemos que legislativamente debe imponerse el arbitraje de derecho institucional como mecanismo para la resolución de todo conflicto societario salvo que el contrato establezca expresamente lo contrario.

PONENCIA

1. INTRODUCCIÓN.

Quienes nos dedicamos al derecho societario sabemos que el conflicto entre socios tiene ciertas particularidades que hacen que la vía judicial pocas veces -o ninguna- aporte una solución.

Al contrario, la vía judicial suele ser solo el medio para abrir el camino a una negociación. Negociación a la que muchas veces el que está cómodo en su lugar se niega o resiste. Las medidas cautelares son, en general, el equilibrio necesario entre el socio que está fuera de la administración -que no tiene información ni maneja la caja social- y el socio que administra -que costea el conflicto con la caja social y dispone de información-. Pero no mucho más que eso, y a veces ni siquiera eso.

En ese marco, los juicios que se acumulan y eternizan no resuelven el conflicto ni siquiera con la sentencia, ya que la sociedad y régimen de mayorías no se alterará.

Entendemos que la brevedad en los tiempos que aporta el arbitraje sería la solución a una gran parte de los problemas. Lógicamente no a todos.

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONFLICTO SOCIETARIO.

La naturaleza breve de una ponencia nos impide desarrollar todas las características del conflicto societario, mas sintetizaremos las que creemos que lo caracterizan, diferenciándolo de otros.

El conflicto, en muchos casos -aunque no en todos-, tiene raíz en la diferencia de participación de los distintos socios. Sabemos que nuestra Ley ha entregado el gobierno de la sociedad a las mayorías, considerándolas el mejor intérprete del interés social. Lógicamente es común que la minoría no comparta tal decisión legislativa. Este conflicto no puede ser resuelto -salvo mediante la salida del socio- ya que cualquiera sea el resultado del litigio, la mayoría seguirá siendo mayoría y el minoritario seguirá molesto con ello.

A ello se suma que dispone la Ley la prevalencia del Interés Social por encima de los particulares, así como la preferencia de las acciones sociales a las individuales. Ello tampoco agrada a las minorías y, por otro lado, las lleva al absurdo de verse obligadas a demandar a la sociedad, cuando su conflicto no es con la sociedad sino con sus socios. En no pocos casos ello determina situaciones realmente absurdas.

Así los conflictos entre los socios se eternizan en cada vez más juicios, costosos, con medidas cautelares también eternas, que, siempre, atentan contra la "salud" de la Empresa.

Y lo más importante, la sentencia definitiva en un juicio -habitualmente- nada resuelve del conflicto. En efecto, podrá declararse -o no- la nulidad de una asamblea, o la remoción de un administrador, o hacerse lugar -o no- a una acción de responsabilidad. Pero el conflicto no se resuelve. La mayoría sigue siendo la misma y la minoría también.

3. LA SITUACIÓN DE LOS SOCIOS ANTE EL CONFLICTO.

La situación de los socios ante el conflicto difiere según controlen o no la administración. En el primero de los casos tienen como ventaja que los costos del litigio los paga la sociedad, disponen de la caja social, disponen de más información, toman decisiones y registran en libros con lo que, de algún modo, preconstituyen situaciones jurídicas. Pero todo ello tiene un costo: Durante el conflicto pierden libertad en cuanto a la administración y asumen responsabilidades.

Por el contrario, quien está fuera de la administración debe costear el litigio, tiene menos información y el paso del tiempo lo desgasta anímica y económicamente. A cambio de ello tiene libertad para asumir un rol cuestionador y no asume responsabilidades.

En general las medidas cautelares tienden a compensar ese desequilibrio -sin lograrlo en su totalidad- aunque son costosas -para ambas partes- y su efectividad tiende a reducirse con el tiempo, a medida que las partes se acostumbran a ellas.

En esta situación la prolongación del conflicto no beneficia a ninguna de las partes, salvo cuando alguna de ellas administra a la sociedad en su propio beneficio, aunque sabemos que esta situación tampoco será eterna. Especialmente, el paso del tiempo, perjudica a la sociedad.

4. LOS LITIGIOS JUDICIALES.

Ya explicamos que cada juicio nada resuelve. Pese a ello los litigios se multiplican: Impugnaciones de asamblea -al menos una por año-, remoción de administradores, acciones de responsabilidad. Acciones de nulidad. Exclusión de socios. Cada uno con sus medidas cautelares.

En cada expediente se reiteran pruebas.

Las impugnaciones de asamblea se suceden con frecuencia anual, y, claro, llegan a superponerse cuatro o cinco de ellas antes que se resuelva la primera. Y no sirve de mucho la resolución de la primera cuando queda pendiente resolver las otras.

Cuando se acumulan el efecto es aún peor, ya que los juicios se demoran aún más.

Las remociones de administradores duran más que el mandato asignado a ellos, con lo que se vuelven abstractas solo con que la mayoría decida cambiar de administradores.

Esta eternización, aún cuando desgasta y tiene un alto costo económico, también produce acostumbramiento al conflicto, y poco a poco, incluso, desalienta la voluntad de negociar.

5. EL ARBITRAJE.

Es un método alternativo, muy antiguo, aunque poco utilizado. En nuestro país está previsto en casi todos los códigos procesales y desde el año 2015 tiene regulación expresa en el Código Civil y Comercial, como un contrato por el cual las partes acuerdan resolver el conflicto mediante arbitraje, renunciando a la jurisdicción judicial que solo queda como remanente para ejecutar el laudo si ello fuese necesario.

Como parte del contrato se acuerdan las reglas del arbitraje y designación de árbitros o, habitualmente, se elige un tribunal institucional que implica aceptar su régimen de desig-

nación de árbitros y las reglas procesales que rigen el procedimiento que desembocará -en pocos meses- en el laudo definitivo que pondrá fin al litigio.

Salvo pacto en contrario los árbitros pueden dictar medidas cautelares y es habitual renunciar a la mayor parte de los recursos -excepto el de nulidad por vicios graves de procedimiento- de modo de obtener firmeza en la solución lo antes posible.

Así, el arbitraje garantiza -contractualmente- una solución en pocos meses, evitando que los juicios se acumulen unos sobre otros.

Ello evita la acumulación de expedientes, eternización de medidas cautelares y los costos que de todo ello deriva. Si no se alcanza un acuerdo en la audiencia preliminar, en pocos meses un laudo pone fin al litigio. Ya sabemos que ello no resuelve el conflicto entre los socios, sin embargo la celeridad genera un ámbito mucho más proclive a la negociación, ya que el tiempo deja de ser una herramienta de manipulación del conflicto.

Es por todo ello que consideramos que el arbitraje de derecho institucional es el medio más apto para resolver el conflicto societario.

6. ANTECEDENTES.

Hasta el año 1972 el Código de Comercio, en su art. 448 proponía un régimen en sintonía con esta ponencia, disponiendo el arbitraje para la solución de todo conflicto societario, excepto pacto en contrario.

Luego la Ley 19550 derogó ese régimen imponiendo el judicial en su artículo 15, al punto que durante muchos años, con jurisprudencia diversa, se discutió si, pese a ello, existía la facultad de incorporar una cláusula compromisoria al estatuto social o si el art. 15 lo vedaba.

Finalmente, a partir de una interpretación de la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial en el año 2003¹ se admitió la validez de las cláusulas compromisorias en los estatutos, que incluso desde la Inspección General de Justicia se convalidaron estableciendo un modelo que, de ser adoptado, evitaba todo cuestionamiento.

A partir de ese modelo se impusieron dos principios: a) El arbitraje debe ser en la Ciudad de Buenos Aires y b) Debe ser arbitraje institucional.

Los proyectos de reforma de la Ley de Sociedades de los últimos 20 años, en todos los casos, incluyeron un incentivo expreso al arbitraje -aunque siempre requerían la cláusula compromisoria para que el mismo sea aplicable- y la imposición del mismo salvo pacto en contrario cuando se discuta el valor de la participación de un socio.

La Ley de Sociedades por Acciones Simplificadas (27349) también lo propone, aunque al igual que los referidos proyectos, incentiva la cláusula, pero tampoco es automática.

7. CONCLUSIONES.

Entendemos que el arbitraje es el método más adecuado para tratar el conflicto societario, donde la celeridad en la resolución economiza costos y genera un ámbito más proclive a la negociación, evitando la eternización de conflictos y medidas cautelares que solo logran destruir a las sociedades.

¹ CNCom, Sala C, 3/6/2003, ORCAJODA BROISSON C/ SAVI

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR OMITIR TRATAR LOS ESTADOS CONTABLES EN EL PLAZO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 234 DE LA LGS

María Barrau

SUMARIO

En la Ponencia analizamos la situación que se encuentran los socios o accionistas cuando los directores omiten convocar en tiempo y forma para tratar los estados contables y por ende la distribución de dividendos y las formas en que se puede atemperar los perjuicios y la responsabilidad de los administradores.

PONENCIA

Los administradores tienen la obligación de confeccionar los estados contables en tiempo y forma y convocar a asamblea para tratar los mismos. La falta de convocatoria para tratar los mismos con lleva a la imposibilidad que los accionistas retiren los dividendos en el momento oportuno. Esta situación produce un perjuicio para los accionistas que no pueden disponer del dinero que le corresponde. Pero en nuestro país la situación es mucho más compleja y perjudicial toda vez que como consecuencia de los procesos inflacionarios los accionistas recibirían una utilidad depreciada. En base a lo expuesto, creemos que es recomendable que en casos como el descrito, los directores previnieran estas consecuencias y para evitarlas, colocaran las utilidades del ejercicio sin distribuir en un plazo fijo capitalizable mensualmente para que no perdiera valor el dinero y de esa manera tener una base legítima que los habilite a distribuir a los accionistas no sólo dividendos depreciados, sino la suma resultante de la inversión del dinero a plazo fijo con más los intereses capitalizados. Sería una forma legal de atemperar el perjuicio del accionista afectado por la demora imputable a los funcionarios sociales. Creemos que esta es una razonable solución para reducir el perjuicio de los accionistas y consecuentemente la posibilidad de que se promuevan acciones de responsabilidad en contra de directores, síndicos y contra la propia sociedad.

FUNDAMENTACION.

I.- IMPORTANCIA DE LOS ESTADOS CONTABLES. El artículo 234 de la LG.S artículo 234 inciso uno consagra “Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver sobre los siguientes asuntos: 1) Balance General, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico, y toda otra medida de la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme la ley o el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia y el síndico.”

Para considerar los puntos 1 y 2 será convocada dentro de los cuatro meses de cierre de ejercicio.

El Art. 68 de la ley general de sociedades consagra como condición para que se distribuyan dividendos, la existencia de ganancia líquida y realizada que surja de un balance aprobado

por los socios o accionistas. Sobre el concepto de ganancia líquida nos hemos referido en otras publicaciones.¹

Sin perjuicio de ello partiendo del concepto que el término ganancia líquida y realizada lo hemos analizado y estudiado en profundidad y que existen serias contradicciones al momento de precisar este término.² En esta ponencia nos abocaremos a estudiar la responsabilidad de los administradores y sus consecuencias ante la falta de confeccionar y por ende de convocar a asamblea en tiempo y forma para tratar los estados contables y la distribución de dividendos.

II.- OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES. La ley establece un plazo de tres meses para que los administradores confeccionen los estados contables y convoquen a asamblea para su tratamiento. La normativa omite consignar una sanción directa y específica ante la falta de convocatoria. Sin perjuicio de ello, decimos que dicha falta lleva a los administradores a incurrir en las sanciones establecidas en los art 59 y 274 de la LGS. Es aplicable el principio general que rige en materia de responsabilidad. O sea, cuando existe antijuridicidad, si a consecuencia de la misma se produce un daño, el damnificado tiene derecho a pedir ser indemnizado. Más simplemente, si la obligación del directorio es proyectar los Estados Contables y convocar a una asamblea para tratarlos, la omisión de hacerlos no puede ser irrelevante.

Los administradores obran como un buen hombre de negocios conforme el art 59 de la L.G.S. y responden conforme el artículo 274 de la L.G.S. hacia la sociedad los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 59, así como por violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo abuso de facultades y culpa grave.

A su vez son de aplicación a la responsabilidad de los directores los artículos 159 y 160 del Código Civil y Comercial estableciendo que los administradores de las personas jurídicas deben obrar con lealtad y diligencia. Y el artículo 160 consigna que los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros por los daños causados por su culpa o en ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.

Por último también resultan de aplicación a los administradores de las personas jurídicas los artículos 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial. Indicando de esta manera los factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. En el artículo 1725 se valora la culpa. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Es decir, que los administradores deben obrar como buenos hombres de negocios, Además como buenos administradores debiendo conocer la obligación de confeccionar los estados contables en tiempo y forma, principalmente debido al sinnúmero de efectos que trae aparejado la aprobación de los estados contables.

1 Barrau María " La Distribución de Utilidades en las sociedades y corporaciones "pág 173 <https://gulminelliyasociados.com/assets/dra-barrau-libro-2018.pdf>

2 Barrau María " La Distribución de Utilidades en las sociedades y corporaciones "pág 241 <https://gulminelliyasociados.com/assets/dra-barrau-libro-2018.pdf> . Barrau, Maria. " Análisis sobre la distribución de utilidades". Publicación. Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE)Tomo XIV. Junio 2022

Para ello debemos partir del presupuesto que los administradores tienen la obligación de confeccionar los estados contables. Estos últimos revisten, para la sociedad, el carácter de un proyecto, hasta tanto el balance no sea aprobado por la asamblea, toda vez que si la asamblea no lo aprueba o aconseja algunas modificaciones pueden llegar a confeccionarse uno diferente. De esta forma consideramos que para la sociedad carece del valor de estado contable vinculante hasta tanto los accionistas lo aprueben. Sin perjuicio de ello, para los administradores, tiene un conjunto de consecuencias jurídicas revistiendo algo como una rendición de cuentas que estos realizan a lo socios o accionistas, y por ende si es falso el órgano de administración queda responsabilizado y puede ser pasible de acciones civiles y penales.³ Es decir que el primer elemento que debemos contar para poder distribuir dividendos a los accionistas son los estados contables.

Como consecuencia directa de ello el incumplimiento por parte de los administradores de confeccionar los estados contables en tiempo y forma trae aparejado un conjunto de consecuencias y perjuicios para los accionistas.

III.- PERJUICIO PARA LOS ACCIONISTAS. Como manifestamos, en este supuesto el derecho al dividendo se ve impedido por la conducta culpable o dolosa de los directores. Esta consecuencia no es menor porque si el accionista percibe oportunamente esos dividendos, puede invertirlos, cambiarlos por una moneda fuerte o simplemente depositarlos a plazo fijo renovable mensualmente. En cambio, si los Estados Contables fueran aprobados con demora y lo que se pusiera a disposición del accionista fuera un importe en moneda depreciada, esa diferencia constituiría un perjuicio indemnizable. Los responsables serían los directores y síndico en su caso por no haber actuado conforme con la pauta de comportamiento prevista en el art. 274 y siguientes o 296 y siguientes de la LGS.

Pese a lo expuesto, que parece incontrovertible a la luz de la normativa citada, es notable que no se advierta que en la práctica los jueces sean muy severos al momento de responsabilizar a los directores de las sociedades anónimas por no haber convocado a asamblea en legal tiempo y forma. Es cierto que este tipo de demandas no es frecuente tampoco.

En virtud de lo expuesto, se debe señalar que esta práctica común de demorar el tratamiento de los estados contables y pasar en algunas oportunidades varios años sin debatirlos en la asamblea puede generar acciones de los accionistas contra la sociedad y contra los administradores por los perjuicios causados por haberse vistos privados de dividendos que podrían haber legalmente percibido.

Según las reglas que se aplican para efectuar la contabilidad, las ganancias de un ejercicio, quedan plasmadas cuando dicho ejercicio se cerró. Luego con el transcurso de los años dicha cuenta tiene inexorablemente variaciones como consecuencia de ajustar dichos montos por inflación como indican las normas contables.

Pero, la situación es más grave de lo que parece, -como se dijera- porque al omitir tratar los estados contables en tiempo y forma, no solo priva a los accionistas de disponer de sus dividendos y por ende los perjuicios que ello trae aparejado sino que como consecuencia de los periodos inflacionarios las ganancias del ejercicio y por ende los dividendos repartibles pierden valor adquisitivo. Si a esto le agregamos la prohibición de indexar que establece la ley 23928, la situación se agrava. Más aún cuando la jurisprudencia tanto de la CSN como

³ Barrau María " La Distribución de Utilidades en las sociedades y corporaciones "pág. 133 <https://gulminelliyasociados.com/assets/dra-barrau-libro-2018.pdf>

de la SCBA, por ejemplo, aplica tasas muy bajas por mora y no permite su capitalización. Ver para ello Gulminelli Ricardo Ludovico ⁴

En los casos referidos, existe un importe que el accionista podría percibir en concepto de dividendos. Lo debería fijar la asamblea determinando qué porcentaje de las ganancias líquidas y realizadas sería distribuido en concepto de dividendos. De la lectura del balance que se apruebe, surgirá el monto que se debió distribuir. O sea, el mismo surgiría del estado contable a la fecha en la cual fuera confeccionado. Por otra parte, habría un monto que figuraría en el balance actual de la cuenta de resultados de ejercicios anteriores que debería estar ajustado por inflación.

La problemática que se plantea en este caso, es qué monto se propone distribuir a los accionistas en concepto de dividendo.

Una opción sería distribuir los dividendos que figuran en los estados contables del ejercicio correspondiente sin ajustar por inflación. Situación que haría que los accionistas que se vieran privados de retirar los dividendos en tiempo sufrieran doble perjuicio: el no poder disponer del dinero y la pérdida del poder adquisitivo del mismo. Esta situación legitimaría que los accionistas perjudicados pudieran promover una acción individual de responsabilidad en los términos del artículo 279 de la LGS contra los directores y síndicos en su caso. La otra solución sería que la asamblea decidiera distribuir los dividendos de acuerdo a las ganancias del ejercicio que no se distribuyó, ajustado por inflación. Para ello el directorio debería adicionar al monto de la ganancia el correspondiente ajuste por inflación y proponer su distribución. Es discutible este proceder, teniendo en cuenta la normativa citada de la ley 23928 aunque indudablemente sería algo justo. Además, en el supuesto bajo análisis, se podría invocar que es obligatorio el ajuste por inflación a los importes que la sociedad tuviera como utilidad sin distribuir. Aun si se aceptara esta posibilidad de ajustar los importes, para el supuesto de que no se mantuviera el poder adquisitivo de los accionistas, los mismos se encontrarían legitimados para iniciar la acción individual de responsabilidad societaria en los términos del artículo 279 de la LGS por la totalidad de los perjuicios causados. Lo que se podría alegar como indiscutible por el accionista perjudicado es que por lo menos tendría derecho a percibir una suma que fuera equivalente a la que resultaría de aplicar los importes originarios a plazo fijo con interés capitalizado mensualmente. Un procedimiento legítimo que cualquiera puede llevar a cabo con dinero de su peculio.

PONENCIA

En base a lo expuesto, creemos que es recomendable que en casos como el descripto, los directores previnieran estas consecuencias y para evitarlas, pusieran las utilidades del ejercicio sin distribuir en un plazo fijo capitalizable mensualmente para que no perdiera valor el dinero y de esa manera tener una base legítima que los habilite a distribuir a los accionistas no sólo dividendos depreciados, sino la suma resultante de la inversión del dinero a plazo fijo con más los intereses capitalizados. Sería una forma legal de atemperar el perjuicio del accionista afectado por la demora imputable a los funcionarios sociales. Creemos que esta es una razonable solución para reducir el perjuicio de los accionistas y consecuentemente la posibilidad de que se promuevan acciones de responsabilidad en contra de directores, síndicos y contra la propia sociedad.

⁴ Gulminelli, Ricardo L. " Un sistema jurídico para un país imaginario ". • RDCO 299 , 1805 • TR LALEY AR/DOC/3449/2019

LA ACCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS Y LA SUSPENSIÓN DE DECISIONES ASAMBLEARIAS

José David Botteri y Diego Coste

SUMARIO

Resulta procedente vincular la acción de impugnación por nulidad de decisiones assemblearias con la acción preventiva de daños del Código Civil y Comercial. En tal caso, se pueden solicitar tres tipos de medidas cautelares diferentes de acuerdo a la etapa de ejecución de la decisión que se trate.

I. Las nulidades assemblearias y la acción preventiva de daños.

La medida cautelar de suspensión preventiva de decisiones de asamblea accede legal y naturalmente a una demanda de impugnación por nulidad de decisiones assemblearias (arts. 251/2 Ley 19.550 –LGS–. Las nulidades son una sanción que integra el cuadro de ineficacias de los actos jurídicos (arts. 382 y ss., Código Civil y Comercial –CCC–) y sus requisitos de procedencia se relacionan con la contravención al orden público, la moral o las buenas costumbres en el caso de las nulidades absolutas, o la lesión al interés de ciertas personas (art. 386 CCC) en las nulidades relativas.

Los daños resarcibles implican en nuestro derecho actual, una lesión a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737 CCC).

Resulta, en consecuencia, sencillo en la actualidad relacionar las nulidades de decisiones de asamblea con los daños. La amplitud del concepto de daño de nuestro CCC carecía de esas dimensiones en los Códigos de Vélez Sarsfield que identificaban los daños con perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria, en los términos del art. 1068 del viejo Cód. Civil. Así es como hoy en día la relación entre nulidades assemblearias y el derecho de daños es ya muy evidente.

II. Los deberes de prevención assemblearios.

El CCC reguló la responsabilidad civil incorporando de manera expresa algunas normas en materia de función preventiva de daños, como el art. 1710 CCC que consagra el deber genérico de prevenirlos. Este deber ha sido impuesto a toda persona y rige para la sociedad, para los socios, administradores y fiscalizadores. En cuanto dependa de todos y cada uno de estos sujetos, deben evitar daños no justificados y adoptar de buena fe las medidas razonables para prevenir que se produzcan daños o disminuir su magnitud, o a no agravar el daño, si es que ya se produjo.

Cuando se trata de decisiones de asamblea ese deber impone un específico modo preventivo de obrar a los socios considerando sus relaciones entre sí. Toda decisión social tiene un fin y precisa de medios para satisfacerla. Toda disposición de medios sociales líquidos en una resolución assemblearia supone una restricción a los derechos individuales de los socios, que deben ceder en el aprovechamiento de bienes comunes (por ej. utilidades o beneficios), como —si el fin excede los recursos sociales— los socios tienen el deber de realizar sacrificios patrimoniales individuales haciendo aportes, como sucede en los casos

de aumento de capital.

Por tales razones las decisiones asamblearias deben efectuar una elección cuidadosa de los medios hacia los fines de la organización, buscando el mínimo sacrificio posible a los socios, que -como dijimos- deben resignar su derecho a las utilidades, como (en su caso) realizar sacrificios patrimoniales individuales. Todas estas explicaciones pueden resumirse de un modo simple: cuando se pretende afectar el interés de alguien, hay que explicarle muy bien los motivos.

En materia societaria, tanto los objetivos de las decisiones sociales como los medios para ejecutarlas no pueden ser arbitrarios, sino que deben estar justificados. La pauta para efectuar una justificación racional de los objetivos y medios es el respeto al interés social, que ya hemos definido en trabajos anteriores¹. El interés social, como valor, exige que la elección de los medios para el logro de los objetivos sociales necesarios para la sustentabilidad del sistema genere el menor sacrificio posible para los socios.

El CCC contiene, para el caso de la violación del deber de prevención ya mencionado, una acción jurídica específica: la preventiva de su art. 1711 que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, no siendo exigible la acreditación de factores de atribución (culpa, dolo, riesgo creado, etc.). Los legitimados para promoverla son quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 CCC), por lo cual esta acción se extiende a todas las personas interesadas en la marcha de los negocios sociales. Esto significa que los socios (por ínfimos minoritarios que sean) siempre podrían promover una acción de este tipo, en el caso que la decisión social sea previsible que genere un daño, el que —repetimos— no es más que una lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento.

Resulta de interés conocer que según el art. 1713 CCC el juez debe disponer en sentencia, si admite la acción preventiva, de manera definitiva o provisoria, obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según corresponda con el criterio (es una regla muy similar a la idea que acabamos de explicar recién acerca del modo preventivo de obrar en una asamblea) de la menor restricción posible y utilizando el medio más idóneo para asegurar eficacia en la obtención de la finalidad del fallo.

En materia societaria, una acción de este tipo dictada contra una resolución asamblearia en el marco de un conflicto interno de socios, debería acompañar a una acción por impugnación de decisiones asamblearias del art. 251 de la LGS. Se trata de acciones vinculadas entre sí por el mismo fin, que es el de evitar daños a la sociedad.

La medida cautelar específica para la acción de impugnación del 251 LGS es la suspensión preventiva de decisiones asamblearias del art. 252, LGS, que carece de la sencillez y de las atribuciones judiciales que el CCC ha otorgado a los jueces al regular las acciones preventivas. Sin embargo debe tenerse en cuenta, que en materia de daños, el art. 1709 CCC establece en orden de prelación la aplicación de las normas indisponibles del CCC y luego, las de la ley especial (la LGS, en nuestro caso), por lo cual lo más razonable es considerar ambos institutos.

III. La suspensión de decisiones asamblearias y la acción preventiva de daños.

¹ El interés social, en nuestro concepto, es un valor que proviene de la necesidad de cohesión social y de evitar el desmembramiento de la organización. Puede verse en tal sentido, de nuestra autoría, "Actualidad del interés social", Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, 3, año III, Ed. La Ley, junio 2012.

La cautelar del art. 252 de la LGS es una de las pocas vinculadas al conflicto societario en el derecho argentino (la otra clásica es la intervención judicial de la administración en los arts. 113 y ss., LGS) que otorga facultades al juez, un poco estrechas o amplias según se mire, pero que son la contracara de la libertad de los socios de tomar decisiones sociales.

En casi todas las leyes del derecho societario moderno, la mayor libertad que se concede a la sociedad y a los accionistas tiene por contrapeso ampliar la función judicial común, que fue lo que hizo el CCC con la acción preventiva de daños. Esto es algo que no parece ser recogido en el derecho societario argentino actual, por ejemplo por la ley 27.349 que regula la SAS².

Si resulta previsible que una decisión social pueda generar daños, la LGS establece que —como requisito— deben existir motivos graves, una exigencia no incluida en el CCC. Sin embargo, la LGS no dice qué es lo que el juez debe hacer respecto de la suspensión de la medida y —como vimos— el nuevo Código amplió las facultades judiciales al respecto y la legitimación para promover este tipo de acciones, lo cual resulta ser saludable.

En cualquier caso no es muy sensato afirmar que la acción preventiva del art. 1710 del CCC pueda ser admitida —en todas las hipótesis— sin motivos o con razones vanas; el problema es más bien el de tener referencias en cuanto a la gravedad de los motivos, una cuestión de valoraciones a la que los jueces son afectos por la seriedad de su función. Hasta tanto no se modifique la LGS, resulta razonable considerar —dentro del llamado “diálogo de fuentes”, que no es otra cosa más que una sensata integración del orden jurídico, que:

1) Los solicitantes de la medida —si se pretende integrar ambos regímenes— deberían acreditar previsibilidad en los daños que genere la decisión social, en su patrimonio o en el patrimonio social, entre otros motivos graves.

2) No deberían imponerse restricciones de legitimación (por ejemplo, grados de participación accionaria) a los promotores de la medida del art. 252, LGS en la medida que estén legitimados sustancialmente para promover la impugnación de la decisión asamblearia que se trate; y

3) Las facultades judiciales se han ampliado: los jueces deberían disponer a pedido de parte o aún de oficio y de manera definitiva o provisoria obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según corresponda con el criterio de la menor restricción posible y del medio más idóneo para asegurar eficacia en la obtención de la finalidad del fallo.

IV. Tres momentos y tres remedios cautelares diferentes: genérica, suspensiva e innovativa.

Así como es posible relacionar la suspensión preventiva de asambleas con la acción preventiva de daños, debemos considerar que existe un presente, un pasado y un futuro en las decisiones adoptadas por una asamblea.

² Por ejemplo: el art. 996 de la Companies Act del Reino Unido, por ejemplo, faculta a los jueces a: (a) regular la conducta de los asuntos de la compañía en el futuro; (b) exigir a la empresa: (i) abstenerse de realizar o continuar un acto denunciado, o (ii) para hacer un acto que el peticionario ha denunciado que ha omitido hacer; (c) autorizar que los procedimientos civiles sean iniciados en nombre y en nombre de la empresa por dicha persona o personas y en los términos que el tribunal pueda indicar; (d) exigir a la empresa que no realice ninguna modificación, o ninguna especificada, en sus artículos sin el permiso del tribunal; (e) prever la compra de las acciones de cualquier miembro de la empresa por parte de otros miembros o por la propia empresa y, en el caso de una compra por parte de la empresa, la reducción del capital de la empresa en consecuencia. Hay muchos otros ejemplos en el derecho norteamericano estadual reflejados en la Model Business Corporation Act (MBCA). La MBCA, creada por la American Bar Association, contiene entre sus normas la posibilidad de solicitar la disolución judicial de una sociedad cerrada (closely held corporation) en caso de conducta ilegal, opresiva o fraudulenta de parte de los administradores o de quienes controlan la sociedad. También prevé la posibilidad de que la sociedad o cualquiera de sus socios ofrezcan, una vez interpuesta la demanda disolutoria, adquirir las acciones del socio reclamante mediante el pago de un precio justo.

Antes de cualquier resolución social existió un llamado, una convocatoria con su orden del día y la conformación de la asamblea, con su quórum y formalidades. Como puede imaginarse, no hay en esa etapa previa decisión alguna y ningún acto que deba ejecutarse. Esto significa que las previsiones del art. 252 de la ley 19.550 (LGS), no pueden aplicarse a las irregularidades que pueden producirse en ese periodo anterior y es muy poco probable que sea admisible la acción del art. 1711 CCC con la sola convocatoria.

Para que pueda usarse esta cautelar tiene que haber necesariamente una resolución de asamblea. ¿Qué sucede si se precisa suspender una convocatoria? Esto ha sucedido algunas veces y, en los pocos casos en que se ha accedido a la medida, la jurisprudencia ha dicho que la vía es la de las cautelares genéricas del art. 232 del CPC (ídem Capital y provincia de Buenos Aires), que tienen otro tipo de requisitos: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, fundados motivos y perjuicio inminente e irreparable.

Si la asamblea adoptó una resolución y no está ejecutada, la vía que corresponde es la del art. 252, LGS, integrada con la acción del art. 1711 del CCC si existe previsibilidad de daños, como accesorias a una demanda por impugnación de decisiones asamblearias conforme el art. 251 LGS. Por “ejecutada” debe entenderse que la decisión esté cumplida, concluida o consumada en su realización. El peticionante de la cautelar debe ser un socio que no votó favorablemente cualquiera sea el grado de su participación social (o el ausente, o el que votó a favor con vicio en su voluntad), director, síndico, miembro del comité de vigilancia o la autoridad de contralor, que son los legitimados para impugnar por nulidad la decisión en los términos del art. 251, LGS. Esta última acción debe haberse deducido, debe acreditarse que la medida no causa perjuicio a terceros, que existe previsibilidad de daños y motivos graves y debe darse caución por los daños que la medida pueda ocasionar a la sociedad.

Como puede verse, esto es lo que sencillamente requiere el art. 252, LGS, integrado al art. 1711 del CCC. Destacamos que la caución es necesaria y que no es un requisito dispensable en la legislación societaria, ya que normalmente la suspensión de una decisión de asamblea ocasionará algún daño, aunque más no sea, por la demora en ejecutar la decisión. La norma no exige que se acrediten “perjuicios irreparables” (bastaría con la previsibilidad dañosa), sino que no se causa perjuicio a terceros y, respecto de la sociedad, debe darse la caución mencionada.

Si no hay perjuicio a terceros y si se garantizan los potenciales daños respecto de la sociedad a través de una caución suficiente, en la medida que exista previsibilidad dañosa como motivo grave, la cautelar es admisible y debe procederse a su dictado, despachándose como acción preventiva, con más amplias facultades por parte de los jueces. No corresponde que un juez solicite otros requisitos —como en la antigua jurisprudencia— porque no lo exige la ley, no son necesarios ni compatibles con el nuevo régimen de responsabilidad civil, ni tampoco útiles.

Debe considerarse que el hipotético daño que el socio podría ocasionar a la sociedad con la medida cautelar del art. 252, LGS, también se lo produce indirectamente a su propio patrimonio, por lo cual, bajo esa perspectiva, es un exceso contrario a la ley (tal y como entender que el interés social se identifica con el del grupo mayoritario) exigir requisitos para esta precautoria, más allá de los legales establecidos que ya son bastantes, incluyendo la contracautela, claro está.

Pasemos al tercer momento: decisiones asamblearias cumplidas, ejecutadas, consumadas en un hecho, en una obra finiquitada. Ya no hay daños previsibles, pero puede haber agravamientos futuros de la situación lesiva. ¿Procede la medida del art. 252 LGS o del 1711 CCC del modo en que lo venimos sosteniendo? Por supuesto que no, porque la norma requiere

decisiones no ejecutadas para ser suspendidas. No hay posibilidad de una “suspensión” o de “prevención” de la ya hecho y consumado.

Sin embargo (y pese a ello) puede proceder la acción preventiva de daños, si se trata de hechos consumados que provocan un agravamiento de los perjuicios ya sufridos por el accionante. “Suspende” significa, también, según el diccionario en la acepción correspondiente, ‘detener o diferir por algún tiempo una acción u obra’³, y acá la obra está concluida. ¿Puede obtenerse una medida cautelar en estos casos? Claro que sí. Pero no será la medida del art. 252 de la LGS, que como vimos en el punto anterior es una medida societaria que se comprende dentro del sistema societario y en los especiales vínculos que ligan a socios y directivos con la sociedad.

La medida cautelar que correspondería —si no se trata del caso de agravamiento de daños— es una cautelar innovativa, que es una medida genérica del art. 232 del CPC pero que tiene tipicidad en el moderno derecho procesal y en algunos códigos rituales y que posee requisitos propios que exceden en mucho la modesta cautelar del art. 252 de la LGS.

Jorge W. Peyrano definió esta medida en los siguientes términos⁴: “[E]s una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de la libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar —a diferencia de la mayoría de las otras— no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando —sin que concorra sentencia firme de mérito— que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente”.

Ese tipo de medidas exige que se acredite la irreparabilidad del perjuicio (*periculum in damni*), que es un requisito propio de este tipo de precautorias, que se han despachado en casos especialísimos: demoras irrazonables en otorgar piezas ortopédicas, suspensiones de ejercicio de profesiones límite como la de jinete de caballos de carrera; todas situaciones muy excepcionales en donde el transcurso del tiempo incrementaba los daños de manera exponencial al punto de casi impedir el ejercicio de un derecho legítimo o del empleo de algo esencial para la vida y subsistencia⁵. Se trata de una medida realista y material donde el dinero —que parece que todo lo puede reparar de algún modo en las sentencias— no resulta suficiente y en la que hay siempre efectos respecto de terceros, potencialmente perjudiciales.

Como puede notarse entre la cautelar del art. 252, LGS, y una innovativa en estos casos, hay muchas diferencias. Por eso no resulta razonable, y de hecho es contrario al régimen del art. 252, LGS, identificar los dos institutos o exigir requisitos que solo son necesarios para uno u otro caso y que tienen relación con los efectos de ambas medidas: la cautelar del art. 252 no es una innovativa porque se exige en su caso que los actos de ejecución de la decisión asamblearia no estén cumplidos y no se ocasione un perjuicio potencial a terceros y la irreparabilidad de perjuicios es una exigencia de la cautelar innovativa, pero no de la suspensión del art. 252, LGS.

3 Del latín *suspendere*, y este de *sus* y *pendere*, del protoindoeuropeo *(s)pen(d). Claramente algo suspendido es algo que queda pendiente, que no está terminado, ni concluido.

4 PEYRANO, Jorge W., “Medida Cautelar Innovativa”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 13.

5 El caso prototípico fue de la CS en autos “Camacho Acosta, M. c. Grafi Graf SRL” del 07/08/1997, Fallos 320:1634. Cita online: AR/JUR/2335/1997. Véase el comentario de CAVA, Claudia, “Sentencia Anticipada (despacho interinos de fondo)”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, año 2000, p. 722.

LA INFLACIÓN Y LOS DERECHOS DEL SOCIO

José David Botteri y Diego Coste

SUMARIO

La inflación vuelve a tener protagonismo en las decisiones que se adoptan en el seno de las sociedades. Consideramos diferentes hipótesis en las que resulta necesario realizar ajustes para evitar desequilibrios y, en la medida en que se puedan establecer valores conforme la regla del art. 772 del Código Civil y Comercial, resulta aconsejable ajustar las obligaciones conforme esa norma para evitar desequilibrios. También postulamos la modificación del art. 11 inc. 4to. de la LGS permitiendo que el capital se exprese en moneda de valor constante.

1. La inflación y el derecho societario.

Pese a que la inflación es un fenómeno económico que lamentablemente ha estado presente en la mayor parte de la historia económica de nuestro país, sin embargo no abundan trabajos que vinculen directamente al derecho societario con la depreciación monetaria.¹

La Ley General de Sociedades 19.550 (LGS) es uno de los sistemas normativos que alientan la creación de empresas pero no es el único, pues hay muchos otros: la ley de Cooperativas 20.337, la ley de emprendedores 27.349, la ley 24.467 de Pymes, las leyes de reforma del Estado como la 23.696 que dio origen a la mayoría de las empresas importantes en nuestro país, junto a un largo etcétera. Todas las empresas deben sostenerse en el difícil ámbito de un mercado inflacionario que está regulado por leyes de derecho económico que permiten o impiden ajustes por inflación para equilibrar las prestaciones.

En este punto, el derecho societario tiene obvias limitaciones: no podrían establecerse ajustes por inflación por fuera de las regulaciones en materia monetaria y fiscal sin generar desequilibrios profundos entre los distintos actores económicos, como lo son el Estado, las personas físicas y otras organizaciones, como las cooperativas, mutuales, etc.

Pero sin ser la creación y desarrollo de empresas el rol excluyente del derecho societario como a veces se lo pretende, sí lo es la regulación de los derechos de los socios y administradores dentro de su ámbito. Y en este tema tiene una importancia preponderante pues establece normas indisponibles para los usuarios del sistema (por ejemplos los arts. 13, 54, 69, 245 de la ley 19.550, como casos muy claros) y determina con leyes y jurisprudencia vinculante qué es lo que pueden o no hacer o pactar los socios en su relación con el ente del cual forman parte.

A esta altura bueno es recordar el pensamiento de Sergio Le Pera: *“nuestro derecho societario tiene un aire barroco en el que lo útil está sacrificado a lo divertido”*², refiriéndose a la multiplicidad de tipos sociales estériles, pero también al control que el legislador quiere reservarse de los tipos societarios, al monopolio que los organismos administrativos ejercen sobre la redacción de los específicos contratos o estatutos sociales, a la sobrevaloración

¹ El único de publicación reciente dedicado a esta cuestiones es acertado trabajo del Prof. Ricardo L. Gulminelli titulado “Un sistema jurídico para un país imaginario” publicado en RDCO 299, 1805; cuyas conclusiones compartimos.

² Le Pera, Sergio “Joint ventures y otras formas de cooperación entre empresas independientes”, en “Joint venture y sociedad”, Astrea, Bs. As., 1984, p. 203.

de la inscripción registral para determinar las relaciones entre las partes y la de éstas con terceros, al requerimiento de información nunca procesada que es inútil para la administración e inútil para los demás, a la amenaza de prohibiciones, sanciones y anatemas por razones de principio; al sujetar la actividad económica a la obtención de sellos y aprobaciones irrelevantes; y –en definitiva- a querer encerrar al mundo en expedientes polvorientos propio de la Casa de Contrataciones, pero no del mundo industrial.³

Esta característica propia del derecho societario argentino tiene su reflejo en materia de derechos de los socios y en cómo se resuelven los conflictos entre sí, o entre ellos y la sociedad, porque nuestro derecho societario no termina por admitir que en materia de responsabilidad la regla primordial es la del art. 1728 del Código Civil y Comercial –CCC- que dice que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes *previeron o pudieron haber previsto* al momento de su celebración.

Ninguno o casi ninguno de los contratos de sociedad contiene cláusulas que equilibren los derechos de los socios frente a la inflación y no es porque aún rijan los restos de la ley de Convertibilidad 23.928 que impiden indexar créditos: tampoco son frecuentes cláusulas que tengan pactados intereses que corresponden a créditos usuales entre socios o entre éstos y la sociedad. Ningún estatuto-tipo, por ejemplo de lo usual en esta cuestión, prevé cosa semejante.

Al momento del conflicto se pueden comprobar como habituales los problemas que siguen a continuación, que pueden tener remedio con la sana previsión o –en casos de notoria injusticia- con la actuación de un juez razonable.

2. Las cuentas particulares de socios y administradores.

Los socios y administradores habitualmente retiran fondos de la caja social en distintos momentos, esperando compensarlos al final del ejercicio con dividendos u honorarios. Naturalmente existen pactos en tal sentido pero es raro que estén escritos en alguna parte, entre muchas razones, por lo dispuesto en el art. 68 LGS que impide la distribución de dividendos sin balance aprobado.

Es frecuente que los retiros de los socios o de los administradores no sean proporcionales y muchas veces se realizan sin consentimiento del resto de los integrantes sociales. Es frecuente que los retiros sean “según necesidad”. Este tipo de práctica provoca distorsiones, porque con una inflación superior al 50% anual, la fecha de los diferentes retiros incide en la compensación con los dividendos u honorarios al cierre beneficiando a algunos y perjudicando a otros.

La única forma de equilibrar este tipo de prácticas en computando intereses a tasa activa devengados desde la fecha de cada extracción, de manera tal de considerar valores más o menos constantes a la hecha de la compensación y parificar la situación de todos los integrantes. Así se ha resuelto algunas veces, por ejemplo, cuando se han considerado los retiros en materia fiscal (ver CNContadmFed. Sala III, autos “*Compañía de Transportes Paz Hnos. SA c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo*” del 12/09/2019 Cita: TR LALEY AR/JUR/39308/2019).

El fallo citado no tiende lógicamente a proteger los intereses de los socios disidentes, sino los del Fisco respecto de una maniobra que consistía en que los directores o accionistas

3 Le Pera, Sergio “Joint venture y sociedad”, Astrea, Bs. As., 1984, p. 12.

retiraban los fondos disponibles los primeros días del mes y los restituían a fin de mes o en plazos breves. Así la empresa eludía el pago de ganancias gravadas y aprovechaba los beneficios del régimen de ajuste por inflación (Angel Schindel: Disposición de Fondos a favor de Terceros”, Doctrina Tributaria-Agosto de 2006, N° 317, p. 727, y sus citas; autos Alemany, Gallegos Fedriani (en disidencia parcial) expte. 13.850/09 “Tensioactivos del Litoral S.A. (T.F. 16655-I) c/ D.G.I.”. 19/11/2009 de la CNContadmFed Sala V). Como puede verse estas sentencias son un claro ejemplo acerca de cómo puede perjudicarse a un socio o al Fisco con ese sencillo mecanismo de retirar y devolver y cuán necesario es aplicar intereses a los retiros o realizar algún pacto que equilibre este tipo de situaciones.

3. La cuenta de ajuste al capital.

Dice el art. 62 LGS que los estados contables deben confeccionarse en moneda de valor constante. Sin embargo, existen limitaciones normativas muy serias para llevar adelante plenamente ese postulado en nuestro país cuando la inflación arrecia, como en esta época (ej: los problemas del ajuste por inflación impositivo contenido en el tít. VI de la Ley del Impuesto a las Ganancias (LIG) que sólo son aplicables cuando los índices del INDeC resulten superiores a los establecidos en el último párrafo del art. 106 de la LIG (t.o. 2019 s/ dec. 824/2019).

En cuanto al capital nuestra jurisprudencia tiene establecido que la austera cuenta de ajuste al capital pertenece al patrimonio neto y que no implica otra cosa más que el derecho de los accionistas a la entrega de las acciones liberadas que proporcionalmente les corresponden sobre el capital ajustado.

De ello se sigue que, previo a todo aumento de capital mediante el aporte efectivo de dinero o bienes, resulte obligatorio considerar los saldos de dicha cuenta en los términos del art. 189 de la LGS (causa 44946/05 “*Prinmar SA c/ Cafiero y Pollio SA s/ Ordinario*” del 04/04/2013, CNCom sala A). La infracción a dicha doctrina –sobre todo frente a un aumento de capital que omite esa previa capitalización y licúa la participación de algún socio disidente- es otra cuestión que es necesario considerar en esta materia.

La cuestión fundamental es nuestro ámbito es que la cuenta capital sólo puede cumplir su triple función (financiera para la sociedad, garantía hacia terceros y de posicionamiento respecto de los socios) adecuadamente si está expresada en valores más o menos constantes. Una cuenta de ajuste depreciado no resulta útil y produce distorsiones respecto de las dos últimas funciones citadas, con el riesgo de lesión de derechos.

Por nuestra parte y para evitar los muchos problemas que plantea las cifras de capital irrisorias en nuestro país respecto de los aportes de los socios o de la evolución del activo no corriente, propiciamos modificar el art. 11 inc. 4 LGS admitiendo que el capital de nuestras sociedades pueda constituirse y expresarse en moneda de valor constante, asumiendo definitivamente que la mayoría de los bienes de capital se cotizan en nuestro país en moneda extranjera.

4. El pago de dividendos diferido.

Las asambleas deciden distribuir dividendos pero la fecha de pago se difiere o se establece que se pagarán “conforme disponibilidades”, dentro del ejercicio siguiente con demoras en el pago y sin ninguna compensación. Con una inflación creciente y superior al 50% ese tipo de modalidades, que eran más o menos inocuas en el pasado, terminan lesionando los derechos de los socios. Peor en el caso del socio que no retiró anticipadamente fondos, conforme vimos en el punto 2.

A nuestro parecer se trata claramente de un supuesto de abuso de derechos del art. 10 del CCC y de una infracción al deber de lealtad del art. 59 LGS, si no se justifica razonablemente la demora sin compensación alguna y la sociedad tiene liquidez suficiente. La diligencia exigible a los administradores es la de que determinen con alguna precisión las fechas de pago y establezcan alguna compensación por intereses, si existían fondos disponibles.

Nuestra jurisprudencia tiene dicho que en caso de mora en el pago de dividendos, la sociedad adeuda intereses a la tasa del Banco Nación para sus operaciones habituales de descuento de documentos a treinta días aplicando el plenario de la CNCom del 27.10.94, "SA La Razón s/ quiebra s/ inc. De pago de los profesionales", publ. en LL 1994-E-412; todo ello conf. fallo CNCom Sala E "Govea, Eduardo c/ Hardoy, Edmundo" del 18/03/2008.

Existe cierta tendencia a considerar que la obligación de pago de dividendos es de plazo cierto aun cuando se cuente con plazos máximos para concretar el pago y la decisión de asamblea sea operativa desde su ratificación por parte del directorio. No obsta a tal conclusión el hecho de que el domicilio de pago sea el del deudor. Es que en las obligaciones a plazo, se produce la mora por su solo vencimiento, sin que resulte relevante el lugar de pago (CNCiv Sala B, "Indesa c/ Mejores Hospitales s/ Ord", del 20/06/2008). También se ha dicho que si no se ha acreditado que se hubiera fijado estatutariamente un plazo para el pago de los dividendos, ni que ese plazo lo determinara la asamblea de accionistas, corresponde que los intereses corran a partir del cierre del ejercicio en que se devengaron los dividendos (CNCom Sala D, expte 48984/09 "Norfina Sociedad de Bolsa SA s/ Quiebra s/ Incidente de revisión por Calles Ricardo", del 28/11/2012).

Como dijimos al inicio, estas son cuestiones que fácilmente pueden ser previstas en los contratos de sociedad, respetando la regla del art. 1728 del CCC.

5. La cuota de receso depreciada.

El ejercicio del derecho de receder ya tiene todos los problemas que ofrece el art. 245 LGS respecto de la fijación de su valor y fecha de pago. La norma establece que debe considerarse el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse y que su importe resultante deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, salvo los casos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94, inciso 9), en los que deberá pagarse dentro de los sesenta (60) días desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario. Afortunadamente la jurisprudencia consideró razonable la idea de un balance especial a la fecha del receso (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, in re: "Sar Sar, Roberto Mario c/ Hemodiálisis San Martín S.R.L. s/ ordinario", del 21.12.11; o el balance de ejercicio incorporando además un revalúo prudente de los activos fijos y bienes de uso amortizados y otras cuentas anexas, conf. fallo de la CNCom Sala A, expte 26485/10, "Donaire Rosa y otro c/ Rastas SRL y otros s/ Ordinario", del 29/12/2017).

Sin perjuicio de ello el plazo de un año para el pago sin réditos o la falta de ajuste razonable del balance, plantea los mismos problemas que ya vimos en los puntos anteriores. Ha sido la Cámara Federal la que ha dicho que "...el valor de las acciones resultantes del último balance debe mantenerse a través del tiempo, corrigiendo su traducción nominal desde ese momento hasta la fecha del pago. Si la actualización partiera de la fecha de comunicación del receso se mantendría el valor histórico desde esa fecha, pero ese valor histórico no coincidiría, en periodos de inflación, con el valor real "resultante del último balance", de

modo que quedaría desoído el mandato de la ley. Además, como el art. 62, de la ley de la materia, establece que los estados contables deben confeccionarse en moneda corriente, ello quiere decir que contablemente, desde la fecha del cierre del balance pertinente, el valor de los bienes sociales se sigue actualizando..." (Cám CivComFed Sala II, votos de los Dres. Mariani de Vidal y Vocos Conesa, autos "Rader SA de Radiodifusión c/ Jorba, Teresa s/ Pago por consignación", causa N° 944/97 del 02/12/1997).

Esta última noción tiene su reflejo adecuado en la norma del art. 772 del CCC en materia de obligaciones de valor, que sería enteramente aplicable al caso si la demora fuera apreciable, adunando el ajuste con intereses a la tasa que mencionamos en el punto anterior.

6. La prima fija.

En los aumentos de capital la fijación de una prima para evitar que los socios que no suscriben el aumento no se vean tan perjudicados, ya ha sido establecido como un deber en muchos casos (CNCom Sala B "Lurie, Jorge c/ Ponieman Hnos. SA s/ Sumario" del 19/05/1997, Sala C "Block, Susana c/ Frigorífico Block SA s/ Sumario", publ. en LL del 29.8.05, entre muchos otros).

Pero si son extensos los plazos diferidos de pago de la suscripción de acciones y las primas son fijadas en moneda que se deprecia, el efecto de licuación de la participación del socio es similar. Un modo sencillo de equilibrar esta cuestión es establecer valores de prima en moneda de valor constante o con ajuste a las fechas de pago de la suscripción, pues de otra manera el incremento del valor del patrimonio neto de la sociedad durante el plazo de financiamiento de la suscripción, no estaría reflejado en el valor de la prima incumpliendo al regla del art. 772 del CCCC.

Esta otra cuestión también se resolvería estableciendo que la prima se pague en moneda de valor constante (moneda extranjera) siendo que –como dijimos- la mayoría de los bienes de capital en nuestro país se cotizan en esa clase de valores y mantener el capital o la prima de emisión en pesos, lo único que provoca es un desajuste desafortunado entre los estados contables y la realidad económica del patrimonio social.

7. Recomendación y conclusiones.

Pretender que la inflación no existe y que se puede seguir atado en materia societaria al principio nominalista es ya una irrealidad que genera desequilibrios y lesiones a intereses fundamentales de los socios y administradores. Se recomienda en este punto adecuar estatutos y actos internos societarios a la regla de previsibilidad del art. 1728 del CCC para evitar la desgracia de la imprevisión en materia de la cuantificación de obligaciones sociales. Se puede concluir en que el Código Civil y Comercial permite ajustar las obligaciones cuando las deudas son de valor, conforme la regla del art. 772 del CCC y en muchos casos esa referencia a un valor contable es necesaria para equilibrar los derechos en juego. En otros, cuando la obligación es indudablemente dineraria, corresponde la aplicación de intereses a tasa activa para morigerar los desequilibrios que puedan existir.

Recomendamos que si en nuestro país la mayoría de los bienes de capital se cotizan en moneda extranjera de valor más o menos constante, es hora de asumirlo y permitir que el capital de las sociedades se pueda expresar en dicha moneda, lo cual también facilitará las inversiones que se necesitan para el desarrollo nacional.

LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE GOBIERNO EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV

Rafael F. Bruno

SUMARIO

Las decisiones adoptadas por las sociedades de la sección IV a través de su órgano de gobierno (o el que haga sus veces), cuando no hay previsión contractual, resultan susceptibles de ser impugnadas según las directivas contenidas en el art. 251 LGS.

1. La sección IV se ocupa de regular las sociedades "...que no se constituyan con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omitan requisitos esenciales o que incumplan con las formalidades exigidas por esta ley..." (art. 21 LGS).

En lo que aquí interesa, admite la oponibilidad del contrato entre los socios y expresamente reconoce que las "cláusulas relativas a la representación, a la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad" pueden ser invocadas entre ellos (art. 23 LGS).

De esto se deriva que, si hay previsión contractual, a esa previsión habrá que estar a efectos de dilucidar cómo impugnar la voluntad expresada por medio del órgano de gobierno (o el que haga sus veces).

No obstante, la ley no establece a estos efectos -esto es, a los efectos de regular cómo impugnar lo que así hubiera sido decidido- ningún régimen supletorio de la voluntad de las partes expresada en el contrato, lo cual genera el interrogante acerca de cuáles son las reglas bajo las cuales, en tal caso, esa impugnación debe ser canalizada.

A nuestro juicio, la impugnabilidad es inherente a toda decisión colectiva, que, tomada por mayoría, también puede ser ilegal o abusiva, a lo que se agrega que estaremos siempre ante actos jurídicos que pueden padecer vicios.

Desaparecido hoy el obstáculo -inoponibilidad del contrato- que antes impedía llevar a juicio la cuestión, forzoso es admitir que el socio disconforme puede cuestionar estas decisiones.

La duda es ante quién y bajo qué reglas.

2. En cuanto a lo primero, las soluciones son dos: a) si se aceptara que estamos ante decisiones orgánicas, el planteo de nulidad debería ser efectuado sólo ante la sociedad; y b) si, en cambio, se sostiene lo contrario con sustento en la ausencia del "componente normativo" inherente a la noción de órgano, la demanda debería plantearse también frente a los socios. Según nuestro ver, la posición correcta es la primera; pues, si bien es cierto que la expresión de la voluntad de estas sociedades no está regulada en la ley ni lo estará -en los supuestos que tratamos- tampoco en el contrato, ello no autoriza a obviar que siempre estaremos ante un sujeto de derecho (art. 2 LGS) que, como todo él, debe poder expresarse, no con ajuste a las reglas del mandato como ocurre en los contratos asociativos que no generan sujetos de derecho (arts. 1442 y ss. CCyC), sino mediante una expresión de voluntad que

deberá considerarse orgánica (art. 358 CCyC y 46 código procesal).

Ya bajo el viejo régimen la personalidad de las sociedades irregulares y de hecho era reconocida por nuestra doctrina y jurisprudencia¹, según criterio que se mantiene en el régimen actual y se ha ampliado a otras sociedades “defectuosas” (v.gr. atípicas), todo lo cual ha sucedido bajo un nuevo paradigma: esas sociedades canalizan derechos de los interesados que pueden dar lugar a conflictos cuyo planteo judicial debe poder ser admitido porque se trata de relaciones plenamente oponibles entre ellos.

Si se acepta que estas sociedades son sujetos de derecho y su expresión de voluntad es orgánica, se resuelve el primer interrogante: si es la sociedad la que se expresa, sólo ella es la legitimada para recibir el reclamo de nulidad de aquello que hubiera querido expresar, por lo que la demanda no exige traer al juicio a los socios.

3. Nos queda entonces –ante el supuesto que se comparta lo dicho hasta aquí–, definir cuáles son las pautas que deberían aplicarse frente al silencio del contrato.

Según nos parece, la solución pasaría por acudir a las directivas que surgen del art. 251 LGS. Es verdad que esa norma sienta las reglas de impugnación de las decisiones asamblearias que se adoptan en las sociedades anónimas, pero también es cierto, que esa es la única norma que con mayor detalle reguló el asunto en la ley.

Bien que para un supuesto donde lo impugnado era una decisión adoptada por una sociedad de responsabilidad limitada a través de la reunión de socios, se señaló que frente a la ausencia de previsión específica en el acto constitutivo en torno al modo en que se cuestionarían las decisiones del órgano de gobierno, hay consenso en aplicar por analogía las normas de las sociedades anónimas a las sociedades de responsabilidad limitada para cubrir este vacío legal².

No encontramos, al menos en principio, ningún obstáculo que impida adoptar la misma solución.

La aplicación de aquella norma nos confirma lo sostenido más arriba en punto a que el sujeto legitimado pasivo de esa acción es la sociedad; nos delimita el juez competente y la sujeta a un plazo de caducidad.

4. A modo de conclusión, podemos afirmar entonces que en la hipótesis de trabajo, las decisiones adoptadas por las sociedades de la sección IV a través de su órgano de gobierno (o el que haga sus veces), resultan susceptibles de ser impugnadas según las directivas contenidas en el art. 251 LGS.

1 (ver, por todos: Zaldívar y otros... “Cuadernos de derecho societario” Vol. 1, pág. 124, edit. Abeledo – Perrot)

2 CNCom., Sala F, en autos “Geza SRL y otros c/ Goncalves, Claudio Javier y otros s/ sumarísimo”, del 07/10/21, y sus citas).

LA CAUCIÓN DEL ARTÍCULO 116 DE LA LEY 19.550 EN EL CASO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL CON DESPLAZAMIENTO

Daniel Alejandro Casella¹ y María Alejandra Jurado²

PONENCIA

Corresponde que se exima al socio peticionante de una intervención judicial de la caución del artículo 116 de la ley 19.550 en aquellos casos en donde se resuelva la intervención con desplazamiento, en virtud que no existe posibilidad de un pronunciamiento absolutorio posterior y, por ende, de eventuales derechos de la intervenida para una acción resarcitoria contra el solicitante.

FUNDAMENTO

La intervención judicial de una sociedad constituye una medida cautelar de excepción, que debe ser evaluada con suma prudencia y criterio restrictivo, pues importa la intromisión e interferencia en la vida interna del ente societario³.

Como toda medida cautelar, es provisional (art. 202 del Código Procesal) por lo que las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron, y en cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento. Es un estado jurídico provisional susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio, al variar los presupuestos determinantes de la traba, o al aportarse nuevos elementos de juicio que señalen la improcedencia del mantenimiento de la medida o la conveniencia de su ampliación o sustitución por otra.

Ahora bien, la intervención cautelar societaria, en los casos de desplazamiento del órgano de administración estatutario es una medida a la que se recurre una vez agotadas todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones u omisiones. Es por lo general ordenada luego del análisis de la documentación que se acompaña a la demanda y a los hechos relatados resultando prueba irrefutable de un claro desprecio a los derechos del demandante. Ello suele surgir de informes que fueran presentados por el veedor o coadministrador judicial donde se presentan irregularidades y desorden administrativo-contable de la empresa, la ausencia de libros exigidos por la ley, el funcionamiento defectuoso de sus órganos, la ausencia de regularidad en las registraciones contables, o cuando media una clara y flagrante desatención de los administradores sociales a los requere-

¹ Abogado de la Universidad de Belgrano. Master en Leyes (Tulane University, School of Law), Louisiana, EEUU. Profesor Adjunto Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Derecho. Buenos Aires, Argentina. Investigador en Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales (INSOD), Buenos Aires, Argentina.

² Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA) y Derecho Tributario (ECAE-PTN). Docente en Universidad Nacional Buenos Aires (UBA) y Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Departamento de Derecho. Investigadora en Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales (INSOD), Buenos Aires, Argentina.

³ CNCom, Sala D, 15/12/05, Galván, Daniel O. otro c/ Microomnibus Barrancas de Belgrano y otros s/ Medidas cautelares s/Inc. de apelación", CNCom., Sala B, 16/10/03, "Desalvo, Claudia y otro c/ Clase S.A. y otros s/ordinario".

rimientos judiciales de un veedor o coadministrador, entre otras hipótesis graves, pues sólo por razones excepcionales se puede afectar el desenvolvimiento de una firma tercera a la litis. Esto es, se decidirá el desplazamiento cuando el juzgador puede inferir con suficiente grado de verosimilitud el derecho alegado por el pretensor.

Ya decía Odriozola que no corresponde sustituir a los administradores societarios por un funcionario judicial, si no se aprecia que la actuación de aquéllos sea de una irregularidad tal que pudiera poner en peligro grave a la sociedad y perjudicar el interés de los socios, sin posibilidad de ser subsanado por otra vía⁴. No es objeto de esta ponencia proponer una interpretación distinta de la dispuesta por la ley en el último párrafo del artículo 114, sino cuestionar la naturaleza de la cautela que el artículo 116 impone a los jueces.

Es pacífica la jurisprudencia del fuero comercial de la capital que dispone que están a cargo de la parte que solicitó la medida la caución del artículo 116 de la ley 19.550, que debe dar cobertura respecto de los perjuicios que la medida puede causar a la sociedad y las costas causídicas, costa que, debe interpretarse, son las generadas por el trámite de declaración de responsabilidad y determinación de los daños, conforme lo dispuesto por los artículos 199 y 208 del C.P.C.C.N., pues aquella norma de la ley 19550 opera armónicamente con los preceptos procesales. Dicha contracautela debe establecerse en función de las particularidades de la cuestión, la índole de la medida ordenada, los perjuicios que la medida puede ocasionar a la sociedad, así como las eventuales costas causídicas (artículo 116, ley 19.550 y artículo 225, inc. 4º del C.P.C.C.N.). La contracautela es impuesta aun cuando la cautelar coincida parcialmente con el objeto de la demanda⁵.

Ahora bien, ¿Es razonable imponer caución real en los casos de intervención con desplazamiento? Entendemos que no. La contracautela tiene por efecto cubrir, frente al afectado por la cautela, la responsabilidad patrimonial de quien al pedir y obtener la medida precautoria, lo hizo con abuso o en exceso de su derecho, y las costas que genere la especificación de tal responsabilidad. La práctica profesional nos permite asegurar que, según los tribunales, ello no incluye en su cobertura el pago de los honorarios al interventor judicial, de modo que la misma no puede afectarse para realizar la peticionaria de la medida u obtener el auxiliar de la jurisdicción ese pago. Esto último ha sido cuestionado en una ponencia presentada en un congreso pasado⁶.

Respetuosamente disentimos con el criterio expuesto en el proyecto de reforma de la ley general de sociedades presentado en el año 2019 (S1726/19), pues en su artículo 116 solo faculta al juez a fijar la cautela en casos de veeduría, resultando inexcusable en caso de coadministración o administración donde se contemple los perjuicios que la medida pueda causar a la sociedad y las costas causídicas.

Por el contrario, proponemos – para una futura reforma - que en casos de intervención judicial con desplazamiento sea facultad expresa de los jueces disponer la obligación de la cautela real sino juratoria o incluso eximirse de la misma, pues resulta improbable que haya un pronunciamiento absolutorio posterior y, por ende, de eventuales derechos de la intervenida para una acción resarcitoria contra el solicitante. La caución juratoria queda reservada sólo a hipótesis de verosimilitud extrema (arts. 210 incs. 2 y 3; 212 incs. 2 y 3 del

4 ODRIOZOLA, Carlos "Intervención judicial e intervención administrativa de la sociedad" en "Cuadernos de Derecho Societario" t. IV., E. Zaldivar, pág. 403.

5 CNCom., Sala C, "Manente, Germán T. c/Antonio Manente S.A. s/ Sumario s/ Inc. de medida precautoria".

6 RAISBERG, Claudia E. y ALONSO, Ana C., Los alcances de la contracautela en la intervención judicial de sociedades, XI Congreso de Derecho Societario – Mar del Plata 2010.

C.P.C.C.N.) lo cual ocurre en caso de existir suficientes pruebas para pronunciarse sobre la intervención con desplazamiento.

No olvidemos que, en la mayoría de los casos, el solicitante - un socio minoritario que debió promover una acción derivada de un conflicto interno societario y para ello recurrir a abogados y escribanos para llevar adelante medidas tendientes a agotar la vía societaria - debe además afrontar de su peculio los honorarios de los interventores judiciales designados que se resuelvan sin que medie pronunciamiento definitivo sobre las costas, pues tales emolumentos deben ser atendidos por la parte que solicitó la medida cautelar y no por quien resultó afectado por la misma, hasta tanto medie decisión definitiva al respecto. Una vez dirimida la cuestión principal procederá establecer en forma definitiva el sujeto pasivo de la regulación.

Por supuesto que la interesada puede optar por presentar una póliza de seguro de caución o bien adoptar alguna otra modalidad dentro de las prerrogativas que otorga el 199 C.P.C.C.N., cuestión que debe plantearse ante el juez de grado. Tengamos presente que en algunos casos, opciones como ofrecer las acciones de la propia sociedad no siempre ha sido receptada favorablemente por los tribunales del fuero de la capital⁷, lo cual dificulta el cumplimiento de la contracautela.

En síntesis, en una intervención concedida en tales circunstancias, someter al socio peticionante a un esfuerzo económico mayor al que sufre como consecuencia del conflicto societario en ciernes, resulta una carga excesiva para el actor y ciertamente un disuasivo para iniciar las acciones legales tendientes a la protección de los intereses sociales.

⁷ A favor: CNCom., Sala D, 25/10/04, "Villar, Emma C. y otros c/ Paats Carradini, Agustín y otros", MJJ3804; en contra: CNCom., Sala C, 19/08/08, "Dialeva, Húlio C. c/Moroquen S.A.", JA, 2009-I-750; ídem, Sala B, 09/09/09, "Klug, Nora M. c/ Aguilar, Alberto D. s/ incidente de medidas cautelares (art. 250)".

DERECHO DE INFORMACIÓN. REGLAMENTACIÓN DEL EJERCICIO DEL EXAMEN DE LIBROS Y DOCUMENTACIÓN. SUJETOS LEGITIMADOS

Albert E. Chamorro Hernández

SUMARIO

Obstaculizar o prohibir el ejercicio del derecho de información podría catalogarse como uno de los actos más lesivos que pueda pergeñarse en contra de los socios. Denota una conducta por demás grotesca de aquellos que pretenden apropiarse con prepotencia de un emprendimiento comercial, despojando y apartando a todos aquellos legitimados que intenten obtener información sobre lo que pueda llegar a estar acaeciendo en el seno societario.

Lo que debiera ser el ejercicio de un derecho “ágil y simple”, muchas veces se torna tedioso y hasta violento debido a las trabas que pueden llegar a interponerse.

Cuando ha quedado demostrado y probado que no existe posibilidad de acceso y consulta a la información pretendida, se produce un cambio de paradigma en la forma de encarar la temática, debiendo en consecuencia analizar vías alternativas para que tal derecho sea ejercido en debida forma.

Es aquí en donde se pretende trazar un paralelismo con lo que ocurre con el pedido de convocatoria a asamblea judicial o administrativa (artículo 236 de la LGS), en el que es la entidad convocante quien toma las riendas del proceso, controlando y ejecutando las medidas pertinentes para así llegar al objetivo deseado, o sea, la efectiva celebración de una asamblea.

Lo mismo debiera acontecer con el ejercicio del derecho de información. Ni bien el mismo resulta vulnerado, es la autoridad judicial quién debe tomar cartas en el asunto y evitar que quien ejerce la conducta obstructiva continúe con su finalidad de ocultamiento.

Esta ponencia propone la reglamentación del derecho de examen de libros y documentación por parte de todo aquel que tenga un interés legítimo para que, cuando se deba recurrir a la autoridad judicial, toda documentación y/o información sea presentada directamente por ante el juzgado interviniente. De esta forma se evitarían dilaciones, ocultamientos o al menos dejar en clara evidencia el comportamiento de quienes pretenden menoscabar derechos de quienes se han visto apartados de la vida societaria.

PONENCIA

1.- Clasificación del derecho de información. Normativa aplicable

Una inicial aproximación al tema nos permite clasificar al derecho de información conforme el siguiente detalle: (a) el que se ejerce para concurrir a una Asamblea General Ordinaria que considera balance anual; (b) Aquél que se ejerce para conocer el estado en el que se encuentra el ente societario frente a determinados temas que hacen al interés del requirente.

El *primer supuesto* indicado refiere al ejercicio del derecho de información para asistir munido

de información a una asamblea. En este supuesto resulta aplicable el Artículo 67 de la Ley General de Sociedades que específicamente señala cuál es la documentación que debe quedar a disposición de los socios con no menos de quince días de anticipación del acto asambleario¹.

Para el *segundo supuesto* mencionado, resulta llamativo el devenir legislativo existente para esta temática. El derogado Código Civil contenía en el Artículo 1696 una cláusula específica que disponía: *“La prohibición legal o convencional de injerencia de los socios en la administración de la sociedad, no priva que cualquiera de ellos examine el estado de los negocios sociales, y exija a ese fin la presentación de los libros, documentos y papeles, y haga las reclamaciones que juzgue convenientes”*.

Concomitantemente con dicho precepto y hasta el día de la fecha, es el Artículo 55 de la Ley General de Sociedades es el que regula en forma específica el tema².

Lo novedoso es que aquel Artículo 1696 del anterior Código Civil no encuentra su correlato en el vigente Código Civil y Comercial de la Nación. Sólo se advierte en el Artículo 158 una somera mención a la forma de ejercer la fiscalización interna de la persona jurídica, entendiendo que cuando no se está haciendo mención a los órganos de contralor competentes, debería entenderse que se refiere a los socios quienes asumirían el carácter de “controladores”³. Por su parte, y sin bien expresamente el Código Civil y Comercial establece que las disposiciones que regulan a los contratos asociativos no resultan aplicables a las sociedades comerciales (Art. 1442 CCC), el Artículo 1451 dispone ciertas obligaciones para el gestor conforme la información que le sea requerida⁴.

Vale decir que el Legislador sopesó una regulación más detallada en relación a los contratos asociativos, pero entendemos que esta situación no genera ningún inconveniente toda vez que las sociedades comerciales poseen normativa específica que justamente abarca la temática que aquí abordamos.

No obstante lo hasta aquí expuesto, el camino procesal a seguir -según sea el supuesto- es el determinado por el Artículo 781 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁵.

Vemos así que la regulación es amplia y abarcativa, pero en muchos casos de difícil aplicación práctica.

2.- Problemática

En relación al *primer supuesto* (documentación para asistir a asamblea), el tema tiene cierta certidumbre. Documentación específica que debe ser puesta a disposición en la sede

1 Artículo 67 LGS: “Copias: Depósito. En la sede social deben quedar copias del balance, del estado de resultados del ejercicio y del estado de evolución del patrimonio neto, y de notas, informaciones complementarias y cuadros anexos, a disposición de los socios o accionistas, con no menos de quince días de anticipación a su consideración por ellos. Cuando corresponda, también se mantendrán a su disposición copias de la memoria del directorio o de los administradores y del informe de los síndicos...”

2 Artículo 55 LGS: “Contralor Individual de los socios - Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes.

Exclusiones – Salvo pacto en contrario, el contralor individual de los socios no puede ser ejercido en las sociedades de responsabilidad limitada incluidas en el segundo párrafo del art. 158.

Tampoco corresponde a los socios de sociedades por acciones, salvo el supuesto del último párrafo del art. 284”.

3 Artículo 158 del Código Civil y Comercial de la Nación realiza sólo una somera y tibia descripción del instituto en cuestión, conforme el siguiente detalle: “Gobierno, administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica...”.

4 Artículo 1451 del Código Civil y Comercial: “Derechos de información y rendición de cuentas. El partícipe tiene derecho a que el gestor le brinde información y acceso a la documentación relativa al negocio. También tiene derecho a la rendición de cuentas de la gestión en la forma y en el tiempo pactados; y en defecto de pacto, anualmente y al concluir la negociación”.

5 Artículo 781 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Trámite. El derecho del socio para examinar los libros de la sociedad se hará efectivo, sin sustanciación, con la sola presentación del contrato, decretándose las medidas necesarias si correspondiere. El juez podrá requerir el cumplimiento de los recaudos necesarios para establecer la vigencia de aquél. La resolución será irrecurrible”.

social con quince días de anticipación al acto asambleario.

En relación al *segundo supuesto* (información para analizar la situación de la empresa cuando se carece de órgano de fiscalización), el ejercicio del derecho de información parecería no tener límite alguno. Esto es, que se puede pedir todo tipo de información que se considere relevante. Eso sí, debe ser “razonable” evitando conductas que impliquen el ejercicio abusivo del derecho ejercido o algún hecho puntual que pudiese llegar a acaecer, como por ejemplo cuando la entrega de documentación implique la autoincriminación por la comisión de un delito⁶.

Ahora, para ambos supuestos, los inconvenientes surgen cuando se obstruye, impide o niega el acceso a la información de una empresa.

Nuevamente: si bien el ejercicio de dicho derecho parece simple y la regulación normativa aplicable parecería no ofrecer mayores inconvenientes, en la práctica se advierten las enormes dificultades que existen.

El ejercicio profesional nos ha permitido toparnos con variada casuística. Por ejemplo, ver cómo las sociedades efectivamente ponen a disposición la documentación --que por ley corresponde-- el mismo día de la celebración de la asamblea. O cuando se pone a disposición “indescifrable” información requerida, pero lo hacen en un lugar diminuto (elegido específicamente al efecto), con enormes cajas repletas de papeles sin clasificar, y si hace calor, el lugar tiene calefacción y si hace frío, el lugar tiene aire acondicionado. No se permite el ingreso a los asistentes contables (porque físicamente es imposible que quepan) ... y cada documento que se pretende consultar es celosamente observado por un guardia de seguridad colocado al efecto con la única finalidad de amedrentar. No se puede extraer ninguna fotocopia, ya que la orden judicial sólo dispuso que le sea “exhibida la documentación”, lo que la sociedad cumple a rajatabla.

No resulta tampoco extraña la conducta observada cuando, una vez intimada por autoridad judicial, la sociedad refiere que se podrá consultar la documentación en el Estudio Contable de la Empresa, que se encuentra situado a 60 kilómetros de la sede social, en el horario de 8 a 10 de la mañana. Aclarando que sólo podrá asistir el socio, ya que la situación de pandemia existente (y perdurable) hace imprescindible que no puedan estar cerca más de dos personas a la vez.

O bien, luego de infructuosos intentos de lograr que alguien atienda en la sede social de alguna importante firma, se presenta la empresa en Tribunales indicando que atento lo voluminoso de la documentación a exhibir se ofrece enviarla vía mail... la que luego es efectivamente enviada, pero sólo con parte de archivos (muchos de ellos que no se pueden abrir), presentándose la sociedad en el fuero judicial señalando con ahínco que la documentación ha sido exhibida (cuando justamente nada de ello ocurrió).

Esto es sólo una pequeña selección de casos reales, que nos permite observar la enorme problemática advertida al momento de tener que ejercer este derecho.

Cabe mencionar que una vez obtenida dicha información, recién allí comienza el verdadero ajeteo, analizando y tratando de descubrir los motivos por los cuales se dice que la empresa “anda mal”, o tratar de dilucidar los motivos por los que no existen dividendos, en tanto que los integrantes del directorio (muchas veces accionistas) gozan de un bienestar económico envidiable.

6 “LEVY, Diego Federico y otros c/LABORATORIOS ESME S.A. y otros s/Ordinario” (CNCom, Sala A, 22/09/2015).

No se debe dejar de mencionar que cualquiera sea la conducta obstaculizadora que exista, ello implicará roces --muchas veces violentos-- del socio (conjuntamente con su abogado) para con las personas que osadamente expongan disímiles excusas para impedir el acceso a lo que se pretende, a pesar incluso de la existencia de alguna orden judicial de por medio. ¿Se puede entonces mejorar en algún modo el ejercicio del derecho de información? Entendemos que sí y necesita un rol un poco más activo por parte de la autoridad judicial interviniente.

3.- Sujetos legitimados. El derecho de información no es sólo una atribución excluyente del socio. Algunos supuestos de desconocimiento de este derecho.

El derecho de información es un instrumento para poder estar informado y de esta manera tomar decisiones a conciencia, independientemente del rol que el interesado posea dentro de la sociedad. Ergo, lo puede ejercer todo aquél que tenga un interés legítimo.

En consecuencia, puede violarse el derecho de información tanto para los socios, como para los integrantes del órgano de administración (o -en su caso- del órgano de fiscalización privada). Es un derecho que complementa y abona la conducta que se adoptará a posteriori, ya sea votando en una asamblea o en una reunión de directorio. Por ello, este derecho también puede ser vulnerado si la información que debe ser suministrada se entrega en el mismo momento en el que se asiste a la reunión. Si bien es cierto que en la reunión se puede preguntar sobre diversas cuestiones o inquietudes, se estaría participando con un absoluto desconocimiento de los aspectos de fondo que deben ser decididos en el ente societario. No se estaría obrando a conciencia⁷.

De esta manera, entendemos que el Artículo 55 de la Ley General de Sociedades no resulta aplicable sólo a los socios, sino también a los restantes integrantes de los órganos del ente societario, ya sea el órgano de administración o --en su caso-- de fiscalización.

El tema se desdibuja cuando vemos cierta corriente jurisprudencial que considera que el director no puede invocar que se estaría violando su derecho a estar informado. Parecería ser que, conforme su cargo, este derecho lo tiene en forma "innata", por el sólo hecho de ser director. Este criterio jurisprudencial, que obviamente rechazamos, entiende que el hecho de tener un director la obligación de asistir a las reuniones de directorio implica que con lo que allí se entera entonces "está informado"⁸.

No estamos de acuerdo con esta postura jurisprudencial que deja entrever que un director no puede alegar violación al derecho de información. Téngase presente que la misma conducta de ocultamiento al socio también resulta perfectamente ejecutable en contra de cualquier integrante del órgano de administración.

Merece también ser señalado el lamentable y arraigado criterio jurisprudencial de entender que no corresponde hacer lugar a una medida cautelar que suspenda la decisión de los socios cuando se aprueban ejercicios económicos en el marco de una asamblea ordinaria, a pesar de haber probado que no se brindó información alguna. Se expone como un dogma

7 La Sala A de la CNCom. consideró que no se viola el derecho de información cuando se hace entrega de documentación a considerar el mismo día de la celebración del acto asambleario convocado in re "BERMÚDEZ, Santiago Francisco c/WOLOX S.A. s/MEDIDA PRECAUTORIA s/INCIDENTE ART. 25º" de fecha 20/07/2020.

8 "... no puede dejar de observarse que el actor es director de la sociedad demandada...por lo que debió intervenir en la mayor parte del ejercicio cuyo balance fue aprobado en la asamblea cuestionada...por lo que, habría podido acceder a toda la documentación necesaria para la confección del balance y, como director, habría debido participar de la confección y discusión de estos documentos contables" (CNCom, Sala A, in re "BERMÚDEZ, Santiago Francisco c/WOLOX S.A. s/MEDIDA PRECAUTORIA s/INCIDENTE ART. 25º" de fecha 20/07/2020).

infranqueable que los balances aprobados no son susceptibles de ser suspendidos mediante una medida cautelar, que la sociedad ha dado a conocer el estado patrimonial (en los que seguramente se consideraron honorarios de los directores, distribución o no de dividendos, o el reemplazo de los mismos constituyendo reservas facultativas, afectando el derecho de propiedad de los socios). Poco importa si se ha violado el derecho de información de los socios, entre otros varios derechos vulnerados⁹.

4.- Solución Propuesta. Depósito de documentación e información en el Juzgado interviniente. Paralelismo con otro procedimiento en la LGS

Es desconcertante no tener un criterio jurídico uniforme que brinde un horizonte sobre la forma de actuación al momento de tener que recurrir a sede judicial.

Tal desconcierto parte de la inicial cuestión de tener que decidir el lugar en el que se debe brindar información. En el marco de una situación “beligerante” y demostrado que fuera la injustificada negativa (o silencio) para brindar información, entendemos que no resulta saludable que se imponga a la sociedad la obligación de tener que exhibir la documentación en la sede social... o en el estudio legal o contable externo de la empresa.

Lo que brinda mayor claridad y evita cualquier conducta “extraña” es --ante cualquier discrepancia entre las partes-- que la documentación sea depositada en el Juzgado que intervenga.

El paralelismo que pregonamos es con otro procedimiento contenido en la Ley General de Sociedades referido a la convocatoria (judicial o administrativa) a asambleas. En dicho supuesto, es la autoridad que preside el acto asambleario quien obtiene toda la documentación correspondiente para celebrarlo (Artículo 236 de la Ley General de Sociedades, en concordancia con los Artículos 165 a 169 de la Resolución General IGJ 7/15).

Esto mismo debiera aplicarse en el caso bajo análisis. La documentación requerida debería ser puesta a disposición en el Juzgado.

Ciertamente advertimos con esta propuesta más beneficios que desventajas.

Así podremos ver con absoluta claridad cuál es la documentación que se está exhibiendo, y cuál es la que se omite exhibir. Una vez depositada en el Juzgado, se concedería un plazo razonable para que tal documentación sea consultada por el interesado, con los asesores que entienda pertinente y con la tranquilidad que amerita poder avocarse en un lugar imparcial al estudio concreto de lo que se pretende.

Incluso más: no incurriría en gastos innecesarios en escribanos ya que, para el supuesto de querer certificación de copias, podría el mismo Juzgado proceder a certificar las mismas. En otras palabras: se brinda total certeza al acto jurídico que se busca llevar a cabo.

Las desventajas (o quejas) quizás provengan por parte de las autoridades judiciales que deban destinar un lugar físico para realizar el procedimiento que aquí se pregona, pero una de las pocas cosas “buenas” que dejó la reciente pandemia que nos tocó atravesar, es la de poder actuar en los procesos judiciales en forma remota. Ello ha generado menos abarrota-

9 “...en cuanto a la aprobación, o no, del balance por la asamblea, no se advierte, prima facie, en el caso, otra consecuencia que la puesta en conocimiento de los socios de la situación patrimonial del ente, y la toma de posición -favorable o crítica- por parte de éstos, respecto de la gestión empresarial, la marcha de los negocios, y del órgano de administración... las decisiones asamblearias que simplemente aprueban los estados contables de un ejercicio, no son en principio susceptibles de ser suspendidas, en virtud de su virtualidad se ha agotado con la resolución misma, sin que exista materia alguna que permita hablar de “ejecución de la decisión respectiva” (CNCom, Sala C, 02.04.90 in re: “Fridman, Gerardo c. Pullman Argentina S.A.”, Sala E, 13.12.95 in re: “Schettini, Juan c. Oblimento s. expediente separado (Cpr 250)”.

miento en los estrados judiciales y la posibilidad de contar con mayor espacio físico, motivo por el cual no existirían inconvenientes para su concreción.

En todo caso, también se puede facilitar la documentación para que, bajo responsabilidad del profesional interviniente, la misma sea otorgada por un plazo prudencial a fin de que sea analizada y luego devuelta¹⁰.

Por supuesto que, en caso de continuar con la negativa, no quedará otra alternativa que obtener la documentación mediante orden judicial de allanamiento y secuestro.

5.- Conclusión

La injustificada y arbitraria postura de impedir el acceso a la información de una corporación implica --casi con absoluta certeza-- que del otro lado existen cuestiones que ameritan una urgente intervención para dilucidar lo que estuviese acaeciendo.

Probada la negativa a suministrar información, dicha intervención le corresponde al órgano judicial. A partir de allí, se deberá señalar el correcto y ágil camino para poder lograr la obtención de lo pretendido.

Si bien es cierto que los Tribunales pueden imponer la aplicación de astreintes bajo el razonable concepto que, frente a la sanción pecuniaria, se accederá a brindar información, lo concreto es que la finalidad no es económica sino la de poder tener efectivo acceso a lo que está aconteciendo en el manejo corporativo.

De allí nuestra postura de pretender una conducta más activa por parte de la autoridad judicial para así lograr el ejercicio de un derecho en forma clara, ágil, directa y segura.

¹⁰ Con beneplácito se ha visto esta solución plasmada in re "SUCESIÓN TOMAS DONATUCCI c. GARGARELLA DONATUCCI Y CIA. S.A. s/EXHIBICIÓN DE LIBROS" en proveídos firmes y consentidos de fechas 15/02/2022 y 24/02/2022 (Juzgado Comercial N° 4 – Secretaría N° 8 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

PÉRDIDA DE LA CALIDAD DE ACCIONISTA DURANTE EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS

Fernando G. D'Alessandro¹

SUMARIO

La calidad de accionista debe conservarse durante la tramitación de todo el proceso de nulidad de decisiones asamblearias en orden a la subsistencia de la legitimación activa del impugnante.

El art. 251 de la actual Ley General de Sociedades estableció el principio, discutido en doctrina, de que para impugnar una decisión asamblearia los accionistas debían acreditar su condición de tales a la fecha de la decisión atacada².

En tal sentido, primó una posición restrictiva que evitara eventuales aventuras por parte de potenciales adquirentes de acciones con el fin de especular con la impugnación de decisiones asamblearias anteriores; que aventara cualquier dificultad proveniente de la prueba de la calidad de socio en vigencia del régimen que admitía la posibilidad de emitir acciones al portador; o que, lisa y llanamente, consideraba que el nuevo socio que se incorporaba voluntariamente a la sociedad con motivo de la adquisición de acciones, aceptaba la situación de hecho y de derecho en que se encontraba.

Ahora bien, esa legitimación activa del accionista no solo debe estar presente en oportunidad de promoverse la demanda, sino que -y éste es el objeto específico de esta ponencia- también debe subsistir durante la sustanciación de todo el proceso conforme ya postulaba Bendersky³.

La enajenación voluntaria de las acciones nos enfrenta al presumible abandono del interés en el pleito o a la hipótesis de maniobras tendientes a eludir la responsabilidad futura por las costas devengadas por la tramitación de aquél.

Por su parte, la transferencia forzada por la ejecución de las propias acciones o en el marco de un "cramdown", transita parcialmente por otros andariveles en la medida en que son fruto de actos ajenos a la esfera volitiva del accionista.

Sin embargo, todos esos supuestos tienen una plataforma sustancial común: la pérdida de la calidad de socio y de los derechos que confiere ese "status". En el caso de la impugnación de resoluciones asamblearias, se trata de un derecho subjetivo propio del socio, de carácter potestativo, que se pierde con esa transmisión por actos inter vivos⁴.

Ello determina que por un hecho sobreviniente -voluntario o forzado- el accionista pierda su legitimación para proseguir la tramitación del proceso de impugnación lo que obsta

1 fgdalessandro@hotmail.com Diag. Roque Sáenz Peña 1211, 2do. Piso, Of. 202, C.A.B.A.

2 Reforma según ley 22.903.

3 Bendersky, Mario J., "Impugnación judicial de asambleas de Sociedades Anónimas", RDCO, 1977, año 10, pág. 33.

4 Roitman, Horacio, "Impugnación a las decisiones asamblearias", RDCO, 1984, año 17, pág. 106. En contra, Nissen, Ricardo A., "Ley de Sociedades Comerciales", Ed. Astrea, 2010, T. 2, págs. 914/7.

fatalmente a la misma y provoca la extinción del pleito.

Tal temperamento que postulamos y compartimos, favorable a cierta estabilidad de las decisiones sociales, ha sido respaldado por una tendencia jurisprudencial que se ha ido consolidando con el paso del tiempo ya sea en supuestos de transmisión voluntaria como forzada de la participación⁵.

⁵ CNCom. Sala E, "Bottaro Blasco, Sebastián c/Bachelor S.A. y otro s/ordinario", del 30.06.09; CNCom. Sala D, "Cetani, María Teresa c/Hittec Medical S.A. y otros s/ordinario", del 08.07.14; CNCom. Sala B, "Arias, María Elena y otra c/Clínica San Jorge S.A.C. y otros s/ordinario", del 12.09.09.

LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS Y LA SITUACIÓN DE CRISIS EN LA EMPRESA

Francisco Junyent Bas

SUMARIO

Una cuestión clave de la normativa societaria y concursal, atento al carácter especial de la LGS y la LCQ, y que se ha discutido durante los 2 años previos a este Congreso, es la relación existente entre la denominada zona de insolvencia y/o período de crisis de la empresa y la eventual responsabilidad de administradores y socios.

Así, cuando los administradores advierten que la empresa se encuentra en “crisis”, y en “amenaza de insolvencia”, incluso con pérdida del capital social, tienen ante sí una decisión alternativa: una, recapitalizar “rectius” re-patrimonializar la empresa, a cuyo fin deberán convocar al órgano de gobierno, o por el contrario, la otra alternativa es presentarse en concurso preventivo con el objetivo de recuperar el flujo de fondos y reestructurar el pasivo. Las dos alternativas son válidas, justamente por la convergencia de dos leyes especiales que constituyen caminos diferentes para sanear la empresa, y lo relevante, es que la decisión se tome en tiempo oportuno.

Por ello, si los administradores se presentan en concurso preventivo y convocan a sus acreedores, se produce una “natural solidaridad en las pérdidas” que implica un esfuerzo compartido para reorganizar y sanear la empresa, en la medida que esta sea viable.

El art. 43 de la ley concursal, habilita diversas propuestas para que la deudora pueda realizar a los acreedores en la medida que obtenga las mayorías legales.

La sindicatura debe hacer conocer en el informe general, pautado en el art. 39 de la LCQ, si hay conductas irregulares y reprochables de los administradores para que los acreedores tengan pleno conocimiento de esta situación cuando vayan a prestar su conformidad a la propuesta del deudor/a.

Por su parte, el juez debe analizar el acuerdo, de conformidad a las pautas de los arts. 51 y 52, y si lo homologa, éste adquiere la jerarquía de “concordato”, por lo que no puede predicarse que las eventuales quitas o esperas, impliquen un daño, y mucho menos que sean antijurídicas, y rigen plenamente los arts. 55 y 56 de la LCQ, que hacen oponible el acuerdo a todos los acreedores, hayan participado o no en el proceso.

La homologación del juez implica la inexistencia de abuso y la configuración de una fórmula de saneamiento, que si no ha sido impugnada en los términos del art. 50 de la L.C.Q, o dicho planteo ha sido desestimado, el imperio judicial asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad.

I. Convergencia entre régimen de responsabilidad de los administradores y socios ante la crisis de la empresa a la luz de los presupuestos establecidos en el CCCN.

El régimen societario, como así también el CCCN, regulan el sistema de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas y de quienes las integran como miembros y/o socios.

Tal como se advierte, el ordenamiento jurídico se ha preocupado por determinar los presupuestos de responsabilidad de los administradores, por un lado, pero también de los socios en un régimen diferenciado que resulta conveniente destacar.

Los administradores societarios deben respetar el “interés social” de conformidad a la pauta del art. 59 de la L.G.S. que los obliga a actuar con la lealtad y diligencia de un “buen hombre de negocios” pues, de lo contrario, incurren en responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños causados a la sociedad y a los terceros.

Esta pauta se refleja ahora en los arts. 159 y 160 del CCCN para todo tipo de persona jurídica. La primera de las normas puntualmente reproduce el precepto societario y le agrega que no pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a la persona jurídica. Además, establece que si en determinada operación los tuvieron por sí o por interpósita persona debe hacerlo saber al órgano de administración o al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención.

El precepto agrega que a los administradores les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica.

A su vez, el art. 160 dispone que los administradores respondan en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños ocasionados por su culpa en el ejercicio o en ocasión de sus funciones.

A su vez, la responsabilidad de los socios surge del primer párrafo del art. 54 de la LGS.

El texto aludido establece que: *“El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de terceros está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”*.

El precepto constituye una aplicación en el ámbito societario del texto del art. 1710 y 1716 del Código Civil y Comercial en cuanto obliga al socio o al controlante a reparar el daño causado a la sociedad haciéndolo responsable en forma personal y solidaria.

II. Responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas

II.1 El nuevo esquema en el CCCN

Desde esta perspectiva, en los arts. 159, 160 y 161 del CCC, se incorporan las directivas que había elaborado la doctrina societarista, a los fines de otorgarle el carácter de reglas generales en torno al patrón de conducta de los administradores y su eventual responsabilidad. Así, el art. 159 del CCC dispone con respecto a los administradores de la persona jurídica lo siguiente: “Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia.

No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieron por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación.

Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica”.

II. 2. El cartabón de conducta de los administradores societarios

En la misma línea, en materia societaria, la pauta es diferenciada, tal como se sigue del art. 59 de la Ley General de Sociedades, que dispone que: *“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultasen de su acción u omisión”*.

De tal modo, en el CCCN se establece una pauta general a la cual debe adecuarse la conducta de los administradores sociales, cualquiera fuere la persona jurídica, cartabón que reitera la norma societaria.

Se trata de conductas que infrinjan la ley, estatuto o reglamento social y que deben analizarse bajo el prisma de los *standars* de conducta del art. 59 de la Ley de Sociedades¹.

Por su parte, el CCCN si bien deja de lado el cartabón del buen hombre de negocios, es decir, la de un comerciante experto, al corresponderse con los arts. 1724 y 1725 a la postre refleja una pauta muy similar.

Así, mientras el cartabón del buen hombre de negocios refiere a una responsabilidad profesional ya que ella implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos frente a la persona jurídica que administra, el Código refiere a la conocida pauta de la culpa y/o dolo en concreto pero, en el art. 1725 se acerca al régimen societario al señalar que *“cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”*.

Es más, el nuevo ordenamiento agregar una pauta fundamental al señalar que cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

En una palabra, el art. 159 del CCC **no contiene una pauta abstracta**, a diferencia del art. 59 de la Ley de Sociedades (buen hombre de negocios), pero como enseña la doctrina ambos regímenes resultan similares a tal punto que autores como Mosset Iturraspe, Rivera y el maestro Otaegui enseñan que ambas pautas se *“consustancian”* reflejando en la práctica el mismo resultado.

III. Los administradores frente a la crisis de la empresa

III.1 Las diversas alternativas

Una cuestión clave de la normativa societaria y concursal, atento al carácter especial de ambas leyes, es la relación existente entre la denominada zona de insolvencia y la eventual responsabilidad de administradores y socios.

En esta línea, los administradores cuando advierten que la empresa se encuentra en *“crisis”*, y en *“amenaza de insolvencia”*, incluso con pérdida del capital social, tienen ante sí una decisión alternativa: una, recapitalizar *“rectius”* re-patrimonializar la empresa o en su caso, presentarse en concurso preventivo con el objetivo de recuperar el flujo de fondos y reestructurar el pasivo con la colaboración de los acreedores.

Cualquiera de las dos alternativas es válida, en atención a la convergencia de dos leyes especiales que constituyen caminos diferentes para sanear la empresa, y lo relevante, es que la decisión se tome en tiempo oportuno.

¹ ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 882.

III.2 La convocatoria de los acreedores y el eventual acuerdo

Así, si los administradores se presentan en concurso preventivo y convocan a sus acreedores, se produce una “natural solidaridad en las pérdidas” que implica un esfuerzo compartido para reorganizar y sanear la empresa, en la medida que los acreedores acompañan la propuesta que se formulen por parte de la deudora concursada.

El art. 43 de la ley concursal, habilita diversas propuestas entre las que se encuentra la quita y la espera, y cualquier otra que obtenga las mayorías legales.

La conformidad de los acreedores, tal como señalamos en el “abstract”, implica una “natural solidaridad”, tal como enseñaba desde antaño, Salvatore Satta, que hoy llamaríamos “esfuerzo compartido”.

III.3 La obligación del órgano sindical

La sindicatura debe hacer conocer en el informe general, pautado en el art. 39 de la LCQ, si hay conductas irregulares y reprochables de los administradores para que los acreedores tengan pleno conocimiento de esta situación cuando vayan a prestar su conformidad a la propuesta del deudor/a.

Así, aunque el inc. 7 del art. 39 LCQ sólo refiera la exigencia de pronunciarse sobre los aportes realizados por los socios y si la responsabilidad de dicho incumplimiento le es imputable, no cabe duda que el funcionario del concurso conoce acabadamente la conducta de la sociedad y, por ende, de los administradores y socios y debería pronunciarse sobre estos aspectos, pues, en caso de quiebra indirecta, es decir, si no se homologa el acuerdo, se encuentra legitimado para iniciar las acciones de responsabilidad pautadas en los arts. 173 a 175 de dicho texto legal.

III.4 La homologación del acuerdo

A su vez, el juez debe analizar el acuerdo de conformidad a las pautas de los arts. 51 y 52, y si lo homologa, éste adquiere la jerarquía de “concordato”, por lo que no puede predicarse que las eventuales quitas o esperas, impliquen un daño, y mucho menos que sean antijurídicas, y rigen plenamente los arts. 55 y 56 de la LCQ, que hacen oponible el acuerdo a todos los acreedores, hayan participado o no en el proceso.

De tal modo, una vez homologado el acuerdo, no resta en cabeza de los acreedores acción individual de responsabilidad en contra de los administradores, art. 279 de L.G.S., pues no puede predicarse daño, y, por ende, tampoco enriquecimiento de los socios o accionistas.

En efecto, la homologación del juez implica la inexistencia de abuso y la configuración de una fórmula de saneamiento, que si no ha sido impugnada en los términos del art. 50 de la L.C.Q, o dicho planteo ha sido desestimado, el imperio judicial asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad.

En este caso, no queda acción social ni individual que pueda iniciarse por ausencia de antijuridicidad.

IV. La situación en caso de quiebra y/o liquidación coactiva

En esta inteligencia, cabe afirmar que el actual esquema legal regla la responsabilidad de administradores y socios en caso de quiebra o liquidación coactiva, todo de conformidad a las figuras regladas en los arts. 173 a 176 de la LCQ.

Dicho precepto recoge la llamada acción de responsabilidad concursal en los dos párrafos del art. 173, refiriéndose a los administradores y representantes en el primer apartado y a los terceros cómplices en su segunda parte, todo lo cual hemos desarrollado en numerosas

oportunidades.

A su vez, la responsabilidad societaria propiamente dicha, se recoge en el art. 175 y 176 de la LCQ que recepta en plenitud todo el esquema de responsabilidad que hemos analizado supra y que se deriva de los arts. 59 y concordantes de la LGS y 159 y 160 y concordantes del CCCN.

En este proceso, donde el síndico, queda legitimado para iniciar las acciones pertinentes con la finalidad de resarcir el patrimonio dañado, prenda común de los acreedores.

Será en esta etapa donde tanto, los que actuaron por la sociedad, como los terceros que colaboraron en la insolventación de la empresa, deberán responder por todo el periodo de responsabilidad o zona de insolvencia estipulado en el art. 174 LCQ que predica que este se extiende hasta un año antes del período de sospecha o, más precisamente un año antes de la fecha de cesación de pago.

De este modo, el régimen argentino establece una “zona de insolvencia” específica que permite hacer valer la responsabilidad de aquellos que dañaron a la sociedad por su especial vinculación con ésta.

En una palabra, la LGS, el CCCN y la LCQ, convergen adecuadamente sin ningún tipo de inconveniente legal, pese a las críticas de quienes no comprenden el sistema.

A todo evento, cabe señalar que la ley concursal por ser de orden público, contiene normas “exorbitantes” del derecho común que desplazan cualquier normativa societaria que pretenda hacerse valer en contra de la tutela de la empresa viable y de los remedios establecidos para su recuperación.

RESTRICCIONES ESTATUTARIAS A LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES EN SOCIEDADES CERRADAS EN CASO DE FALLECIMIENTO DE UN SOCIO

Paula Elena Lage

SUMARIO

Las cláusulas estatutarias que limitan la libre transferencia de las acciones son válidas, como también lo son los pactos de preferencia. Ambos deben ser respetados por los herederos del socio fallecido. Al efecto, es posible establecer anticipadamente una fórmula apta para determinar el precio de las acciones, pero no el precio en sí mismo. La comparación del precio obtenido y del valor real de las acciones solo tomará actualidad en el momento en que se torne operativa la cláusula.

PONENCIA

1. Limitación a la libre transferencia de acciones en sociedades cerradas

El derecho a transmitir las acciones es un derecho inderogable en las sociedades anónimas. La acción, como título valor, se transmite sin necesidad de que medie el consentimiento de la sociedad y de los accionistas, afirmando con ello la naturaleza de sociedad *intuitu pecuniae* y no *intuitu personae*. La prohibición de la transmisión de la acción atentaría contra su naturaleza, como título llamado esencialmente a circular y a la esencia de la sociedad anónima, que dejaría de ser tal para constituir un tipo diverso¹.

Por lo tanto, en las sociedades anónimas rige el principio de la libre transmisibilidad de las acciones.

El art. 214 LGS así lo establece aunque también prevé que el estatuto puede limitar tal transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que ello pueda importar la prohibición de su transferencia.

Principalmente, cuando se trata de sociedades cerradas o de familia, en las que la titularidad de las acciones reviste especial interés, suele establecerse la limitación de su transferencia mediante cláusulas estatutarias, otorgando prevalencia al factor humano por sobre la intervención de nuevos socios inversores.

Así puede ocurrir que los socios implementen por esa vía mecanismos para limitar esa transmisión con el propósito de evitar el ingreso de terceros a la sociedad y de conservar en manos de los socios originarios el manejo del negocio que gestaron, preservando las relaciones internas derivadas de vínculos familiares o de confianza.

Tal objetivo puede conseguirse mediante la inserción de cláusulas estatutarias que dispongan el procedimiento a seguir ante la decisión de un socio de vender su participación o en caso de producirse su fallecimiento e, incluso, su divorcio, estableciendo un derecho de

¹ Zaldivar, Enrique, Cuadernos de derecho societario, V. III, Abeledo Perrot.

adquisición preferente, cuya validez no está discutida.

El objeto de este tipo de cláusulas no es otro que condicionar el ingreso a la sociedad, dado que se prioriza la adquisición de las acciones por otros socios, evitando muchas veces alterar la ecuación de poder existente entre ellos.

Pero también debe tener por objeto asegurar que quienes deben liquidar su participación accionaria obtengan por ella un justo valor.

2. Cláusulas estatutarias que establecen la limitación a la libre disponibilidad de las acciones

Al efecto es preciso distinguir cuando este tipo de prevención estatutaria es incluida ab initio en el contrato social o incorporada a través de una modificación ulterior.

Sin duda son cláusulas legítimas cuando fueron incorporadas en el contrato fundacional o estatuto constitutivo².

Y también lo serían si fueran adoptadas en un tiempo posterior.

En tanto importan modificaciones estatutarias, deberían ser decididas por una asamblea con quórum suficiente y que reúna las mayorías que estipule la ley (art. 235 y 244 LGS)³.

No obstante, podría decirse que para resultar válida la reforma del estatuto debiera haberse logrado mediante la decisión unánime de los socios reunidos al efecto.

De lo contrario, si tan solo fuera aprobada por una mayoría, afectaría uno de los derechos individuales de los socios que no votaron a favor de esa decisión; cual es, su derecho de propiedad⁴.

Estas cláusulas serán lícitas si tienen por fin la protección del interés social y serán válidas si tan solo restringen esa transmisibilidad, en la medida que no sean previstas para defender el interés de la mayoría en desmedro de ese interés social.

No obstante, podrán ser consideradas nulas cuando mediante su empleo se canalicen pretensiones abusivas o contrarias a la buena fe (art. 10, 279, 958, 961 CCCN) o se violen preceptos legales imperativos como podría suceder si su aplicación no observara las previsiones del art. 13 inc. 5 LGS.

3. Oponibilidad de las cláusulas estatutarias continentales del pacto de preferencia

Las estipulaciones de esta especie pueden estar previstas para el caso en que un socio decidiera desprenderse de sus acciones, sea un socio originario o un socio que adquirió tal condición conociendo la existencia de esa cláusula previa, inserta en el estatuto.

Así como la facultad de los socios para transferir las acciones puede limitarse, también cabe admitir una cláusula de ese estilo cuando se trata de la transferencia de las acciones adquiridas mortis causa, aun cuando para los herederos del socio fallecido tal previsión fuera desconocida.

Ello, claro está, en la medida que la ejecución de cuanto fue previsto estatutariamente no represente una conducta abusiva por parte de los restantes socios.

² Rovira, Alfredo, Pacto de Socios, Ed. Astrea, 2006, pág. 279

³ Verón, Alberto Víctor, Ley General de Sociedades 19550, 3ª Edición Comentada, Anotada, Concordada, Actualizada y Ampliada con el CCCN, Tomo IV, La Ley.

⁴ en la obra precedente, citando a Efraín Richard sostiene que "es posible reformar el pacto constitutivo modificando los derechos individuales, pero la decisión debe ser unánime, pues las previsiones colegiales se corresponden a la administración societaria, manteniéndose en el patrimonio de los accionistas una serie de derechos que pueden negociarse, pero por vía de un acuerdo de naturaleza contractual, al afectar derechos que integran el patrimonio de cada socio".

En tal sentido, se decidió que la limitación de la transmisión de acciones nominativas en caso de muerte de alguno de los accionistas de sociedades anónimas -establecida estatutariamente- era válida en los términos de los arts. 214 LGS y del art. 1195 del derogado CC⁵. Esa regla, referida a los efectos de los contratos, ha sido mantenida en nuevo código de fondo al disponer que “los efectos de los contratos se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por un cláusula del contrato o de la ley” (art. 1024 CCCN).

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa de regular los pactos de preferencia de manera autónoma y brinda una serie de pautas vinculadas al tema que aquí nos ocupa, es decir, cuando se presenta el caso en que varios sujetos vinculados por una relación societaria se reconocen recíprocamente la preferencia para adquirir alguna de las partes que les corresponden, ese pacto cobra eficacia si se dan las condiciones previstas en el estatuto social (vr. gr. decisión de vender las acciones, fallecimiento de un socio, divorcio de un socio). El artículo 997 CCCN dispone que el pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes. Prevé que si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco.

Y, en lo que aquí interesa, establece que los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen.

Cuando ese pacto no está incorporado al estatuto, sino que resulta de un acuerdo privado entre accionistas, constituye un pacto para-societario válido entre las partes, pero inoponible respecto de la sociedad y de terceros⁶.

Por el contrario, ese pacto inserto en el contrato social no solo es oponible a terceros (conf. art. 12 LGS), sino que también lo es respecto de nuevos socios y de los herederos.

En efecto: ese pacto es transmisible *mortis causa* porque es un derecho de contenido patrimonial disponible. Es transferible porque no es *intuitu personae*⁷.

4. Valoración de la participación societaria a transferir

¿Puede sostenerse que existe una fórmula precisa o exacta que permita establecer anticipadamente el precio por las acciones que preserve la regla prevista en el art. 13 inc. 5 LGS? Es difícil encontrar una respuesta certera.

Mediante ellas se podría limitar cuantitativamente la adquisición de las acciones con el propósito de preservar la paridad entre los accionistas, previendo la compra a prorrata de la participación que cada uno detenta de modo de incrementarse su tenencia en la misma proporción.

Sin embargo, no sería tan fácil prevenir planteos en torno a la significancia económica que se pretende establecer de antemano, desde que no existe un valor preestablecido como sucede con las acciones emitidas por sociedades abiertas.

Ahora bien, por tratarse de sociedades cerradas, el mecanismo para establecer ese precio no es tan sencillo.

5 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, “El Chañar SA ante IJG con precalificación”, 27.10.93

6 Heredia Pablo - Calvo Costa, Carlos, Código Civil y Comercial, Comentado y Anotado, Tomo IV, La Ley, 2022

7 Alterini, Jorge - Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Tomo V, La Ley, 2016, pág. 261

Desde ya cabe descartar la posibilidad de considerar el valor nominal de la acción en tanto no expresa sino su valor inicial o de emisión.

Para asegurar de algún modo el éxito de esa prevención y arribar a la fijación de un precio justo, las alternativas deben ser transparentes de modo de despejar cualquier suspicacia de quienes pretenden adquirirlas o especulaciones de quienes deben desprenderse de ellas. Pareciera que ningún precio preestablecido puede exhibir el valor real al que refiere el art. 13 inc. 5 LGS, según el cual la cláusula deberá “permitir la determinación de un precio”.

De lo que se trata, por ende, no es conocer ese precio de modo anticipado sino de regular las diligencias que, producido el evento que activará la cláusula, permitan aplicar la fórmula prevista para establecer el precio y luego, compararlo con el valor real de las acciones.

Se podría acudir a la información actualizada que surja del patrimonio neto expresado en el último balance aprobado, a criterios de valoración contable como el valor patrimonial proporcional o examinar la capitalización de los rendimientos del título o del flujo de fondos descontados; siendo del caso destacar que cada uno de esos métodos exhibe beneficios o inconveniencias a la hora de determinar su pertinencia temporal y su precisión, por su tecnicismo⁸.

También se pueden considerar otras alternativas, seguramente más costosas y no tan eficientes en función del tiempo que consumirían, como acudir a algunas de las alternativas que brinda el art. 154 de la LGS.

Así tampoco sería inconveniente que, en las sociedades anónimas cerradas, la determinación del precio cuestionado resulte de un peritaje judicial, tal como se establece normativamente para las SRL⁹.

5. Conclusiones

Sin duda las cláusulas estatutarias que limitan la libre transferencia de las acciones son válidas, como también lo son los pactos de preferencia. Ambos deben ser respetados por los herederos del socio fallecido.

La cláusula pudo formar parte del estatuto original o integrarlo a partir de una reforma posterior. El socio pudo haber participado de la decisión que adoptó esa cláusula o haber devenido socio posteriormente debiendo también respetarla.

En cualquier caso, sus herederos deberán acatar lo establecido en el estatuto que rige la sociedad.

Mientras esa cláusula no sea mas que una expresión de la voluntad de los socios que desean mantener el control del ente en sus manos, sin la intromisión de terceros ajenos, no habría de tener mayor trascendencia.

8 El primero de ellos, -conocido también como Valor Patrimonial Proporcional (VPP)- surge de los estados contables más recientes de la sociedad, y se obtiene dividiendo el patrimonio neto total (o sea, el capital genéricamente considerado) por la cantidad de acciones, con la corrección en más o en menos que resulte de los ajustes previstos en las normas contables profesionales. Se ha criticado esta expresión dado que representa valores del pasado, no actuales, y aparte de ello su cuestionamiento más trascendente estriba en la circunstancia de que se obtiene de datos contables que no contienen toda la información necesaria que permita fijar un verdadero valor de transacción o representativo de él; por lo tanto, no es aconsejable utilizar ese criterio para establecer un precio adecuado de compraventa, debiendo ser observado, adicionalmente, que un valor proporcional de una fecha distinta a la de transacción es solo una referencia y no un valor; sólo es una herramienta útil, en principio, en el ámbito contable e impositivo, donde rigen normas específicas en esas materias, pero no para determinar el valor de acciones. El segundo criterio de valuación, conocido también como método de valoración según flujo de fondos descontados, es el más técnico y es el que tiene mayor consistencia entre las diferentes metodologías de valoración de empresas y, por tanto, de acciones (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, “Clausen Nestor Rolando c/ Parreta Antonio y otro s/ordinario”, 16.6.2010).

9 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, “Pitrelli Domingo c/ Quetra SA s/ordinario”, 12.7.2016

Seguramente será más fácil detectar su ilicitud a partir de su aplicación.

Los problemas podrán aparecer en ocasión de hacerse operativa tal estipulación por haberse configurado alguno de los supuestos que la activan: fallecimiento, divorcio, decisión de un socio de apartarse.

Por lo tanto, aun cuando cualquiera de esas hipótesis podría o no suceder por algún tiempo o siquiera llegar a producirse, es razonable esperar que en ocasión de redactar el estatuto social o su reforma se adopte la mejor alternativa para determinar anticipadamente el mecanismo que permita exponer el precio de las acciones.

Por lo dicho, los intereses económicos de quién debe desprenderse de las acciones y de quién habría de adquirirlas serán antagónicos.

Desde ese punto de vista, es clara la necesidad de prevenir conflictos y garantizar la implementación de un mecanismo que facilite la rápida salida del socio y el reconocimiento de un precio justo por su participación accionaria.

La solución solo podría transitar por establecer anticipadamente una fórmula apta para determinar el precio y no el precio en sí mismo.

Ese precio será el equivalente al dinero que deberá ser pagado por las acciones, mientras que el valor real atenderá a la utilidad que esas acciones representan y de la comparación de ambos -que solo tomará actualidad en el momento en que se torne operativa la cláusula- resultará la razonabilidad de la transacción.

Cualquiera sea el sistema que se adopte se deberá preservar la regla, que es indisponible, del art. 13 inc. 5 LGS.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS. MEDIACIÓN, NEGOCIACIÓN COLABORATIVA Y ARBITRAJE EN CONFLICTOS INTRA E INTERSOCIETARIOS

Ana Clara Marconi¹

PONENCIA

Se propone en primer lugar, la utilización de la mediación y el arbitraje, ambos métodos alternativos contemplados en la legislación nacional, para resolver conflictos societarios de un modo más ágil, breve, efectivo, menos costoso, con capacidad de obtener soluciones adecuadas a las necesidades específicas de las partes involucradas, todo ello gozando de un ámbito de confidencialidad.

Así también, la utilización de la negociación colaborativa desde la óptica propuesta por la Practica Colaborativa.

Los tres modos propuestos son una alternativa al juicio, en muchos casos muy beneficiosas para los clientes, pero para lograr esos beneficios es necesario por parte de los abogados la adecuada capacitación, que implica un cambio de paradigma respecto de cómo nos enseñaron a ejercer nuestra profesión en la carrera de grado y además, la debida preparación del caso.

Introducción:

Como bien resaltan Highton y Alvarez, nuestro sistema judicial tiene un objetivo abstracto, descubrir la verdad, lo que no siempre soluciona el problema y menos aún lo hace en forma rápida y económica. En este método adversarial, las partes depositan en el juez, un tercero neutral, la resolución de su controversia, lo que demanda tiempo, dinero, angustia y nuevas fricciones para los involucrados. Este, nuestro principal sistema de resolución de conflicto, se ha vuelto ineficaz por cuanto son cada vez más las causas que ingresan en los tribunales de las que salen, consecuentemente los procesos exceden ampliamente el plazo razonable².

Ante este escenario, los métodos alternativos de resolución de disputa ofrecen una amplia gama de técnicas aptas para resolver tanto los conflictos externos de la organización como los internos. En nuestro país, los abogados, y así también nuestros clientes, estamos acostumbrados a recurrir al juicio, a ver al litigio ante un tribunal como principal, sino única,

¹ Este trabajo es parte de una investigación que estamos realizando desde la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), un equipo interdisciplinario compuesto por cinco docentes **César Scheffer** (Abogado especializado en Contratos y Derecho Internacional Privado, Magister en Comunicación Empresarial y Coach ejecutivo e internacional), **Verónica Dobronich** (Licenciada en Relaciones Industriales y Ciencias Económicas, especializada en Recursos Humanos, Neurociencias y Educación Emocional), **María Victoria Champomier** (Abogada y Contadora, especializada en Procedimiento Tributario y Practica Colaborativa), **Carlos Laman** (Abogado, Diplomando en Derecho Penal) y **Ana Clara Marconi** (Abogada especializada en Derecho Penal, Trabajando en la Tesis final de la Maestría en Resolución de Conflictos, Mediación y Justicia Restaurativa) con la colaboración de alumnos y ex alumnos de la carrera de abogacía, titulado: *¿Y si la justicia no tuviera la última palabra? Métodos alternativos de resolución de disputas a la Justicia.*

² Highton, Elena i. Alvarez, Gladys S. Mediación para resolver conflictos. Capítulo I. 2da. Edición. 4ta. Reimpresión. 2013. Ad Hoc.

alternativa posible y efectiva. Decisión que, en muchos casos, es tomada sin evaluar los costos, y cuando hablamos de costos no los limitamos al económico, que embarcarse en un juicio conlleva.

Según dos encuestas recientemente realizadas en el marco de una investigación sobre los Métodos Alternativos de Resolución de Disputas, que estoy coordinando en Universidad Argentina de la Empresa (UADE), de 360 abogados entrevistados, un 53,5% considera que la justicia no resuelve los conflictos en forma satisfactoria, y este número se eleva al 70,4 % en la encuesta realizada a 1076 personas (no abogados). En ambas encuestas el tiempo y la poca transparencia de los procesos, fueron los aspectos más votados para fundar la disconformidad, así como, lo más valorados a favor de los M.A.R.C.³ Como contrapartida, y llamativamente, el 94,4% de las personas entrevistadas aceptaría recurrir a un método alternativo a los tribunales para resolver su disputa, antes de ir a la justicia. Así también, el 70% de los profesionales logró resolver la controversia, cuando recurrió a alguno de estos métodos. Por último, y no menos importante, un 97,5 %, considera que el arbitraje, la negociación colaborativa y la mediación serán herramientas indispensables que deberán dominar los abogados del siglo XXI.

La mediación, la negociación colaborativa y el arbitraje, ofrecen soluciones más ágiles, menos costosas y creemos, más eficaces por ser diseñadas a medida. La mediación y la negociación aportan, además, la posibilidad de que las partes involucradas sean partícipes activos en la búsqueda de una solución superadora que satisfaga sus intereses, de ser parte del proceso de confección de la solución adecuada. Las tres son buenas herramientas para preservar y no exponer el buen nombre de la empresa, ya que se sustentan en el principio de confidencialidad. En el ámbito societario estas herramientas pueden aplicarse también en conflictos internos, los que de no ser abordados en tiempo y forma pueden acarrear enormes costos para la organización.

Por último, entendemos que es necesario contar con abogados que sepan manejar adecuadamente estas técnicas y asesorar a sus clientes para seleccionar el modo más adecuado para gestionar y resolver los distintos conflictos que surgen en la vida societaria, y por qué no, también de prevenirlos.

Arbitraje:

Aplicabilidad del Arbitraje en el marco del Derecho Societario

Entendido como el contrato en virtud del cual las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público (Art. 1649 CCCN), el Arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos que viene a traer mayor flexibilidad y considerables beneficios a las partes.

Ahora bien, el primer análisis que se debe hacer recae sobre la elegibilidad y validez de este método como alternativa a la justicia ordinaria, en el marco del derecho societario:

Sosteniendo la teoría contractualista, que afirma que el acuerdo societario es Contrato (en los términos del actual Art. 957 CCCN), se debe analizar la aplicabilidad del contrato arbitral a esta rama del Derecho Privado. Para ello, resulta necesario acudir a uno de los

³ Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (Disputas). También se utiliza la sigla R.A.D. Resolución Alternativa de Disputas o inglés, A.D.R. Alternative Dispute Resolution.

principios fundamentales de los contratos, en particular, el Principio de Autonomía de la Voluntad (Art. 958 CCCN) que prescribe que “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”. Resulta evidente que la elección de una jurisdicción distinta a la de los jueces ordinarios, forma parte de la libertad de los socios de elegir el contenido del contrato que los une, como también la libertad de elegir el resto de derechos y obligaciones, el objeto, el plazo e inclusive, la ley aplicable, entre otros elementos constitutivos.

Asimismo, no debe soslayarse que el Art. 11 inc. 8 de la nueva Ley General de Sociedades indica como obligatoria la incorporación de “las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros.” Y en este sentido, es una prerrogativa de los socios elegir la jurisdicción aplicable (entre otros elementos del contrato) y, en caso de elegir el Arbitraje, será también una obligación para ellos, respetar la exclusividad de la jurisdicción otorgada a los árbitros.

En línea con los párrafos precedentes, y al sólo efecto de reafirmar la aplicabilidad de la Autonomía de la Voluntad en el ámbito societario, debe recordarse también que el Arbitraje resulta una alternativa cuando las relaciones de derecho privado tienen contenido patrimonial, cuestión más que evidente en el ámbito societario.

Por las razones que anteceden y la validación otorgada por los artículos 1 y 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no cabe duda alguna respecto de la elegibilidad del Arbitraje, como supuesto de prórroga de jurisdicción voluntaria para el derecho societario.

Principios fundamentales y Jurisprudencia Nacional

El Arbitraje se basa en dos principios fundamentales: El principio de Autonomía (Art. 1653 CCCN) y el principio de Competencia (Art. 1654 CCCN).

El primero de ellos sostiene que la cláusula arbitral, o el acuerdo escrito a través del cual las partes deciden someterse a Arbitraje, es un contrato en sí mismo. Tiene tal autonomía que aun cuando se discuta la validez del contrato en sí, la cláusula arbitral subsiste (lo que implica la obligación de resolver ante árbitros, la posible nulidad).

El segundo, principio de Competencia, sostiene que los árbitros son los únicos competentes para entender sobre su propia competencia (lo que implica que aun cuando se discuta la validez de la cláusula o el acuerdo arbitral, sólo los árbitros podrán expedirse sobre su propia competencia).

A nivel nacional, ya existe jurisprudencia (9834/2021 – “Garey SA y otro c/ Madcur, Zulma Fabiana y otros/ordinario” –CNCOM – SALA B – 10/12/2021) que reconoce y aplica el principio de Competencia, valorando el carácter iusprivatista del vínculo que une a los socios y fortaleciendo la Autonomía de la Voluntad, como principio fundamental de los contratos, según nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de Competencia se reconoce incluso para el dictado de medidas cautelares, como se ha demostrado en el fallo “BURGIO DAMIAN c/ EL RETIRO S.A. s/ RECURSO DE QUEJA”- CNCOM - 03/11/2021, en el que el Tribunal deniega el pedido de rechazo de la medida cautelar.

Incluso, otros Tribunales Comerciales se han expedido respecto de su falta de atribuciones para impugnar laudos arbitrales, cuando estos no son manifiestamente contrarios al orden público nacional: “MONSANTO ARGENTINA S.R.L. c/ VUCKO, MARIO CELESTINO s/EJECUTIVO” - CNCOM – Sala A - 05/10/2021.

Los citados precedentemente son sólo algunos ejemplos de la justicia ordinaria reconociendo las facultades atribuidas por las mismas partes a un órgano extrajudicial, con legitimidad para resolver un conflicto, con carácter definitivo.

Tribunales Arbitrales en Argentina

Al sólo efecto ejemplificativo, a continuación se mencionarán algunos Tribunales Arbitrales con sede en Argentina: Tribunal Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires (BCBA- www.cabcbue.com.ar), Cámara de Comercio Internacional (CCI Argentina- www.iccargentina.org), Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje (CEMA -www.medyar.org.ar), Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Rosario (www.bcr.com.ar).

Arbitraje en Latinoamérica

La Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA)⁴ ha elaborado un estudio con Información sobre 2765 arbitrajes administrados en 2019 en los que la sede del arbitraje o el domicilio de alguna de las partes se encontraba en América Latina.

De dicho estudio se desprende, por ejemplo, de un total de 406 pedidos de nulidad de laudo, sólo 55 fueron concedidos (27, por falta de motivación o motivación indebida, 14 por violación al debido proceso/ derecho de defensa, 6 por incongruencia/ extra petita o ultra petita, 4 por tratarse de cuestiones no arbitrables, y el resto, divididas entre incumplimiento al fallo en conciencia, violación del orden público, incumplimiento del acuerdo de las partes y vencimiento de plazo).

El mismo estudio resalta datos interesantes respecto del Arbitraje doméstico en Argentina: De 35 casos relevados en 2019, el 50% se resolvió en un plazo de 0-6 meses; el 36% de 6-12 meses y el 17% en un plazo mayor a 2 años.

El 93% de las partes fueron de nacionalidad argentina.

De los 35 casos, 7 estaban vinculados a la industria del Comercio y Manufacturación, otros 5 a la de la Construcción e Ingeniería y el resto, vinculado a Telecomunicaciones, Tecnología, Petróleo, entre otras.

Mediación

La mediación es un proceso de negociación colaborativa, con la ayuda de un tercero neutral que facilita el dialogo. En palabras de Acland “la tarea del mediador consiste en introducir algunas características especiales para modificar el enfoque, basado en la confrontación, que plantea la negociación como un campo de batalla, y orientarla hacia la solución del problema”. Será entonces tarea del mediador, desde una completa imparcialidad y objetividad ese tercero neutral, facilitar la comunicación, aclarar malos entendidos, ayudar a identificar los puntos de conflicto y los verdaderos intereses que subyacen bajo las posiciones esbozadas.

Desde los años 70 del siglo pasado, ha venido creciendo en forma exponencial el uso de la mediación para resolver controversias relacionadas con el ámbito empresarial. Ante los cambios del mundo, que llevaron a un incremento de la litigiosidad se comenzó en los Estados Unidos a buscar soluciones alternativas, los métodos alternativos ingresaron a Europa por Gran Bretaña, para expandirse luego, con mayor fuerza en este siglo, por el viejo continente. Si bien los factores principales de esta búsqueda fueron cuestiones rela-

⁴ www.clarbitraje.com [Arbitraje en América Latina. Informe 2020 sobre encuestas] consultado online el 20 de julio de 2022.

cionadas con los costos de los juicios y el tiempo que insumían, también se advirtió que los jueces estaban limitados a los puntos que sometían las partes y en muchos casos carecían de experiencia, lo que, no sucedía en este tipo de procesos alternativos.

En nuestro país la mediación prejudicial está reconocida y regulada en forma obligatoria previo al inicio del proceso judicial, por la ley 26.589, junto a los decretos reglamentarios y las leyes provinciales. Además de la mediación prejudicial que establece la mencionada norma, para temas comerciales y societarios entre otros, existe también la posibilidad de recurrir a instancia de mediación voluntaria.

Pese a ello, las estadísticas indican que la gran mayoría de los casos no logran encontrar una solución en instancia de mediación prejudicial obligatoria⁵. Si bien se pasa por la instancia de mediación prejudicial, no se logra un gran número de acuerdos, y es que en general la mediación es concebida como una instancia más a cumplir para abrir la puerta al proceso judicial. Jorge Cappellini⁶, abogado con amplia trayectoria en derecho corporativo, nos indica que, desde su perspectiva, “la mediación prejudicial, desde que es obligatoria pierde eficacia, porque se transforma en no querida... En general no hay una preparación o un acuerdo de negociación pensado en lograr el mejor acuerdo posible.”

Si bien, otros profesionales coinciden con la crítica formulada, en cuanto a que la obligatoriedad atenta contra el carácter voluntario, no podemos dejar de rescatar que las partes no están obligadas a participar activamente de la mediación y menos, a resolver el conflicto en esta instancia. Entendemos que, la obligación legal, es en pos de que las partes prueben con la ayuda de un tercero profesional componer el conflicto, y que realmente lleguen al proceso adversarial luego de haber agotado todas las instancias.

Lamentablemente, coincidimos con Folger y Fariña, en cuanto a que *“a diferencia de otros países, en la cultura latina, las negociaciones y las conversaciones que se mantienen para intentar resolver los conflictos se desarrollan de un modo mucho más intuitivo, carente de preparación... sumado, a que, en nuestra cultura latina, el modelo de negociación en el que todos nos hemos formado es el adversarial o competitivo donde entendemos que para ganar una discusión debemos destruir o derribar la postura del otro, imponiendo nuestra visión, creyendo que existe un solo modo de ver las cosas, el nuestro”*⁷.

Lamentablemente en las mediaciones prejudiciales obligatorias, aunque se trate de un proceso concebido sobre los lineamientos de la negociación por principios de Harvard⁸, que propone un proceso colaborativo donde estas puedan ver al problema como una cuestión

5 Conforme los informes de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia en el 1er semestre de 2019 de 30125 causas civiles en las que se discutieron cuestiones patrimoniales, solo 40 lograron acuerdos en la mediación, y en 21392 causas se desarrolló la mediación, pero no se llegó a ningún acuerdo, en el resto de las causas no se llegó ni siquiera a mediar por diversas razones. Si bien en las causas estrictamente comerciales el porcentaje de acuerdo es notoriamente mayor (21%) tampoco logra el nivel de éxito esperado. <https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/verNoticia?idNoticia=3707>

6 Abogado de negocios y coaching en negocios. Socio de Cappellini y Asociados, y fundador de ALdeCO, institución dedicada al fomento y capacitación de la práctica colaborativa.

7 Folger, Joseph P. y Fariña, Gustavo. Mediación en conflictos comerciales y patrimoniales y la posibilidad de aplicar el enfoque transformativo. Microjuris.com. Al día. Argentina. 6 de marzo de 2018.

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/03/06/mediacion-en-conflictos-comerciales-y-patrimoniales-y-la-posibilidad-de-aplicar-el-enfoque-transformativo/>

8 Negociación Harvard. “Le guste o no, usted es un negociador”. Así comienzan, Fisher y Ury su libro ‘ Si, ¡de acuerdo! Como negociar sin ceder’. El método de la negociación basada en principios, que se desarrolla en el Proyecto sobre Negociación de Harvard, consiste en decidir sobre los asuntos según sus méritos en lugar del regateo. Hay un conflicto de intereses, el resultado se basa en algún criterio justo y se pretende arribar a una solución creativa destinada a ‘ganar ganar’.

Debemos aclarar que la mediación puede apoyarse en otros dos lineamientos, el Circular Narrativo de Sarah Cob y el Transformativo cuyo principal exponente es Josep P. Folger. En ambos casos se prioriza lo vincular por sobre la búsqueda de un resultado concreto para resolver el conflicto.

a resolver en conjunto, con un criterio *win win*. A fin de facilitar el diálogo y guiar este proceso los mediadores suelen ser personas con dominio de *soft skills*, que dan lugar a que las partes se expresen, pero, en la práctica, muchas veces se lo hace sin darle una plena intervención y la disputa se termina resolviendo en reuniones formales, con criterios distributivos. Son los abogados quienes intervienen de forma más activa tratando de imponer la posición de su representado y el mediador es un tercero totalmente imparcial y ajeno, que trata de acercar las posiciones de las partes. *“En la mayoría de las mediaciones se usa una negociación distributiva; una especie de regateo partiendo desde las posiciones y no de los verdaderos intereses subyacentes de las partes involucradas: mi cliente pide ocho, la parte contraria pide cuatro, entonces lo cerramos en seis. Y en general ese tipo de acuerdo no deja realmente satisfecha a ninguna de las partes”* nos comenta Cappellini.

Como puede advertirse la mediación es un método exitoso, con comprobados resultados en otras latitudes, que goza de todas las ventajas que hemos enumerado, si en nuestro país no ha logrado esos resultados aún, entendemos que ello depende en gran medida de todos los operadores del sistema. Cambiar la cultura del litigio, requiere de aprendizaje y práctica. Y para ello, nosotros los abogados deberemos ampliar nuestro enfoque profesional, a fin de poder asesorar y acompañar a nuestros clientes en este tipo de procesos.

En este punto queremos dedicar también espacio a la mediación voluntaria, como contrapartida a la prejudicial, ya que son muchos conflictos que pueden darse en el ámbito interno de la sociedad y que de no abordarse a tiempo y debidamente, pueden terminar atentado contra la continuidad de la misma y en el transcurso, aunque no se arribe a ese resultado no deseado, provocar algo de costo que impactará finalmente en la producción.

El conflicto es una realidad inherente al hombre y a las relaciones humanas, es normal entonces, que en el ámbito laboral surjan disputas. En la vida societaria podemos encontrarlos entre áreas, entre socios y en los distintos equipos de trabajo, recurrir a un mediador externo o tener en la estructura de la empresa, gerentes entrenados para mediar, un gerente mediador, son recursos que debemos tener presente y desde ya que esto implica un entrenamiento en diferentes habilidades.

En la actualidad, los especialistas en *management* resaltan entre las habilidades principales que debe tener un directivo, la de negociar y gestionar conflictos. La mediación es una técnica valiosa con la que debe contar cualquier gerente, para Acland, por cuanto es mucho el tiempo que le debe dedicar a resolver disputas entre colegas y subordinados⁹.

El gerente mediador, desde su liderazgo, deberá tener una posición activa, prestando atención a las confrontaciones que puedan surgir, aceptar el conflicto como el indicador de que hay algo que debe cambiar, el conflicto no debe ser visto como algo negativo. Poder proyectar un mapa destinado a analizar el conflicto en el marco organizacional, evaluar sus habilidades para manejarlo, de no estar capacitado es el momento de requerir ayuda externa y contratar un mediador. El gerente mediador, o mediador interno, deberá también elegir el método más adecuado para manejar el conflicto que se presenta, dejar a un lado sus emociones para idear estrategias y poner en práctica una actitud neutral, aplicando en el proceso técnicas de escucha activa.

Cuando hablamos de ser un mediador en las organizaciones, hacemos referencia a poder contar o desarrollar con escucha activa, entendiendo esta habilidad como una escucha

9 Acland, Andrew Floyer. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Editorial Paidós Empresas 15. Barcelona. 1990. Pág. 69.

empática y con bajo nivel de prejuicios. Escuchamos para entender y no para confrontar, entender cuál es el interés de la otra parte es fundamental para lograr una negociación colaborativa, donde ambas partes queden satisfechas con lo logrado.

Otra de las habilidades que requerimos, es la comunicación efectiva, para poder lograr que mi intención sea comprendida por la otra parte y le dé el mismo sentido. También la efectividad de la comunicación requiere la adecuada elección del canal por donde la llevamos a cabo. Recordemos la importancia de la asertividad para poder negociar colaborativamente, entendiendo a la misma como la posibilidad de decir lo que pensamos, lo que queremos y lo que sentimos, sin ofender o agredir a la otra parte.

Cuando se logra tener una comunicación asertiva podemos sentir que estamos siendo honestos con nosotros mismos y con los demás, instauramos los límites para poder expresar nuestro acuerdo o desacuerdo de manera respetuosa y de esta manera los demás sienten tranquilidad al relacionarse y saben que pueden dirigirse sin problemas a nosotros porque serán respetados y valorados y así crece la confianza, se fortalecen las relaciones y hay mayores posibilidades de manejar adecuadamente un conflicto y lograr una negociación efectiva que beneficie a las dos o más partes logrando una mejor calidad de vida para todos. Para lograr una comunicación asertiva, efectiva y afectiva se requiere desarrollar la inteligencia emocional la cual permite, que una persona se conecte con la emoción y convenza con la razón; de esta manera se posibilita dirimir conflictos y llegar a negociaciones de alto nivel en las cuales cada una de las partes sale con el mayor beneficio posible y se crea una relación de largo aliento basada en la confianza y el bienestar mutuo.

Creemos que son muchos los costos que se ahorrarán de encarar los conflictos con esta herramienta, evitando la escalada del conflicto y la llegada a situaciones irreparables, que repercuten negativamente en el transcurrir de la empresa, pues implican tiempo, dinero, desgaste de los involucrados y de terceros que pueden verse afectados sin ser parte directa. A los beneficios generales de la mediación, voluntariedad, menor tiempo, menores costos, separa la persona del problema, mirar al futuro, es confidencial, se trabaja de forma colaborativa buscando soluciones creativas que satisfagan a las partes involucradas. En el ámbito societario podemos agregar que sean los mismos directores o gerentes quienes se involucren en el proceso de solución del conflicto, teniendo el poder de controlar los resultados, permite centrarse en las relaciones futuras con un cliente, proveedor, empresa competidora, socios, empleados, y no poner el foco tan sólo en las responsabilidades pasadas. La confidencialidad y preservar la imagen de la marca pueden ser factores a considerar al momento de elegir una mediación voluntaria y/o establecer dentro de la empresa la mediación como método de resolución de conflictos, por cuanto tendrá menos exposición que uno que se dirime en los juzgados.

Son las partes involucradas quienes en la mesa de mediación poniendo las cartas sobre la mesa, pueden, con la ayuda del tercero neutral, comenzar un proceso comunicacional tendiente a encontrar la solución más adecuada, que muchas veces excede el ámbito de lo que se fija en una demanda judicial.

Negociación. Práctica colaborativa.

Si bien algunos hablan de derecho colaborativo, creemos que lo más apropiado es hablar de práctica colaborativa, pues no se trata de una rama del derecho, sino más bien de una forma de ejercer el derecho.

La práctica colaborativa se sustenta en la idea de generar vínculos duraderos entre las par-

tes intervinientes, en generar acuerdos que satisfagan los intereses de todos los involucrados y que sean las mismas partes las que, de forma activa, participen en el armado de esa solución superadora. Una práctica colaborativa del derecho intenta generar y mantener vínculos armónicos, y aun cuando se susciten discrepancias o conflictos, gestionar los mismos desde un lugar de consenso, y no desde la confrontación característica de la formación tradicional de la abogacía. Se trata de ver más allá del Yo y del Otro, y pensar desde el Nosotros; se intenta salir de la defensa acérrima de las rígidas posiciones e indagar en los intereses de cada una de las partes, para así tratar de diseñar una solución superadora, única, que contemple las necesidades del caso concreto.

Para ello es necesario que las partes intervinientes y los abogados estén dispuestos a gestionar los conflictos y buscar soluciones sustentados en los principios básicos de esta práctica que son: la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución, negociación sobre intereses, buena fe, transparencia, trabajo en equipo, la confianza y confidencialidad y la renuncia a tribunales por parte de los abogados intervinientes.

La Práctica Colaborativa es una manera alternativa y amigable de resolver y negociar conflictos. Tiene sus orígenes en EEUU, por el 1990, e inicialmente se utilizaba en cuestiones de derecho de familia. Sin embargo, de a poco se fue extendiendo por el mundo, y a otras ramas del derecho. El abogado corporativo y coach de negocios Jorge Cappellini es uno de los pioneros y promotores de la Práctica Colaborativa del derecho en Argentina y él está convencido de que se logran excelentes resultados en áreas como comercial, societario (tanto conflictos intra como extra societarios), laboral, conflictos en empresas familiares, entre otros, y “es que esta práctica sienta determinadas bases sobre cómo negociar y resolver conflictos y desde ahí se pueden construir soluciones en cualquier rama del derecho en la que se trabaje”.

Una de las razones por la que las personas encuestadas consideraron que el proceso judicial no era eficaz para resolver conflictos fue la falta de involucramiento del juez en el caso en particular. Pero lo cierto es que hay una falta de involucramiento también de las partes, que delegan la solución en los abogados intervinientes. La Práctica Colaborativa se centra en la negociación por autocomposición, lo que implica que las partes se hacen responsables de su conflicto, de entenderlo, de identificar los intereses que tienen en juego y en buscar de manera activa y conjunta la solución más adecuada. Y está es una de las características que hace que la negociación colaborativa logre acuerdos exitosos, porque, “cuanto más nos alejamos de la fuente original del conflicto (que son las personas involucradas), más difícil es entenderlo y por lo tanto gestionarlo...Si la parte elude su responsabilidad en el conflicto, nunca va a validar verdaderamente la solución a la que se arribe”.

Hemos dicho que la negociación colaborativa se centra en los intereses de las partes, y no en sus rígidas y superficiales posiciones. Cada parte no solo debe ser capaz de comprender sus intereses en juego, sino que además debe poder validar los intereses de las otras partes involucradas, pues solo así se lograra llegar a una solución que satisfaga a todos. Para Cappellini esta es una característica esencial, “Se negocia en equipo, importan los intereses del otro, son esenciales para ver si pueden machear con mis intereses. Si no indago, me estoy perdiendo de ver un universo mayor de posibilidades, de buscar soluciones creativas”. Pero para llegar a identificar y comprender estos intereses en juego es necesario el uso de herramientas adicionales a las clásicas del ejercicio profesional: las Habilidades Blandas (soft skill). El abogado debe poder interactuar con su cliente de manera de generar un espacio de confianza y credibilidad que permita al cliente indagar y descubrir los intereses

subyacentes al conflicto, debe poder gestionar las emociones que inevitablemente se pondrán en juego, practicar la escucha activa, la empatía.

La práctica Colaborativa es una forma de ejercer la abogacía diferente, desde la unión y validación del otro, es una de gestionar los conflictos evitando que escalen y se dimensionen, y si se ha llegado a ese estadio buscar soluciones que mantengan los vínculos estables y pacíficos, y que las partes al involucrarse en la solución, al fin del proceso se sientan satisfechas con el acuerdo logrado.

Conclusiones:

Los abogados podemos y debemos jugar un papel muy importante en el desarrollo de los métodos alternativos propuestos. Somos quienes aconsejamos a nuestros clientes el mejor camino a seguir, el mejor camino es el que puede resolver su problema de mejor manera.

El abogado es quien debe preparar a su cliente para el proceso, escuchar atentamente su posición, pero no quedarse estancado en ella, indagando las necesidades reales y los intereses que subyacen debajo de su relato. Toda esta información nos permitirá idear soluciones innovadoras acorde a los tiempos que vivimos, capaces de resolver el conflicto de nuestro cliente y, no menos importante, de ser lo suficientemente tentadoras para que la otra parte pueda aceptarlas.

En el ámbito societario incluso el vínculo con la otra parte puede ser importante, por ser un socio, un proveedor valioso, por tratarse de un empleado que no se quiere perder, entonces tanto más se deberá encarar con mucho cuidado y preparación la negociación colaborativa o la mediación en pos de separar a las personas del problema y poder arribar a soluciones de mutua satisfacción, que cuiden y hasta puedan mejorar la relación.

La mediación y negociación colaborativa no son los procesos ideales si se busca sentar precedente, imponer la razón, encontrar al responsable, lo que si puede lograrse recurriendo al arbitraje, en las dos primeras se apunta a trabajar en una mesa dialogando, para encontrar entre todos, la solución al problema que nos aqueja.

Sinceramente, no tenemos nada que perder si la próxima vez evaluamos resolver el conflicto mediante el proceso arbitral, menos aún si al sentarnos en la mesa de la mediación prejudicial obligatoria lo hacemos con apertura y dispuestos a trabajar lo que nos proponga el mediador.

¿Por qué no animarnos a capacitar a los directivos de la empresa en técnicas de negociación colaborativa, o incluso mediación empresarial, para que puedan ser ellos como líderes quienes descompriman un conflicto interno?

¿Y si nosotros abogados, acompañamos a nuestro cliente a una negociación dispuestos a encontrar una solución creativa, que deje a todos los involucrados satisfechos, en vez de querer ganar por sobre los intereses del otro? Sin lugar a dudas todo esto implica un cambio de paradigma en el modo de ejercer la profesión, pero somos conscientes que una justicia colapsada y en muchos casos ajena a la realidad que el conflicto plantea no ofrece las mejores garantías.

LA NOVEDOSA ACCIÓN DE RENEGOCIACIÓN DEL ART. 1011 CCYCN COMO HERRAMIENTA EN LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

Susana Monzó

SUMARIO

La frustración del socio minoritario en su vocación a percibir utilidades genera desaliento en la inversión, afectando la concurrencia o variedad de oferentes en el mercado, lo que perjudica a los consumidores con impacto en la economía en general.

El art. 1011 CCyCN aporta una solución tanto para el socio como para el mercado: introduce la categoría de contratos de duración y una herramienta “la obligatoria conducta o acción de renegociación” que impone, evitando la vía judicial, priorizar la relación contractual por sobre la rescisión, en este caso parcial. Los contratantes deben readecuar el contrato y realizar ajustes resignificando el vínculo relacional propio de estos contratos de duración con vocación de continuidad, donde el tiempo y el capital se amalgaman en un proceso de conformación de la organización productiva que será la creadora de valor.

INTRODUCCIÓN. CIRCUNSCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA A ABORDAR

Los requisitos reglamentarios de presentación de la ponencia me conducen a honrar la brevedad y el criterio de exposición sintético con enfoque sobre el mensaje trascendental, lo que no me permite explayarme sobre antecedentes, otras soluciones ni el derecho comparado.

Uno de los mayores problemas, ya endémico dentro de la patología societaria, radica en el histórico conflicto “mayorías vs minorías”, más precisamente en la decisión reiterada del grupo de control societario en la asamblea ordinaria de no distribuir dividendos, ello fundado en múltiples razones que a veces pueden favorecer al minoritario, circunscribiendo la problemática a los casos en que lo perjudica sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por el controlante para justificar la decisión que depende de su arbitrio. Esta situación descausaliza su inversión agravando su riesgo, que ya no será un riesgo propio del mercado sino sujeto a intereses sobre los cuales no tiene injerencia.

Mucho se ha escrito sobre el tema y muchas han sido las soluciones aportadas por el derecho comparado y el nacional. El objeto de esta ponencia no es rebatirlas ni desvalorizarlas, por el contrario, es sumar una nueva herramienta suministrada por el CCyCN que resulta novedosa y configurada prácticamente a medida de la esencia o substancia societaria.

LA SUBSTANCIA SOCIETARIA: CONTRATO DE DURACIÓN, RIESGO COMÚN, ESPECULACIÓN Y VOCACIÓN A DISTRIBUIR UTILIDADES

La causa fin objetiva del negocio jurídico sociedad halla su ratio en un contrato de duración que da nacimiento a un sujeto de derecho que es el empresario cuyo patrimonio se conforma por el fondo común (aportes de los socios) aplicado a un fin común, asumiendo un riesgo en común con vocación a distribuir utilidades los socios que son jurídicamente igualitarios, sin perjuicio de la mayor o menor extensión de los derechos de cada uno.

Este contrato de duración presenta como elemento esencial: el tiempo. El tiempo que per-

mite el desarrollo de la causa fin, pero que a la vez también permite la aparición de vicisitudes propias de la especulación de los agentes involucrados y reñidas con el riesgo que están soportando en común.

En los contratos de duración los contratantes comprometen su capital, así el tiempo es el sustrato necesario para su amortización. De este modo, el tiempo y el capital se amalgaman en un proceso,¹ en donde la relación, por definición, tiene vocación de continuidad.² El contenido contractual requiere una actitud constante de cooperación, una conducta proactiva que el derecho societario resalta en la imprescindible *affectio societatis*.

BREVE MENCIÓN A LOS NUEVOS PARADIGMAS QUE FORTALECEN AL CONTRATO DE DURACIÓN

En sintonía con las necesidades del contrato de duración para el logro de su finalidad, mencionaremos algunos principios que se resignifican o adquieren prevalencia tanto en el CCyCN como en el campo societario:

El principio *favor contractus* a favor de la conservación del acto jurídico 1066 CCyCN y su homónimo principio de conservación de la empresa consagrado en el art. 100 LGS, que busca remover las causales disolutorias en pos de la continuidad de la fuente de producción.

El indispensable principio de la buena fe, y su correspondiente *affectio societatis* que encuentra en la conducta cooperadora de los socios la única forma de concretar la causa fin, procurando que cada socio reciba aquello que buscó al momento de contratar, aportar y soportar el riesgo común. Cada contratante debe ser sensible (empático) en salvaguarda de los intereses del otro como única forma de lograr el bien de todos. Ello conlleva a tolerar modificaciones del acuerdo originario.

El principio de igualdad, que veda tratar a una de las partes de un modo injustamente discriminatorio traducido en la *pars conditio socii*.

El principio de equidad, en el que encuentra su eje el equilibrio de la sociedad, de conformidad al reparto de intereses establecido en el convenio.

Y como corolario de todo lo anterior, puede observarse una mutación:

De la tipicidad de los vicios, a la atipicidad de la situación de abuso, a los efectos de poder abarcar todas las situaciones posibles en donde se consume el binomio “abusador-oprimido”, con amplio campo de matices en materia societaria y con gran versatilidad para las soluciones.

De la nulidad como sanción a la readecuación contractual a la nueva realidad.

Del intento de adaptar los negocios a las formas jurídicas (típicas) al reconocimiento de la necesidad de adaptar las formas jurídicas a los negocios, pasando de un marcado rigorismo de las formas a la supremacía de la autonomía de la voluntad con capacidad para el rediseño y adaptación de lo pactado a la nueva realidad.

Del totalitarismo del acto de comercio a un derecho privado patrimonial de mercado. De la polaridad “comerciante no comerciante” a la dialéctica “oferente-consumidor”.

De la exaltación del poderoso a la protección de la parte débil. Esto adquiere matices en materia de responsabilidad mediante el principio de “socialización del riesgo”, haciendo soportar la onerosidad al responsable más solvente, aquel que en mejores condiciones está

1 ARIZA, Ariel, en comentario al art. 1011 CCyCN en Lorenzetti, Ricardo L, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” Rubizal Culzoni, Sante Fe, 2015.

2 LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, en comentario al art. 1011 CCyCN en Alterini, Jorge H, “Código Civil y Comercial comentado”, 2da edición, La Ley, Buenos Aires, 2016.

de afrontar la gravosidad económica.³

SITUACIÓN DEL ACCIONISTA MINORITARIO FRENTE AL NUEVO ESCENARIO: INEQUIDAD QUE TRASLADA SUS EFECTOS AL MERCADO

Fulvio Santarelli,⁴ en su obra “Contrato y Mercado” describe al mercado como un proceso dinámico de agregación de contratos. La sumatoria de lazos convencionales constituye el mercado. De este modo, el acto de autonomía (en nuestro caso la decisión del controlante que perjudica al minoritario) no puede ser abordado como un acto aislado, sino como fragmento de una actividad de mercado y como tal se encuentra modelado por el contexto económico sobre el que a su vez también influye.

Es por ello que la patología en el contrato pone en evidencia en el mercado los desequilibrios y las consecuencias perjudiciales de éstos.⁵ Hay contratantes con poder de imposición contractual que son quienes dan la fisonomía al negocio. La sofisticación de la economía multiplica los sectores con poder de imposición y con ello acentúa el carácter de debilidad de aquellos que no tienen posibilidad de imposición de reglas de intercambio. Estas circunstancias hacen sentir sus efectos perjudiciales, los que no sólo se proyectan al contratante sino al mercado todo.⁶ Y el mercado necesita reglas claras para la iniciativa privada, transparencia y concurrencia no sólo para las empresas mismas sino para la protección del consumidor. La libertad de elegir, que constituye el sustento del derecho del consumidor, necesita de la variedad de oferentes y esta concurrencia puede verse disminuida por el desinterés de los inversores ante la posibilidad de ser rehenes del socio controlante. En el análisis de la inversión recobra energía el término “utilidad”. Los comportamientos oportunistas o extorsivos del dominante deben tener como límite la utilidad del capital invertido y su supervivencia; dicho de otro modo, la conducta del dominante no debe impedir la reutilización del capital, o bien que se amortice sin utilidad alguna a su titular.⁷ Este flagelo de opresión del minoritario sin dividendo desalienta la inversión del capital minoritario private equity, dado que no solamente no recibe utilidad sino que además nadie querrá comprar “su celda en la cárcel” de la sociedad controlada. Esto afecta la concurrencia en el mercado, fundamental para evitar la concentración o cartelización.

El conflicto mayoría-minoría y la inequidad contractual tiene un efecto inmediato para el inversor minoritario, pero también traslada sus efectos distorsivos a la estructura de la economía y con ello al interés general. Por ello “luchar por la justicia contractual significa luchar por la justicia del mercado”.⁸

UNA NUEVA HERRAMIENTA: LA ACCIÓN DE RENEGOCIACIÓN DEL ART. 1011 CCYCN

Incorporación de los contratos de duración como una categoría que merece una regulación especial

Art. 1011, primer párrafo: “Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración

3 PIZARRO, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos G., “Tratado de Responsabilidad Civil”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, T1 pág. 55.

4 SANTARELLI, Fulvio, “Contrato y Mercado”, 1ra edición, La Ley, Buenos Aires 2018, págs. 75 y 77,

5 SANTARELLI, ob. cit, pág. 81

6 SANTARELLI, ob. cit, pág. 82

7 SANTARELLI, ob. cit, pág. 192

8 SANTARELLI, ob. cit, pág. 50

el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar"

Lorenzetti señala la consagración legal de la categoría de los contratos de larga duración como novedosa tanto en el derecho nacional como en el comparado,⁹ resaltando la aplicación del art. 1011 CCyCN a los contratos asociativos, dejando al operador jurídico la tarea de ajustar la valiosa solución que aporta a los casos puntuales de cada figura.¹⁰ Dentro del ámbito societario esta consagración se resignifica puesto que el eje de la causa fin se apoya en el aspecto relacional, tanto entre los socios como entre ellos y los administradores y terceros. El contrato de sociedad como contrato de duración está llamado a regular una relación con vocación de continuidad, puesto solo así los contratantes podrán lograr aquello que los llevó a contratar. Es el vínculo relacional lo que posibilita la conformación de la organización productiva.

La consagración de la *Affectio societatis*

Art. 1011, segundo párrafo: *"Las partes deber ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total"*

La esencia societaria demanda colaboración de modo de sobrellevar las alternativas que presenta el mercado. Se trata de un proceso evolutivo en donde la adaptabilidad a las nuevas circunstancias se sobrepone al rigorismo del estatuto. Permanencia, adaptabilidad y comportamiento activo de los socios en reciprocidad dinámica, procurando asegurar al otro su expectativa contractual son las claves del contrato que se traducen en la programación exitosa de la actividad empresarial. Sólo el interés común puede acompañar al riesgo en común asumido por los socios otorgando sentido al vínculo creador de valor.

La obligación de renegociar y la readecuación del contrato por vía autónoma y extrajudicial como solución a la situación del minoritario, sin costo de transacción y sin deterioro del vínculo

Art. 1011, tercer párrafo: *"La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de sus derechos"*

La obligación legal de renegociar el contrato en forma previa a la rescisión constituye una modificación trascendente en materia contractual,¹¹ evitando el litigio destructor de valor en materia societaria, en donde el nombre comercial y la marca se apoyan sobre un andamiaje de empresa socialmente responsable y respetuosa del derecho de los consumidores, que se verán afectados por el conflicto societario que, como hemos visto, traslada sus efectos y perjuicios al mercado.

La readecuación del contrato por la vía autónoma evita estos costos de transacción y, además de no exponer el nombre comercial, regenera el vínculo evitando llegar al deterioro propio de vía judicial. Se trata de un reencauzamiento de la relación, en donde las partes se aprestan a realizar ajustes resignificando el vínculo relacional como fuente de la creación de valor para todos. Se trata de priorizar la relación contractual gestora de la organización productiva antes que poner en vilo dicha organización. Los socios buscan una solución apropiada que sostenga la utilidad que el contrato representa.

9 LORENZETTI, ob. cit, págs. 745 y 746

10 LORENZETTI, ob. cit, pág. 752

11 LORENZETTI, ob. cit, pág. 750

Lorenzetti resalta que “esta conducta contractual... está orientada a la celebración de un nuevo acuerdo, que¹² como tal puede traducir de diferente manera el interés de los contratantes. Las partes... pueden modificar otros aspectos del contrato para compensar los intereses. Quienes renegocian, en síntesis, están recontratando.” “La obligación de renegociar tiene prioridad a la rescisión.”¹³

Esta renegociación en materia societaria encuentra un campo fértil, por cuanto el nuevo orden normativo societario es de textura abierta y ordenado a la conservación de la empresa. El amplio influjo de la autonomía de la voluntad trae aparejados innumerables matices y soluciones basadas en las herramientas que la propia LGS aporta. Así, por ejemplo, puede pactarse con el minoritario que durante un determinado plazo no percibirá utilidades, pero vencido el mismo sus acciones se convertirán en preferidas, ya sea todas y un porcentaje de ellas. Además, debe tenerse presente que el mayoritario, por definición, está en mejores condiciones de soportar el riesgo que el tiempo conlleva.

CONCLUSIONES

1-. El conflicto mayoría-minoría extiende sus efectos al mercado en perjuicio de la economía

El socio, que ve frustrada su vocación a percibir utilidades, genera desaliento en la inversión minoritaria, lo que repercute en la creación de menos empresas por falta de inversión; en la desaparición de muchas de ellas; o en el desvanecimiento de las que tienen que abordar el conflicto judicial. Ello afecta la concurrencia empresarial en el mercado que constituye un cimiento fundamental para asegurar al consumidor la posibilidad de elección entre varias opciones. Luchar por la justicia contractual es luchar por la justicia de mercado.

2-. De allí la importancia de un abordaje tendiente a reconducir el vínculo entre los socios y no a generar la resolución, aunque sea parcial, ni recurrir a la vía judicial

De esta manera se beneficia: por un lado, a la unidad productiva empresaria generadora de empleo y elemento indispensable de la concurrencia en el mercado; y por otro, el vínculo relacional de los socios creador de valor, que necesita del tiempo para generar la organización y producir sus frutos. El socio minoritario desalentado encuentra la posibilidad de reconducir la relación por la cual asumió el riesgo en común, a la vez que el mercado evita el debilitamiento de una empresa con lo que también se fortalece la economía.

La solución no debe implicar costos de transacción ni deterioro del vínculo en sede judicial.

3-. La versatilidad del nuevo orden jurídico civil y comercial busca la readecuación contractual como primera opción frente al conflicto. Se busca preservar las relaciones jurídicas mediante un nuevo contrato que satisfaga el interés de todas las partes.

4-. La socialización del riesgo en materia de responsabilidad civil conduce a hacer soportar las consecuencias dañosas a quien está en mejores condiciones de solvencia. Claramente en este caso es el socio controlante.

¹² LORENZETTI, ob. cit, pág. 750

¹³ LORENZETTI, ob. cit, pág.751

5- El art. 1011 del CCyCN introduce la categoría de contratos de duración y una solución que se ajusta a su naturaleza relacional de vínculo continuado en el tiempo, en cuya preservación radica el éxito del negocio. La obligatoria acción o conducta de renegociación busca salvar la substancia societaria y con ello evitar la distorsión en el mercado.

Bibliografía además de las citadas

- Alegría, Héctor, "El abuso de mayoría y minoría en las sociedades anónimas", RDPyC 16-319
- Alfaro Águila-Real, Jesús, "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", In-Dret 4/2005
- Betti, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", 2da ed., Revista del Derecho Privado, Madrid, 1959.
- Borda, Guillermo, "Tratado de derecho civil, parte general" 10 ed., LL, Bs. As.
- Fernandez-Cuellas, Rodolfo, "Comentario práctico sobre la dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital: apunte de soluciones", Actualidad Mercantil 2019, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Galgano, Francesco, "El negocio jurídico", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- Rivera, Julio C, "El concepto del contrato" RDPyC 2016-3-17.

ALCANCES DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL CONFLICTO SOCIETARIO

Fernando Pérez Hualde

SUMARIO

Las sentencias dictadas por los jueces en el marco de un conflicto societario, para dar cumplimiento al art. 3 CCCN (“... resolver los asuntos...”), deben contar con un plus que permitan no descansar en la resolución del asunto en particular, sino tratar de encausar la relación societaria de manera de solucionar el *conflicto*.

Las distintas jurisdicciones (provinciales) a través de sus códigos de rito, pueden regular el proceso de impugnación de los estados contables de ejercicio, sin desvirtuar la regulación que la LGS realiza de la nulidad asamblearia, emulando así lo acontecido con el proceso de rendición de cuentas o la intervención de sociedades.

PONENCIA

El art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece que “(Deber de resolver) el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

Tal como ha expuesto uno de sus autores, el texto legal establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada, mencionando una pluralidad de fuentes que exceden incluso su propio texto, lo que impone un necesario diálogo entre las mismas, dando curso a un nuevo modelo de decisión judicial¹.

En la materia societaria es conocido qué las decisiones judiciales (o arbitrales) dictadas en oportunidad de “resolver un asunto” sometido a su jurisdicción, salvo supuestos excepcionales², no tienen por virtud poner fin al conflicto de fondo que existiere en el Ente.

La razón es muy sencilla: estamos frente a sociedades cerradas en las que no hay un “mercado” que permita a los socios disponer de su participación societaria o incluso ejercer derecho de receso³, razón por la cual el vínculo jurídico entre los socios continúa y con ello la relación conflictiva. Ésta puede perpetuarse no solo por el plazo de duración que le reste a la sociedad, sino incluso extenderse durante el período de liquidación de la misma.

Lo manifestado no implica que las sentencias, en aras de tratar de cumplir el mandato que establece el art. 3 CCCN antes citado, no puedan (o deban) tener un plus que permita encausar la relación societaria, poner a cada socio en su lugar y así evitar qué a poco tiempo vista, vuelvan éstos a requerir el auxilio del juez con una versión remixada del conflicto en cuestión. Ese plus impone que tal decisión judicial tenga por fin, además de resolver “el asunto” sometido a su jurisdicción, tratar de encausar la relación societaria dirimiendo el conflicto del cual el asunto representa tan sólo una expresión del mismo. No es suficiente

1 Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, Introducción, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 9, citado por Mosquera, Marcela, El rol del juez en el proceso. El fin último de la función jurisdiccional, 17/06/2017, Lejister.com, cita Cita: IJ-CCCLXXVI-114.

2 Como lo sería por ejemplo la exclusión de un socio.

3 Derecho interpretado restrictivamente.

una sentencia justa y rápida⁴ acorde a las circunstancias, necesitamos por sobre todo que dicha sentencia sea útil⁵.

En el ámbito del conflicto societario existen variadas razones que justifican requerir la participación activa del juez interviniente, con miras al dictado de una sentencia útil, que efectivamente ponga fin al mismo. No sólo existen razones de economía procesal (aplicables al caso, por cierto). Además, debemos tener presente las consecuencias que el conflicto genera, que exceden en muchos casos los simples derechos de sus partícipes directos e incluso de aquellos ligados por el vínculo asociativo (en general estamos frente a acciones de carácter social, no individual).

Por idénticas razones a las que justifican su régimen especial de nulidades societarias (seguridad jurídica en protección de los derechos de terceros que han contratado o de algún modo tienen relación con el Ente creado), las sentencias requieren avanzar en la solución del “conflicto” intra societario subyacente al “caso” concreto.

En la disputa societaria estamos ante el “juez del conflicto”, no sólo del caso. Esa es la razón que justifica, conexidad mediante, la radicación ante un mismo tribunal de todas y cada una de las causas judiciales que se derivan del mismo. En consecuencia, la mirada del juez debe ser integral, indagando en las causas generadoras de la controversia y no limitándose al mero incumplimiento formal (acción u omisión) de alguno de los integrantes de sus órganos.

A lo dicho debemos sumar qué por las propias características y naturaleza de las sociedades, cuando hablamos de una disputa societaria, estamos hablando de un conflicto vivo, donde los hechos nuevos y nuevas pruebas son moneda corriente. Es de las disciplinas donde posiblemente encontremos mayor cantidad de pedidos de abstracción o moot case, planteados como consecuencia de actos ejecutados con posterioridad a la traba de la litis. Sin lugar a dudas lograr el objetivo que pretendemos en el accionar de los jueces no depende solamente de los mismos. Es trascendental la actuación de quienes concurrimos requiriendo su intervención, quienes no debemos descansar descansar en el principio *iura novit curia*⁶, ni mucho menos pretender que el magistrado resuelva lo que no se le ha planteado. El profesional que interpone una demanda debe, además de precisar con claridad, certeza y determinación su petición, realizar el planteo de tal manera que el juez al expedirse pueda sumar un escalón más tendiente a poner fin al conflicto.

En estos términos trataremos de dar un ejemplo práctico que exprese a qué nos referimos cuando requerimos al Juez del Conflicto, que dicte sentencias que busquen soluciones efectivas al mismo.

Impugnación de la asamblea que aprueba los estados contables

La sentencia que hace lugar a la impugnación del punto del orden del día que aprobara los estados contables de ejercicio como consecuencia de vicios existentes en la confección de los mismos, bien podría no limitarse a declarar su nulidad.

Puede tener un plus consistente en indicar, por ejemplo, qué operaciones han sido omitidas en los mismos; cómo deben ser expresadas; qué parámetros y criterios se deben respetar en la confección de ellos; qué errores o vicios deben corregirse; y así una larga cadena de et-

⁴ Lo que sin lugar a dudas, no es poca cosa, en particular en temáticas mercantiles.

⁵ Mosquera, Marcela, *El rol del juez...*, ob. cit., pág. 5.

⁶ Que, dicho sea de paso, pierde fuerza en jurisdicciones en las cuales no existe un fuero especializado, tal como ocurre en la mayoría de las provincias.

céteras, que permitan lograr que dichos estados contables sean confeccionados conforme a derecho. Incluso podría fijar un plazo para cumplir con la condena en cuestión.

Podría el Juez también dar un paso más en su sentencia, y derechamente, tener por aprobados los estados contables previa sujeción de los mismos a las observaciones que realizara la contraparte y respaldara por ejemplo una pericia contable.

Este comportamiento del juez a través de su sentencia, no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. Con sólo echar mano a la regulación que los códigos de rito realizan de proceso de rendición de cuentas, observamos que ello es moneda corriente.

La rendición de cuentas es una institución de origen mercantil, hoy regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación⁷, que tuviera su antecedente en el Código de Comercio Argentino⁸. Sin embargo, la estructura procesal del trámite judicial de rendición e impugnación, y en su caso la aprobación de una cuenta, está regulada en los códigos de rito de cada jurisdicción. Es en ellos donde encontramos el tratamiento (más o menos uniforme) del proceso judicial que permite a los jueces tramitar la impugnación u observación de una rendición de cuentas, como así también su aprobación.

Ejemplo de ello es el art. 652 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que establece, para el supuesto de que quien resulte demandado en un juicio de rendición de cuentas, ante la recepción del traslado de la demanda, *“no la contestare, o admitiere la obligación y no las rindiere dentro del plazo que el juez fije al conferir dicho traslado”, tener “por aprobadas las (cuentas) que presente el actor, en todo aquello que el demandado no pruebe que sean inexactas”*.

El art. 654 del mismo cuerpo que reza: *“FACULTAD JUDICIAL: En los casos del artículo anterior, si conjuntamente con el pedido, quien promovió el incidente hubiere acompañado UNA (1) cuenta provisional, el juez dará traslado a la otra parte para que la admita u observe, bajo apercibimiento de que si no lo hiciera se aprobará la presentada”*. Para culminar estableciendo que *“El juez fijará los plazos para los traslados y producción de prueba, atendiendo a la complejidad de las cuentas y documentos que se hubiesen acompañado”*.

Podemos observar así el modo en que los códigos de rito de cada jurisdicción, no sólo regulan la interpretación del silencio por parte de quien resulte demandado, sino que además otorgan amplias facultades al juez para la determinación del procedimiento y plazos, como asimismo para dictar una sentencia definiendo cuál es en definitiva la cuenta correspondiente (y su consecuente saldo).

Las distintas jurisdicciones ejercen esta facultad (procesal), como consecuencia de no haber sido la misma delegada a la Nación (art. 121 CN). La delegación de facultades a la Nación para el dictado del Código Civil y Comercial (art. 126 CN) no ha constituido obstáculo alguno, en la materia relativa a la rendición de cuentas, para que las provincias regularan los alcances y facultades de los jueces en el respectivo proceso de impugnación (y/o aprobación) de las cuentas.

Estamos claramente ante facultades que no han sido delegadas.

Incluso, el legislador del año '72, en oportunidad de pronunciarse respecto de las normas sobre intervención judicial existentes en los distintos códigos procesales (provinciales y

⁷ Regulada en los arts. 858 a 864 CCCN.

⁸ Art. 68 y ss. CCo.

nacional), y su juego con las normas de la (hoy⁹) Ley General de Sociedades (arts. 113 al 117 LGS), sostuvo en la Exposición de Motivos que las disposiciones de los “códigos procesales locales se aplicarán subsidiariamente y sólo en cuanto a las normas procesales ahí contenidas”. Esto ha sido refrendado por la doctrina¹⁰ y jurisprudencia en reiteradas oportunidades¹¹. Así en materia de Intervención de Sociedades observamos cómo según la jurisdicción de la cual se trate, encontramos diversas opciones para la designación del interventor, regulación de honorarios, modo de constituir la contracautela o incluso la duración de la medida.

En virtud de lo expuesto creemos que las distintas jurisdicciones, a través de sus códigos de rito, pueden regular el proceso de impugnación de los estados contables de ejercicio, sin desvirtuar la regulación que la LGS realiza de la nulidad asamblearia, emulando así lo acontecido con el proceso de rendición de cuentas o la intervención de sociedades.

Finalizamos con un ejemplo jurisprudencial demostrativo de lo que los jueces pueden resolver a través de sus sentencias. Nos referimos al precedente “Mihura c/Mandataria Rural”¹². En dicho fallo, confirmado por la Cámara, podemos apreciar una sentencia que cuanto menos ordena el conflicto y por sobre todo sienta principios claros para el proceder futuro del grupo de control.

Mendoza, 31 de julio de 2022.

9 Aunque como bien destacara Lisandro Hadad en su exposición realizada en las Primeras Jornadas Preparatorias organizadas por la UNNE el 2/8/22, la Ley 19.550 ha perdido la virtualidad de ser “general” desde la sanción del tipo de la SAS (Ley 27.349).

10 Verón, Alberto Víctor, *Intervención administrativa y judicial de sociedades anónimas*, LLNOA 2009 – Marzo, 105, *Enfoques* 2009, 63, quien sostiene que “Las disposiciones del Código Procesal relativas a la intervención judicial se aplican subsidiariamente de la ley sustancial o de fondo (Ley de sociedades comerciales)”.

11 “toda disposición contenida en el art. 222 y subsiguientes del cód. procesal que se oponga a lo establecido en la LS 19.550 debe considerarse inaplicable”, CNCom., sala A, 15-7-76, “Levinger de Jourdan, Dorotea y otra c. Gualterio Jourdan S.A.”, cit. por Juanes, Norma - Drnas de Clément, Zlata - Sappia, Jorge - Ferrer, Germán - Orchansky, Sebastián - Elbaum, Lorena, Horacio Roitman (dir.), *Intervención judicial*, RDPC, 2000-1 (Sociedades Anónimas).

12 La sentencia de primera instancia, confirmada por la CNCom, con voto de los Dres. Alberti, Quinterno y Bosch (23-dic-1979. Cita: MJ-JU-M-64884-AR | MJJ64884), que resolvió: “1) anulando las decisiones asamblearias -en cuanto no otorgaron dividendo-, 2) mandando formular nuevamente el balance presentado a la asamblea (con la indicación de computar las utilidades adquiridas en acciones según el valor de su cotización en la fecha de cierre del ejercicio); 3) mandando celebrar asamblea para decidir sobre la suerte de las utilidades no distribuidas hasta la fecha -sin discriminar las ganadas en ejercicios precedentes de aquellas tratadas en las asambleas impugnadas-, y 4) mandando que la asignación de las utilidades a los accionistas sea hecha con el producto de vender las acciones de otra sociedad anónima; las cuales constituyen su ganancia, salvo distribuir las en especie.”

EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DE DECISIONES ASAMBLEARIAS (HACIA LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO)

Hernán J. Racciatti

SUMARIO

La ponencia se enmarca en el siempre latente problema de tutela de la minoría y sus límites (en protección del interés social y la eficiencia social). Se busca concluir sobre el establecimiento de pautas que lleven a que, ante su presencia, se presuma la existencia de la utilización abusiva del derecho de impugnaciones de las resoluciones sociales.

PONENCIA

Vale la pena observar que es corriente que cada vez que se manifiesta una disidencia en el seno de una asamblea, una divergencia sobre la conveniencia u oportunidad de una decisión tomada sobre la base de la regla de mayoría, la minoría disidente o disconforme tienda a considerar que tal resolución social ha sido consecuencia del abuso; y es corriente, también, que disconformes con la decisión mayoritaria, se llegue en algunos casos, al punto extremo de resistirse a acatarla o aceptarla por este motivo, o por otros vinculados con aspectos formales.

La experiencia nos muestra que éste es un lugar común en la práctica societaria, y deberían quedar perfectamente aclarados los límites, reglas y sanciones ante la resistencia injustificada de la regla mayoritaria, que permitieran tomar decisiones minimizando los riesgos de controversia, conflicto y posterior intervención judicial.

Se observa que son numerosos los supuestos en que se olvida la regla de la prevalencia de la decisión de la mayoría, como asimismo que si la regla funciona normalmente la decisión mayoritaria no puede cuestionarse, ya que no se trataría más que del poder de tomar resoluciones que corresponde a la mayoría y que, desde antes de prestar su consentimiento a formar parte de la sociedad, el socio minoritario debe conocer¹, siendo atacable únicamente esta regla por la vía judicial en el caso que exista una violación de la ley o del estatuto, o un desvío que denote un apartamiento claro en su correcta utilización, pero no cada vez que existan discrepancias de criterio o solo disconformidad con la resolución tomada por quienes representan la mayoría².

1 Refiriéndose a este tema y a la sociedad como medio de organización nos dice el profesor Martín Arecha que "...el sistema societario requiere de un modo de estructurar el funcionamiento de esos entes compuestos por una pluralidad de sujetos, estableciendo el modo de asignar una voluntad a la sociedad y reglamentando los derechos de los socios. El derecho de las sociedades contempla formas instrumentales, constituye una herramienta jurídica necesaria para el desenvolvimiento de la economía. Para ello se conocen dos sistemas, el de la unanimidad o el de la mayoría de la voluntad de integrantes. En última instancia, se resuelva optar por cualquiera de ellos, será el que permitirá definir en lo interno la voluntad social, y quienes dispongan de los votos tendrán el poder de gobernar esa sociedad...", ver, ARECHA Martín, "Las minorías en la sistemática de la ley de sociedades" (Con particular referencia a las anónimas), en Derecho Empresario Actual, Homenaje al doctor Raymundo L. Fernández, pag. 47, edit. Depalma, 1996.

2 Ver HALPERIN Isaac – OTAEGUI Julio Cesar, "Sociedades Anónimas", Editorial Depalma, 1998, pag. 665, donde expresa "...la

En tal orden de ideas, es muy común que, en desacuerdo con las decisiones mayoritarias, se de comienzo a una labor de hostigamiento, acoso y desestabilización a la sociedad, sus socios mayoritarios y directores, a través del recurrente mecanismo de la impugnación de nulidad de todas o gran parte de las asambleas de la sociedad, con base en el artículo 251 y concordantes de la LGS³.

¿Qué se busca con estas impugnaciones?

El objetivo, en general, de tales impugnaciones (insistimos, reiteradas cualquiera que sean las resoluciones o temas que se traten en las asambleas) suele estar en presionar y acosar a través de la amenaza de que se provoque un descrédito tanto entre terceros –proveedores, financiadores, clientes- como entre los empleados de la sociedad.

Se busca crear una sensación de incertidumbre sobre lo que pasa dentro de la sociedad y cuál es el futuro que le depara a la misma, dañando comercialmente la imagen de la sociedad, y dificultarle sus posibilidades de desarrollo.

Y, respecto ello, se sabe bien cuánto es el daño que se puede provocar con solo echar a correr un rumor de inestabilidad o de zozobra.

¿Cuánto cuesta a una sociedad comenzar a perder empleados en los cuales se ha invertido en su formación nada más que porque un grupo de accionistas inicia una guerra de juicios y medidas que genera dudas sobre la estabilidad de la empresa societaria?

Y, ¿quién protege a la sociedad hasta el momento que se dicte resolución en todas y cada una de las decisiones?⁴

El daño que se produce durante ese tiempo de hostigamiento, de asedio, es grande.

No puede negarse que se trata de una contingencia eventual de tinte negativo para una sociedad, arrastrar tres o cuatro balances aprobados pero bajo revisión judicial. Piénsese en que, quien los analice (proveedores, financiadores, clientes, etc.) no pueden soslayar el riesgo que puede representar una eventual condena a repartir utilidades oportunamente capitalizadas o restituir capital social aportado por socios en efectivo, como consecuencia de una resolución social que decidió un aumento, y que a ojos del tercero observador ex-

voluntad de la mayoría prevalece...”, y véase también lo expuesto por la doctrina citada en nota 21 al pie de página. Dice Manuel de la Cámara: “...la potestad de mando se entrega a la mayoría para que tutele el interés social...”; vid., DE LA CÁMARA Manuel, “La competencia de la junta general de accionistas”, en Estudios Jurídicos sobre la sociedad anónima”, pag. 183, editorial Civitas, Madrid, 1995. Por su claridad, y en coincidencia con lo expuesto, transcribimos textualmente un párrafo que se expone en una cita de la excelente obra de Javier Juste Mencia, que dice que “...no debe olvidarse, con relación a estas posturas acertadamente críticas con opiniones extremas y como más adelante se subrayará en el texto, que el poder de la mayoría expresado regularmente es un poder legítimo... y que sus efectos son deseados –con las garantías que se establecen contra el riesgo del abuso- por el propio ordenamiento...”; JUSTE MENCIA Javier, “Los Derechos de Minoría en la Sociedad Anónima”, pag. 37, nota 22 al pie de página, editorial Aranzadi, 1995.

3 Ver MEGÍA LÓPEZ Javier, “Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y minoría”, en Anuario Jurídico Escorialense, año 2014, donde expresa que “...para las conductas activas o positivas de los socios minoritarios –solicitudes de información o impugnación de acuerdos, e, incluso, solicitud de convocatoria a la junta general- que superen tal límite, cabe la posibilidad de acudir al abuso del derecho como institución general en manos de los jueces –en su caso, y con carácter previo, también de los administradores- para desestimar la pretensión por injustamente obstruccionistas para la marcha de la sociedad...”; obra citada, pag. 41. Por su parte, también en el derecho español, Luis Hernando Cebriá, también indica que “...Otro mecanismo, como ya se ha relacionado, mediante el cual el socio minoritario puede ejercitar sus derechos de control de forma abusiva es el relativo al ejercicio del derecho de impugnación de acuerdos...”; ver CEBRIÁ Luis Hernando, “El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital”, pag. 195, edit. Bosch, 2013. En el mismo sentido, FUENTES NAHARRO Mónica, “El accionista depredador. Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada”, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 128, Octubre-Diciembre 2012, pags 7 a 34.

4 Al respecto, dice el profesor español Eduardo Polo, que “...la ley..., no se plantea al otorgar estos derechos a la minoría –y acaso debiera hacerlo- la circunstancia de que su ejercicio pueda lesionar los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o terceros, ni, menos aún, el correlativo perjuicio de otros socios, cuando al contrario de lo que sucede con los acuerdos sociales lesivos –que admiten su impugnación ante los tribunales- no cabe en estos casos otra defensa que la de situarse al margen de la ley mediante la resistencia pasiva en espera de lo que puedan decidir los jueces cuando la minoría acuda a ellos solicitando la tutela de sus derechos...”; POLO Eduardo, “Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima”, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo II, pag. 2287, editorial Civitas.

ternos al conflicto podría ser declarada nula.

En muchas oportunidades, incluso, se impugnan todas las asambleas que se celebren con posterioridad a la exteriorización del conflicto.

Ahora bien, ¿es verosímil creer, vg., que en una sociedad todas sus asambleas sean impugnadas?

¿Aparece creíble tal circunstancia o se acerca más a pensar que la misma es motivo de un fin de hostigamiento y acoso pensada por las minorías para que la mayoría compre su paquete accionario a cambio de cesar con tal tipo de conductas?

Tenemos para nosotros que, muchas veces, estas impugnaciones, constituyen una notoria muestra del abuso de las minorías en el ejercicio de sus derechos. Para abusar se utiliza, so-lapadamente bajo el engaño y apariencia de un accionar legítimo, al órgano jurisdiccional⁵. Sostenemos que ello –la recurrencia indiscriminada de impugnaciones- debe ser considerado como un indicio de la existencia de una *situación abusiva* prevista por el artículo 10 del Código Civil y Comercial por parte de los Jueces.

Abusar del derecho es una conducta ilícita, y debe ser detenida y sancionada por el sistema Judicial.

El abuso de la utilización de la justicia, a través de la impugnación de asambleas en las sociedades comerciales, constituye una de las conductas abusivas más comunes que la práctica societaria nos muestra, y el ordenamiento legislativo, la doctrina y la jurisprudencia, no deberían pasarlo por alto⁶.

No es nuevo utilizar a la justicia, abusando de ella, para lograr -a través de su intermedio- fines extrasocietarios, no es poco común “vender” el no uso de derechos de minoría pensados para otros fines a cambio de un mayor valor al normal en la venta de las acciones. Así, la impugnación de asamblea se desnaturaliza y se convierte en un **arma** para presionar en la sociedad y lograr una venta de su participación a buen precio.

El daño que se causa con este tipo de acciones es claro, y ello no ha pasado desapercibido por cierta jurisprudencia que ha establecido, interpretando la finalidad de la ley, el criterio restrictivo para juzgar las impugnaciones de nulidad de asamblea⁷ o el requerimiento de que el impugnante aduzca y acredite un daño en la resolución social que se impugna⁸.

5 En tal línea, son muy gráficas las palabras de Horacio Roitman, cuando destaca que cuando la minoría asume una actitud o postura de contraposición a lo propuesto o resuelto por la mayoría, sin contemplar si esta postura mayoritaria está en consonancia con lo conveniente para la sociedad sino mirando y persiguiendo solo su defensa (la de los propios accionistas de minoría) su conducta sería cuestionable por estar en conflicto de intereses. Así, dice que “...De la misma manera, el interés de la minoría solo aparece imbuido de la finalidad común cuando su actuación se despliega hacia la defensa del mismo y no como contraposición a la postura y actitud del sector mayoritario, aunque por sus características es probable que esta tensión latente entre accionistas tenga en vista solo intereses particulares...”; ROITMAN Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales”, Comentada y Anotada, Tomo IV, pag. 201, editorial La Ley, año 2.006.

6 Sobre el particular, en la doctrina nacional, expresa Grispo que “...el socio que durante años acompañó a sus consocios desde una posición minoritaria, consintiendo cada acto de la vida social, y el rumbo de los negocios, no puede “lealmente” de un día para el otro convertirse en un objeto de conciencia obstaculizando la vida social...interponiendo acciones a diestra y siniestra...Este tipo de conducta no debe tener amparo en nuestros tribunales...”, vid. GRISPO Jorge Daniel, “El abuso de minorías societarias. Delimitación del objeto social y jerarquía del concepto de interés social”, en LA LEY 2017-C, pag. 809. Por nuestra parte, nos venimos refiriendo al tema hace ya muchos años; ver RACCIATTI Hernán (h), “Abuso de derecho por las minorías en el marco societario”, en R.D.C.O., 1991-A, pag. 227.

7 Vid. HALPERIN Isaac – OTAEGUI Julio Cesar, ob cit., pag. 760, donde expresan “...la nulidad ha de interpretarse restrictivamente...”. En igual sentido, OTAEGUI Julio, “Invalidéz de actos societarios”, Ed. Abaco, 1978, pág. 409. En la jurisprudencia, CNCom., Sala A, 31/10/95, “Santa Cruz, Elsa Araceli c/ Tinco SA s/ impugnación de decisión asamblearia”, ED, T. 169, p. 303; Cam. Civil y Comercial, Rosario, Sala IV, 1998/04/03, in re “Tuchín Samuel c/ Empresa General Urquiza S.A.”, en La Ley Litoral, 2000, pag. 23. Por su parte SCHNEIDER Lorena, “Ejercicio abusivo de los derechos societarios”, expresa que “...Por tanto, ante la duda sobre la validez o invalidez de la resolución asamblearia, deberá estarse por su validez...”, pag. 163.

8 “...La reparación del daño causado es el objetivo de la acción...”, ROITMAN Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada. Tomo IV, pag. 234. En contra, Nissen critica el fallo “Masri Julio c/ Pecuyen SA”, de la Cam. Nac. Com., Sala E, del 07/05/92, en

Este último punto –la invocación y prueba de un daño concreto por parte del impugnante– nos parece que es uno de los modos más eficaces y eficientes para impedir la *subutilización* de un derecho que es fundamental que la minoría preserve⁹, y dicha pauta ha sido receptada con buen criterio, en cierta medida, por el artículo 20, en su quinto párrafo, del Proyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades del año 2019¹⁰.

Tampoco debe dejar de ponderarse que el solo hecho del acoso, del hostigamiento en sí, a través del cuestionamiento judicial de cada resolución asamblearia, impide a los administradores comportarse normalmente.

¿Cómo obraría un grupo de socios mayoritarios si conocen que cualquier decisión que se tome, buena o mala, va a ser revisada judicialmente?

Se podrá decir que quienes no realizan actos contrarios a la ley nada deben temer, pero ¿y todo lo que significa distraer la gestión social nada más que para abocarse a responder o participar en un conflicto que excede los límites de lo razonable, que excede los límites del ejercicio regular de un derecho?

Y más aún, si son cuestionables los actos de administración o gobierno societario que no sean claramente arbitrarios o irracionales, ¿puede pensarse que los administradores actúan libremente en la toma de decisiones sabiendo que su decisión –partimos de la base que ha sido tomada leal y diligentemente– puede ser *modificada* o *revertida* por el distinto criterio que sobre el tema puedan tener el Juez de la causa o los peritos a quienes se les pida dictamen?

Es decir, se abusa bajo el amparo del ejercicio de derechos, cuando estos son subutilizados sin contemplar *los fines del ordenamiento jurídico* al concederlos, como ocurre cuando la impugnación de asamblea se vuelve una acción judicial que se interpone sistemáticamente, la mayoría de las veces apoyadas o basadas en argumentos formales. Y, aquí, encontramos otros de los puntos que queremos destacar y que, advertimos, son prueba del abuso de derecho que los Jueces deben tener en cuenta al resolver las impugnaciones.

Sin embargo, es algo claro que nuestra ley de sociedades se encuentra inmersa como parte de un todo que es el ordenamiento jurídico, y, la sociedad es un contrato, y de allí si nos atenemos a los artículos 9, 10, 338 y 961 del Código Civil y Comercial vemos que ningún derecho puede ejercerse o utilizarse contrariando la buena fe, la moral, las buenas costumbres y los fines del ordenamiento jurídico.

Tal como hoy está previsto en nuestra LGS, no le queda a la mayoría más resistencia contra ello que la pasiva espera de lo que puedan decir los jueces. Y, eventualmente, muchos años después, iniciar una acción por daños y perjuicios derivados de este hostigamiento.

Por ello, transcribimos las palabras del profesor español Eduardo Polo, ya citado, quien remarca que, “...*tan perjudicial puede ser para la sociedad o la mayoría someterse –de forma voluntaria o forzada por los tribunales de justicia– al ejercicio tiránico de los de-*

donde se requirió que el accionista que impugnaba una asamblea por violación del derecho de información debía acreditar los perjuicios que tal circunstancia le habría causado; ver, NISSEN Ricardo, “Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias”, pag. 70, 2ª edición, edit. Ad-Hoc, 2.006.

9 El otorgamiento a la minoría de acceder a la justicia para modificar decisiones tomadas de modo ilegítimo por la asamblea o los administradores, es uno de los componentes del *Index of Shareholder Protection* establecido por Rafael La Porta, Florencio López de Silanes, Andrei Schleifer y Robert W. Vishny, “Investor Protection and Corporate Valuation”, en *Journal of Finance*, año 2002, número 57, pags 1147 y siguientes.

10 Concretamente el párrafo 5to del artículo 20 del Proyecto de Reforma a la LGS del año 2019, dice lo siguiente: “No son impugnables las resoluciones sociales en el solo interés de la ley, ni cuando el resultado no hubiera variado sin el vicio que se le atribuye, o cuando lo resuelto no causare daño”.

rechos de la minoría, como costoso puede resultar el pacto -no menos tiránico- con los minoritarios para evitar su ejercicio....."¹¹

Y, entonces, resulta penoso ver como el ejercicio de los derechos de la minoría (el ejercicio de su derecho de impugnación) se convierte en moneda de cambio de transacciones con la mayoría.

Como lo destaca el profesor español Alberto Bercovitz, en una reflexión que debe ser tenida en cuenta, "...la impugnación sistemática de los acuerdos sociales se constituye en el arma legal para poder salirse de la sociedad, tratando de lograr una transacción en virtud de la cual los socios mayoritarios adquieran las acciones de los minoritarios descontentos..."¹², destacando luego que "...este contexto es importante tenerlo en cuenta a la hora de juzgar la impugnación de los acuerdos sociales, porque muchas veces una impugnación no puede juzgarse aislada, ya que es simplemente parte de una serie de impugnaciones que constituyen una auténtica "guerra" dentro de la sociedad..."¹³.

Considero particularmente interesante, práctica y realista la visión del autor más arriba citado; "la guerra" a la cual refiere queda, en el caso, claramente demostrada con la reiteración de las demandas de impugnación apoyadas, ejercicio tras ejercicio, en los mismos argumentos, siendo demostrativa de la existencia clara de una situación abusiva prevista por el ordenamiento jurídico, que debe plantearse al contestar la demanda de impugnación¹⁴.

Entonces, volvemos sobre el punto, el hostigamiento judicial, el inicio repetido de acciones judiciales, son la prueba de la conducta abusiva y dañosa (de la situación abusiva).

Es que cuando un accionista ejerce el derecho de acción que pone en marcha la actividad jurisdiccional alegando un derecho que no le corresponde, y con fines ajenos a lograr una sentencia judicial (que aún favorable, podría no serle útil) abusa del derecho, utilizando el proceso judicial con un objetivo que repugna a su esencia. Se estaría realizando un uso desviado -abusivo- del proceso para abusar de un derecho sustancial; se abusa "con" el proceso¹⁵.

11 POLO Eduardo, ob cit., pag. 2287.

12 BERCOVITZ Alberto, "Los acuerdos impugnables en la sociedad anónima", en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo 1, pag. 377/378, edit. tirant lo blanch, Valencia, 1995. Incluso RICARDO NISSEN deja entrever en un artículo titulado "El conflicto societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución", publicado en la Revista de las Sociedades y Concursos, N° 11, julio-agosto de 2.001, pag. 15 y sig., que no escapa a la realidad que las acciones que sistemáticamente promueven los accionistas minoritarios que durante varios ejercicios no obtienen utilidades, son promovidas con la finalidad de forzar la venta de su paquete accionario al grupo de control (ver, específicamente, pag. 15). También se refiere a ello GOMEZ BAUSELA María Silvia, "Inserción de los conflictos societarios en la realidad social santafesina", en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Rosario, 3, 4 y 5 de Octubre de 2.001, al expresar en página 253 que "...los conflictos societarios se convierten en una guerra de desgaste entre los socios, en la cual el socio minoritario lleva generalmente la peor parte. Aún cuando es prudente advertir, también, que puede convertirse en buena táctica generar tantos conflictos judiciales y planteos extrajudiciales que el cansancio sea experimentado antes por la sociedad y los socios mayoritarios que finalmente decidan desinteresarse al "socio molesto" y sentarse a negociar su salida. Esta será más o menos importante en dinero en relación directa con la molestia causada y puede llegar a incrementarse si, además de las causas típicamente societarias, se puede encontrar una arista penal en la conducta de los socios mayoritarios...".

13 BERCOVITZ Alberto, ob cit., loc. cit. Refiriéndose a la importancia que deben darle los jueces, al resolver, a la historia de la sociedad y la realidad que envuelve al conflicto, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, sostienen que "...judges, must understand the possible motivations, both legitimate and illegitimate, of corporate actors...", en HANSMANN Henry & KRAAKMAN Reinier, "What is corporate law?, pag. 26, citado por ENRIQUES Luca, "Do Corporate Law Judges Matter? Some Evidence from Milan", en European Business Organization Law Review, 3, año 2.002, pag. 776, nota al pie N° 34

14 Ver el completo trabajo de LOUTAYF RANEA Roberto G, "La prueba del abuso del derecho" en La Prueba, Homenaje al Profesor Roland Arazi, pags 135 a 197, editorial Rubinzal Culzoni, donde plantea que "... el ejercicio abusivo de un derecho o prerrogativa legal puede ser planteado jurisdiccionalmente a pedido de parte: se puede plantear a través de una demanda judicial, cuando es la parte actora la que formula el planteo; o al contestar la demanda de cumplimiento deducida por la contraria, cuando es la demandada la que lo invoca..".

15 Conf., BALESTRO FAURE Myriam, "El abuso de los derechos procesales", en Cuestiones Procesales Modernas, director Jorge W.

En igual sentido el doctor Peyrano al clasificar los tipos de abuso procesales menciona, a) El uso del proceso para obtener ilícitamente más de lo que la ley concede o lo que la ley no concede; b) el empleo de las estructuras procesales para la satisfacción de intereses lícitos pero innecesariamente o por un procedimiento que pudo evitarse por otro más simple o menos oneroso¹⁶.

Como se ve, puede presentarse un abuso de la utilización del proceso civil en el ejercicio de los derechos concedidos. Se abusa de los derechos concedidos por la ley y, consecuentemente, al ejercerse ese abuso por la vía procesal, se abusa del proceso.

La impugnación judicial de nulidad de una decisión asamblearia es legítima, la LGS la prevé en su artículo 251. Aún más, ya lo hemos señalado que la tutela de la minoría en sentido estricto está, precisamente, en el poder de reacción frente a las decisiones asamblearias contrarias al interés social¹⁷. Sin embargo, sostenemos que el reiterado planteo de impugnar de nulidad la mayoría o todas las asambleas que se celebran en una sociedad, son muestra de que se estaría abusando de ese derecho de impugnación de nulidad, y, además, se estaría abusando con y del proceso civil.

Es que, compartimos la idea que la concesión de facultades y derechos al accionista y a la minoría puede explicarse por la relación que pueda establecerse entre su actuación y el interés social (de la colectividad) en que deben inspirarse las decisiones sociales¹⁸, y es de allí también que el comportamiento exigible al accionista al cual se le reconoce el derecho de impugnación de los acuerdos sociales, se encuentra limitado por un comportamiento leal-derivado de la buena fe- que corresponde al socio con el interés social (comportamiento leal con lo que sea lo mejor para la sociedad de la cual forma parte)¹⁹

La doctrina no duda en que el abuso de minorías constituye un acto aprehendido en la regla general del actual artículo 10 y 961 del Código Civil y Comercial, y el anterior artículo 1071 del Código Civil.²⁰

Y, se sabe, que quien a través del abuso de sus derechos causa un daño, debe hacerse cargo de la reparación económica que el daño ha causado²¹, que, en la práctica se refleja en conceptos tales como gastos en que se ha debido incurrir innecesariamente, contratación de abogados especializados en distintas áreas, costos de personal abocados exclusivamente a la atención del conflicto societario artificialmente creado, costo de inversión en personal que luego pueda renunciar a su trabajo en la sociedad como consecuencia de la

Peyrano, pag. 31 y 32, edit. La Ley.

16 Conf., PEYRANO Jorge W., "Abuso del proceso y conducta procesal abusiva", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", tomo 16, pag. 77.

17 Véase lo expuesto por JUSTE MENCIA Javier, ob cit., pags. 58 y 67. Véase también, DUQUE Justino F., "Tutela de la minoría". Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.), pag. 11, Valladolid, 1957, donde expresaba que "...la tutela de la minoría significa, en principio, la anulación del acuerdo social cuando éste, por su contenido, es dañoso para el interés social...".

18 En dicho sentido, JUSTE MENCIA Javier, ob cit., pag. 50.

19 Sobre el particular, deben ser leídas las reflexiones de JIMENEZ DE PARGA Rafael, "La impugnación de acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II, pag. 1.829 y 1.830, edit. tirant lo blanch, Valencia, 1995. Ver, MASCHERONI Fernando y MUGUILLO Roberto, "Régimen jurídico del socio", pag. 42 y 43, editorial Astrea, quienes mencionan que entre los casos más notorios de acciones a las cuales acuden los accionistas minoritarios para "hostigar", "bloquear" o "entorpecer" la actividad societaria, se encuentra, precisamente, la promoción de acciones judiciales de impugnación de nulidad de asamblea.

20 Ver en dicha línea, ALEGRÍA Héctor, "El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 16, pag. 386, edit. Rubinzal Culzoni; en igual sentido, los ya citados, MASCHERONI Fernando y MUGUILLO Roberto, ob cit., pag. 42.

21 Conforme, BELLUSCIO Augusto Cesar -Director- y ZANNONI Eduardo -Coordinador-, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Tomo 5, pag. 69, edit. Astrea; también, KEMMELMAJER DE CARLUCCI Aída, "Principios y tendencias en torno al abuso de derecho en la Argentina", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 16, pag. 223.

inestabilidad que provoca el conflicto, pérdidas de ventas como consecuencia del conflicto, descalificación de la sociedad frente a las entidades bancarias con las que opera, en la medida que pueda considerarse al conflicto como de riesgo económico por el desenlace de los mismos influyendo de esa manera en forma negativa en las calificaciones, con la consecuente disminución aplicada a los márgenes en líneas de crédito y encarecimiento en el costo de los mismos, desmejoramiento de la imagen de la empresa frente a terceros, desmotivación del personal de la empresa y consiguiente disminución en su rendimiento laboral originado en el malestar dentro de la empresa donde los rumores infundados restan autoridad y prestigio a los directores, y gerentes de la compañía, etc²². Claro está que una acción de daños y perjuicios en proceso propio e independiente suele resultar un remedio insuficiente para desalentar futuras infundadas impugnaciones de nulidad de asamblea, por ello parece interesante en una futura reforma legislativa no cerrar los ojos a este dato que nos presenta la realidad, redefiniendo o reconfigurando los supuestos o los requisitos formales de utilización de este derecho de impugnación de resoluciones sociales que, de algún modo, tiendan a evitar el abuso del mismo que se presenta en la actualidad.

La función del Juez ante la impugnación de asamblea y la defensa de la existencia de una situación de abuso de derecho.

En primer término deberán analizarse cuidadosamente y en forma objetiva las circunstancias particulares de cada caso, es decir las conductas y comportamientos que han demostrado las partes²³.

En dicho sentido lo primero que debería apreciar el Juez siguiendo la jurisprudencia citada en este trabajo, es si se ha invocado un daño real por parte del impugnante y se han acercado pruebas tendientes a su acreditación.

Los motivos invocados como causa de la nulidad deberán tener entidad e importancia suficiente, y ser causa adecuada del daño que se invoca y deberá probarse, siendo muestra del abuso la recurrencia a cuestionar las asambleas por cuestiones formales, procedimentales o insustanciales²⁴.

La existencia reiterada y repetitiva de impugnaciones de asambleas, valoradas conjuntamente con otras conductas del impugnante que demuestren una confrontación constante con las decisiones de los órganos sociales, deberán considerarse una presunción de la existencia de un sistemático ejercicio abusivo del derecho a impugnar asambleas y resoluciones asamblearias otorgada por el artículo 215 de la LGS. Otras conductas obstruccionistas, también deberán ser ponderadas por los Jueces.

Finalmente, es vital que los Jueces se interioricen por la *historia* de la sociedad²⁵, es decir su situación, sus necesidades, la ponderación del contexto interno respecto la relación de

22 En un trabajo muy completo, el profesor español Pedro Rubio Vicente menciona que cuando los abusos proceden de la solicitud judicial de iniciativas abusivas, la solución jurídica más adecuada estaría dada por la desestimación de la demanda y la consiguiente indemnización por daños y perjuicios sobre la base de la conducta temeraria o imprudente de los usos (derechos) que otorga la ley; ver RUBIO VICENTE Pedro J., "Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 2.006, pag. 29 y 36.

23 Ver BALBIN Sebastián, en "Ejercicio de la acción en materia societaria", quien manifiesta que "...la protección de los intereses de quienes, en principio, resultan más débiles, debe hacerse con prudencia..", en pag 306, Edit. Cathedra.

24 Según lo menciona Manuel García Villarubia-Bernabé, en el derecho español "...la estadística demuestra que un buen número de impugnaciones (sino la mayoría) incluyen denuncias de infracciones de procedimiento..."; GARCÍA VILLARUBIA-BERNABÉ Manuel, "Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios", en Tratado de Conflictos Societarios, ORTEGA BUSTOS Francisco, Director, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pag 190, nota 8 al pie de página.

25 HANSMANN Henry & KRAAKMAN Reinier, ob cit. en nota 12 del presente trabajo.

los socios, la realidad económica del sector de la industria o servicios en el cual se desenvuelve y del país, todo lo que los ayudará a evaluar y descubrir lo que pueda existir detrás de la impugnación y el conflicto societario, porque queda claro que si se trata de que la mayoría ha actuado abusivamente, sin dudas deberá ser sancionada tal conducta, pero de ningún modo justificará el abuso de la minoría como respuesta²⁶.

²⁶ Refiriéndose a ello, pero visto como respuesta de la mayoría frente al obstruccionismo de la minoría, nos dice Megías López que *"...Como punto de partida y a pesar de la tentación, debe descartarse como estrategia apta para la mayoría de control frente al obstruccionismo de la minoría la adopción de una postura de opresión hacia esta, pues generaría una batalla de abusos de derechos y de poder que no tienen ni han de tener justificación bajo ninguna circunstancia..."*, ver MEGÍAS LÓPEZ Javier, ob cit., pag. 41.

¿TUTELA DE LAS MINORÍAS O MAYORIZACIÓN DE LA MINORÍA? EL “QUIZZ” DEL EQUILIBRIO ENTRE PROTECCIÓN DEL SOCIO Y EFICIENCIA DE LA EMPRESA SOCIAL. EL DEBER DE LEALTAD COMO REGLA DE COMPORTAMIENTO PARA EVITAR LOS ABUSOS EN LA SOCIEDAD CERRADA (HACIA LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO)

Hernán J. Racciatti

SUMARIO

La ponencia sostiene la necesidad de encontrar un equilibrio entre la eficiencia de la empresa social a través de la aceptación del poder mayoritario y la protección de las minorías. Se concluye que un contrato incompleto como lo es el de sociedad, lo más eficiente, y acorde al derecho positivo argentino, es interpretarlo integrado con el deber de buena fe lealtad como pauta de conducta, tanto de accionistas mayoritarios como minoritarios.

PONENCIA

Mayoría y minoría en la sociedad anónima cerrada. Poder de decisión y poder de control.

En la distribución del poder societario pareciera que podría decirse, sin temor a equivocarnos, que el ordenamiento normativo asigna a la mayoría el poder de decisión y de mando, y a la minoría la vigilancia y control.

En todo caso, podría agregarse, que también se permite a la minoría acceder a las esferas o lugares de mando¹ a través de derechos de participación, pero, nos parece, más que en una función de conducción o decisión en un rol de supervisión y vigilancia de las decisiones que se toman.

¹ Es ejemplo de ello el artículo 263 de nuestra LSC. Es claro en el sentido de la norma el fallo que expresó que “..El sistema de voto acumulativo no es un mecanismo de mayorías y minorías, sino una fórmula de representación proporcional, por el que se da participación a accionistas o grupos de accionistas cuya tenencia de acciones sea suficiente para ello, en función de las vacantes totales a cubrir y de otra serie de variables concretas...”, Cam.Nac.Com., Sala E, abril 24 de 1987, “Murphy Tomás c/ Navigas SA”, en Jurisprudencia Argentina, Tomo 1987-IV, pag. 334. Tal línea de interpretación también ha recibido consideración por parte de la Cám.Nac.Com., Sala F, marzo 8 de 2.012, in re “Libedinsky Deborah Inés y otro c/ Libesa SA y otros”, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 13, N° 4 del año 2.012, pag. 213, donde se expresa que “Los accionistas no tienen un derecho consolidado que pudiera emerger de su condición de tales, a participar en la gestión orgánica de los negocios sociales. La Ley de Sociedades Comerciales no contiene dispositivo alguno que habilite para sostener ello”. Ver en especial sobre la valoración del sistema de voto acumulativo, BLAQUIER Rodolfo, “Voto acumulativo”, pags. 41 a 66, editorial Astrea, y la doctrina allí citada. Por nuestra parte, somos de la idea que no debería generarse en el órgano de administración conflicto por el control de la conducción, ya que no es ese el fin (o causa-fin) con que se concede el derecho a la minoría, y que por la lealtad que le es impuesta a los administradores deben enfocarse en el interés social y no en el del grupo de accionistas que lo ha propuesto para integrar el directorio.

De esta forma se otorga a las minorías -o accionistas minoritarios- instrumentos o el poder necesario como para tutelar no solo su posición como accionista de minoría, sino que se resguarda la titularidad de una identificable porción del capital social teniendo en cuenta el interés social.

El tema debe ser focalizado poniendo énfasis en la posición que corresponde a *mayorías* y *minorías*, ya que este fenómeno de la distribución del poder y de roles tiene importante incidencia en objetivos que, si bien no deberían ser contrapuestos, pueden tener puntos de fricción, tal lo que ocurre cuando se quiere asegurar por un lado la estabilidad de la gestión en pos de su eficiencia, y, por el otro, pretende otorgarse la posibilidad de control del respeto de las reglas que deben cumplirse en el desenvolvimiento de la función de dirección, y, aún más, custodiar ese cumplimiento².

Se ha hablado de la necesidad que esa protección revista carácter *funcional*, siendo capaz de proteger los intereses de los accionistas de minoría sin afectar el desarrollo de la actividad de la empresa social³. Nos da la impresión que no escapa a este razonamiento la idea de la siempre presente posibilidad de *desnaturalización* del uso, o, dicho más propiamente, el abuso, que se da a los derechos y poderes conferidos en pos de esa protección y tutela.

El acertijo a descifrar se encuentra en el análisis de relación de costos y beneficios entre las ventajas que se desprenden de la protección de uno u otro de los valores en juego, sea la estabilidad de la gestión para el eficiente desarrollo de la actividad empresarial dando más y más fuerza a la regla mayoritaria, sea la tutela de los derechos de minorías ajenas a la gestión para evitar abusos de la regla mayoritaria. No se pierda de vista en tal sentido la circunstancia de que una legislación societaria eficiente, como asimismo su correcta aplicación por los jueces, va a tener incidencia en el desarrollo económico de un país.

Es que en la sociedad cerrada, queda clara la existencia de un interés propio y común de todos los accionistas de realizar una actividad empresarial (en un determinado sector de la economía) en procura de la ganancia social y la maximización de la empresa social⁴, lo cual, en principio, tiene base en la causa del contrato de sociedad. Sin embargo, a poco que se comienza el análisis de cómo se logra o se cumple ese interés común, se advierte que aparecen distintos intereses que, como marginales a aquél, parecen mezclarse y concentrarse en la sociedad anónima⁵.

Y así puede verse que, seguramente, el interés al correcto y productivo funcionamiento de la empresa societaria creadora de riqueza importa a la totalidad de los socios, pero, junto a ello, puede ocurrir que aquél interés común en la maximización de la rentabilidad

2 Puede verse, OPPO Giorgio, "Maggioranza e Minoranze nella riforma delle società quotate", en *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLV, N° 2, marzo-abrile de 1999, págs 232/234.

3 Conf. JUSTE MENCIA Javier, « Los derechos de minoría en la sociedad anónima », pag. 36, editorial Aranzadi.

4 Dice Dominique Schmidt: "...la société se caractérise fondamentalement par l'intérêt commun des associés de partager loyalement entre eux le profit social... », en SCHMIDT Dominique, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », pag. 4, Joly Editions, 2.004. Ver también ALFARO AGUILA-REAL Jesús, « El interés social y los deberes de lealtad de los administradores », en *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, N° 20, año 2016.

5 Refiriéndose a los distintos intereses que pueden concurrir en la persona jurídica sociedad, Mariano Gagliardo menciona a los siguientes "...la noción jurídica sociedad, en un enfoque jurídico, alude a la organización donde coinciden una comunidad de intereses, sin perjuicio de la existencia de un interés del ente societario como aglutinador de un interés común. El régimen societario atiende a la variedad de intereses en la marcha de la sociedad, sea en la esfera de la asamblea y a través del ejercicio del derecho de voto o bien a raíz a la diversidad de situaciones posibles en la administración de la sociedad. Y en un cuadro descriptivo de la sociedad comercial, cabe enunciar los variados intereses que convergen en tal entidad: interés del socio; interés de la sociedad como persona jurídica; interés de los trabajadores; interés de la empresa que constituye el objeto de la sociedad y un interés público difuso, coincidente con el de la economía nacional, del que se destaca el interés de los acreedores y de los futuros posibles intervinientes en la referida sociedad..."; GAGLIARDO Mariano, "Tutela de intereses diversos y conflictos de intereses societarios", en *La Ley*, Tomo 2.006-D, sección doctrina, pag. 846.

del capital invertido en la sociedad algunos socios consideren conveniente repartirlo en forma de dividendos, mientras que otros prefieran conservarlo en el mayor valor que otorga a la empresa social a largo plazo. La conveniencia de una mayor o menor envergadura de la empresa social, los límites a su expansión en distintas provincias o el exterior, las decisiones de atesoramiento e inversión productiva o de reparto periódico, pueden constituir, todos, intereses legítimos vinculados a lo social en la medida que persigan el fin de maximizar, saludablemente, el valor de la empresa social, y, sin embargo, sobre los cuales puede no existir acuerdo entre los accionistas.

La regla mayoritaria, ya se sabe, no es perfecta, o, en todo caso, puede no ser siempre utilizada correctamente sino de manera oportunista⁶, y, si se parte de la base que la minoría debe subsumirse a dicha regla, garantizar un efectivo derecho de control y vigilancia aparece como el medio más apto o razonable de protección para los accionistas minoritarios de sociedades cerradas y abiertas, y para el correcto funcionamiento de la sociedad.

En definitiva, se trataría de contener el espacio de arbitrio del accionista de control, y en ello radica, quizás, la principal razón de ser de la necesidad de tutelar a las minorías.

Aún más, si se piensa que para que la actividad social se desarrolle de manera eficiente es necesario que la organización societaria prevea un poder de decisión concentrado, entonces la noción de control-poder se vuelve inherente a la estructura de la sociedad anónima cerrada. Pero, por el otro lado, precisamente por la circunstancia que ese poder es ejercido por solamente una parte de los accionistas, es que aparece indispensable dotar a la otra parte de los socios de los medios propios para vigilar el correcto uso que se da a ese poder. Así, la noción de control-vigilancia participa también del carácter de “estructural” en la sociedad anónima⁷, para evitar actitudes oportunistas de la mayoría y en tutela de los derechos de la minoría.

Pero, como ya ha sido destacado, no se trata solo de tutelar a los accionistas minoritarios a través de la concesión de derechos subjetivos, sino de resolver con acierto y precisión que esos derechos gocen de tutela judicial apta y suficiente⁸, lográndose de esa forma completar la protección que el propio ordenamiento establece a través de la imposición de deberes y obligaciones a socios en general y administradores⁹.

No obstante, debe quedar claro que el otorgamiento de derechos (o reforzamiento de los derechos otorgados) a la minoría y la posibilidad de su exteriorización en el ámbito judicial, tal como se ha expuesto, no debe permitir el desborde de ésta más allá de su rol para pasar a convertirse en una especie de súper poder de interdicción o restricción de la gestión de la sociedad¹⁰ que todo lo cuestiona y obliga a que sea revisado, encontrándonos, entonces, con una situación -como lo hemos descrito en el título de esta comunicación-

6 Remitimos a lo que más abajo se expone en relación al significado del término conducta oportunista. Ver sobre las tensiones de intereses el excelente libro de COSTE Diego – BOTTERI José David, “El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial”, editorial Hammurabi, en especial las pags 63 a 65.

7 Ver en dicho sentido, MOULIN Jean Marc, “Le principe d’egalité dans la société anonyme”, these pour obtenir le grade de docteur de l’Université Paris V, présentée et soutenue le 17 de décembre de 1999, Tomo 1, pag. 205.

8 Conf. DUQUE DOMINGUEZ Justino F. “Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría”, en Derecho de Sociedades Anónimas, II, Capital y Acciones, Volumen 1, pag. 34, editorial Civitas, Madrid, 1994, quien dice que “...En definitiva, se trata de hacer que la protección del accionista sea efectiva...”.

9 Ibidem, pag. 37. Hablamos de las normas de tutela de la minoría en sentido amplio.

10 Ver COLOMBI Cristiano, “La tutela della minoranza nel testo unico della finanza”, en Magistra, Banca e Finanza, febbraio 2.004, www.magistra.it. Este autor manifiesta que la tutela de la minoría implica la búsqueda de un punto de equilibrio entre la posibilidad de gobernar una sociedad y la de proteger a aquéllos que están excluidos de dicho gobierno, un punto que permita mantener la estabilidad y eficacia de la gestión del grupo de control garantizando, a su vez, la inversión de quien no controla.

de “mayorización de la minoría”, y el límite que evite caer en ello debe ser especialmente considerado al momento de resolverse el conflicto por parte de los jueces¹¹.

El parámetro de referencia a seguir en la utilización y juzgamiento del correcto empleo de un derecho por la mayoría y la minoría debe ser la lealtad en su comportamiento, prescindiendo en pos del mismo de cualquier intención de satisfacer intereses personales.

El deber de buena fe en las relaciones entre accionistas en la sociedad anónima.

Si al celebrar su contrato de sociedad los accionistas pudieran establecer cómo se comprometen a actuar en todas y cada una de las situaciones que se les podrían presentar en sus relaciones como tales durante el plazo de duración de la sociedad, la posibilidad de la aparición de conductas oportunistas y desleales por parte de cualquier socio se vería notoriamente reducida¹². En definitiva, en caso de incumplimiento de lo pactado, también estarían acordadas las sanciones, y, en tal caso, quién quebrara el orden jurídico establecido tendría plena conciencia de estar haciéndolo, y de las consecuencias que debería asumir por ello.

En estos casos, el incumplimiento ya no sería consecuencia de causas endógenas -como podríamos considerar a aquellas que emanan de la falta de previsión del contrato de sociedad- sino a causas exógenas que provienen de las características personales de alguno de los socios proclive al incumplimiento.

A mi criterio es clara la racionalidad económica de recurrir a los recursos transaccionales (acordar las conductas de las partes y asegurar su cumplimiento) en relación a la necesidad de requerir el auxilio de la administración de justicia ante supuestos de conflicto por ausencia de reglas acordadas.

Pero el contrato de sociedad es un contrato esencialmente incompleto, y por tal circunstancia los costes transaccionales se elevan considerablemente, sin perjuicio de los numerosos posibles errores de regulación en que se podrían incurrir teniendo en cuenta el entorno cambiante en que se moverá la empresa social -y, consecuentemente, las relaciones entre los socios- durante su prolongado plazo de duración¹³.

En dicho contexto es que el legislador ha establecido cláusulas de integración que regulan los comportamientos de las partes del contrato -en el caso de los accionistas- para completar la *incompletitud* de los contratos, lo que toma especial relevancia en un contrato como el contrato de sociedad por sus características de ser un contrato personificante, de duración extensa y que establece, a partir de su existencia y en lo que a nosotros nos interesa en el marco de esta comunicación, relaciones entre las partes -los socios- y de estos con la persona jurídica a que le dieron nacimiento.

Así, en el ámbito de los contratos existe, junto con el deber de cumplir lo acordado por las

11 Sobre el particular nos explica el profesor Manuel de la Cámara lo siguiente: “...para que el acuerdo de la mayoría pueda ser atacado es menester que el acuerdo sea perjudicial para los intereses sociales. Pero no basta la concurrencia de esta circunstancia. Si bastara, cada vez que la minoría estuviera en desacuerdo con una decisión tomada por los mayoritarios habría que permitirle impugnar el acuerdo lesivo (produciéndose posiblemente un abuso de poder por parte de la minoría) lo que en último término significaría encomendar al Juez, a requerimiento de la minoría, la función de enjuiciar, desde el punto de vista del interés social, el comportamiento de la mayoría. Semejante solución supone de un lado la subversión de los principios fundamentales sobre los que reposa la organización de la sociedad anónima y de otro atribuir a la autoridad judicial una facultades que en muchos casos no estará en condiciones de cumplir de modo satisfactorio.....Por estas razones resulta preferible recurrir a un concepto más restringido del control mayoritario. De conformidad con esta concepción más restringida sólo se podrá hablar de abuso cuando las decisiones tomadas por la mayoría tengan exclusivamente por objeto romper el equilibrio entre los accionistas, de modo que solo atienda al beneficio o interés del grupo mayoritario....”; vid., DE LA CÁMARA Manuel, “Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima”, pag. 183.

12 Seguimos en el desarrollo de esta idea a ALFARO AGUILA REAL Jesús, “Interés social y derecho de suscripción preferente”, pags 22 a 48. Civitas, 1995, y a PAZ ARES Cándido, “Por un derecho de sociedades reflexivo”, en Expansión, 25 de mayo de 2002.

13 Vid ALFARO AGUILA-REAL Jesús, ob cit en nota 12, pag 23.

partes, el deber de actuar de buena fe¹⁴. Y en contratos como el de sociedad, de interés y riesgo común, la buena fe como deber de cooperación asume un rol protagónico¹⁵. El hecho de que del contrato nazca una persona jurídica -contrato personificante- no hace que el estatus de las relaciones entre los socios y respecto de estos con la sociedad pierda su carácter contractual. De hecho, la sociedad como organización jurídica establece contractualmente los derechos y obligaciones de los socios, y el funcionamiento de los órganos de la sociedad no pasa de ser más que distintas etapas de ejecución del contrato que vinculó a los accionistas conforme los derechos y obligaciones que ellos establecieron en el estatuto¹⁶.

La buena fe como regla de integración, de interpretación y de límite en el ejercicio de los derechos dentro del contrato de sociedad. Buena fe y lealtad como regla de comportamiento.

Se suele distinguir en nuestro derecho, a partir de la reforma del artículo 1198 del Código Civil entre la *buena fe subjetiva* o *buena fe creencia* y la *buena fe objetiva* o *buena fe lealtad*. En lo que a esta comunicación respecta, nos interesa enfocarnos, precisamente, en el concepto de buena fe objetiva que impone un *standard* de conducta por el cual las partes de un contrato -y más en un contrato de interés común y riesgo común como el de sociedad- deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de los derechos que les corresponden contractualmente.

La buena fe como actuación leal impone a los accionistas colaboración recíproca, abstención de actos antifuncionales, evitar los actos que puedan ir en detrimento de la otra parte, comprensión legal y proba de lo acordado¹⁷.

Aceptado, entonces, que la exigencia de lealtad como regla de comportamiento entre los socios tiene respaldo normativo en el derecho societario, la misma debe ser considerada y actuar en el contrato de sociedad como norma de integración, de interpretación de derechos y obligaciones, como fuente de obligaciones y límite en el ejercicio de los derechos¹⁸.

La imposición de actuar lealmente al socio mayoritario en relación a la sociedad y a la minoría constituye el más y mejor contrapeso a la discrecionalidad que puede ocultarse no solo tras la regla de la mayoría¹⁹ sino también para el análisis del modo en que deben ejercer sus derechos los socios de minoría²⁰.

14 En conformidad con este criterio en el derecho argentino ver SCHNEIDER Lorena, "El control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de socios en posición equivalente", en La Ley 2017-A, págs 919 y siguientes.

15 Ver al respecto, LORENZETTI Ricardo L., "Tratado de los contratos", Tomo I, Parte General, pag. 196, Edit. Rubinzal Culzoni. Particularmente, ver el excelente trabajo de DUPRAT Diego, "La sociedad por acciones simplificada (SAS) desde el análisis económico del Derecho", en La Ley, boletín del jueves 10 de Octubre de 2019, quien menciona que el principio de buena fe es congruente con la eficiencia contractual, en la medida que "...reduce la cantidad de términos explícitos a considerar por las partes, así como los costos de transacción propios de toda negociación, interpretación o ejecución de un contrato, por lo que constituye un término de omisión eficiente...", págs. 2 y 3.

16 Ver sobre el particular GALGANO Francesco, "Contratto e persona giuridica nelle società di capitali", en Contratto e Impresa, Tomo I, 1996, págs. 2 a 8, Cedam editore. Particularmente, en el artículo citado considera que la integración del contrato de sociedad con el deber de buena fe tiene en el derecho italiano una aplicabilidad mucho más vasta que la figura del exceso di potere que era difícilmente aplicable a los supuesto de conflictos de intereses entre los socios.

17 Conf., SPOTA Alberto G., "Contratos", Volumen III, págs 350 y 351, edit. Depalma; conf., LORENZETTI Ricardo L, ob cit., pag. 198.

18 Ibidem., págs 199 y 200.

19 Véase SAEZ LACAVE M^a Isabel, "Las bases económicas del derecho de la junta de socios", InDret, Revista para el análisis del Derecho, pag. 52, Barcelona, Abril de 2.008.

20 Ver la posición de SCHNEIDER Lorena, "La necesidad de establecer el deber de lealtad del socio", en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Hacia un nuevo Derecho Societario, Tomo III, pag. 2133 y siguientes. También BALBIN Sebastián, refiriéndose al deber de fidelidad de la minoría en la impugnación de acuerdos sociales, menciona que "...no estamos frente a un deber en abstracto, sino que ese deber en concreto puede ser el soporte de obliga-

Esa lealtad debida como regla de conducta establece un *standard* que impone a la mayoría –formada por uno o varios socios– emitir su voto contemplando no solo los intereses propios vinculados a lo social, sino también aquellos intereses de los socios minoritarios que tengan vinculación con lo social. Tal *standard* de conducta es aplicable también a los socios minoritarios en el momento que pretenden ejercer sus derechos (voto, pedidos de información, impugnaciones de nulidad). Las situaciones donde el conflicto societario aparece con mayor asiduidad son conocidas y han sido consideradas en esta ponencia, y, por supuesto, son perfectamente identificadas por los Jueces.

Ello no implica, por supuesto, que los socios no puedan ejercer sus derechos contemplando lo que consideran su propio interés como socio (en consideración con lo que creen el interés social) sino, simplemente, modular el ejercicio de esos derechos con las exigencias de la buena fe lealtad, que es tanto como decir hacerlo de conformidad con lo que las partes hubieran acordado si esta situación hubiera ocurrido al momento de la negociación de las cláusulas del instrumento constitutivo o estatuto social y anteponiendo el interés social a cualquier interés propio de carácter ajeno al social²¹.

Desde esta perspectiva, entonces, el desarrollo jurisprudencial deberá asignar especial relevancia al deber de lealtad de los socios para completar las situaciones no previstas por la ley y el contrato social, integrándolo con las normas de comportamiento (de conducta) que las partes habrían pactado, de haber podido, al momento de constituir la sociedad²², obligando a las partes a introducir deberes cooperativos en las relaciones jurídicas²³ con las consecuencias correspondientes en caso de no respetar tales deberes.

ciones de no hacer -tal el caso que tratamos- en situación de conflicto de intereses con la sociedad..; en su libro "Ejercicio de la acción en materia societaria", pag. 306, edit. Cathedra.

21 Sobre el particular, ver ALFARO AGUILA REAL Jesús, "El deber de buena fe y el de lealtad del socio", en Almacén de Derecho (Blog del autor) entrada del 23 de abril de 2019, en donde hace una clarísima distinción entre las obligaciones que impone el deber de buena fe del socio en relación a los deberes fiduciarios de los administradores, explicando que el deber de lealtad en sentido estricto -como deber fiduciario- ...obliga a anteponer otro interés sobre el propio. Y explica la dificultad que se presenta cuando el socio de mayoría reviste el doble carácter de socio y administrador. En una parte de dicho trabajo indica refiriéndose al artículo 190 de la LSC -que guarda similitudes con el artículo 248 de la LGS- "...hay que delimitar a qué título estaba actuando el socio/administrador porque el estándar de enjuiciamiento de su conducta será distinto. Si actuó como socio, se le prohibirá perseguir ventajas particulares pero estará ejercitando un derecho, no descargando una obligación. Si actuó como administrador, se le prohibirá actuar en conflicto de interés. Deberá abstenerse de participar en la decisión...". Ver también IRACULIS ARREGUI Nerea, "Conflictos de interés del socio". Cese del administrador nombrado por accionista competidor, editorial Marcial Pons, pag. 38 donde expresa que "...también al socio le es exigible lealtad, y por ende dar prioridad en su actuación a la tutela del interés social...", terminando el párrafo correspondiente diciendo que "...no cabe referirse al deber de lealtad...sino como un deber que representa la aplicación del principio general de buena fe en el ámbito de las relaciones socio-sociedad...". Mas adelante vuelve sobre el punto en página 41 donde expresa "...La justificación del deber de lealtad del socio no está en el Derecho de Sociedades, ni, especialmente, en la idea de comunidad personal, sino que es el principio de buena fe el que late en el fundamento de este deber...". Ver SCHNEIDER Lorena, "Ejercicio abusivo de los derechos societarios", Astrea, en especial pags 82 a 88.

22 ALFARO AGUILA REAL Jesús, ob cit. en nota 12, pag. 15.

23 Conf. LORENZETTI Ricardo, ob cit., pag. 199.

UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LA FORMA LEGAL DE CONVOCATORIA A ASAMBLEA (HACIA LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO)

Hernán J. Racciatti

SUMARIO

Esta ponencia analiza la posibilidad de determinar (y aceptar) que, bajo ciertas circunstancias, el cumplimiento de las formas impuestas por la ley en materia de convocatoria a asamblea no convalidan la legitimidad de la misma.

El tema, se sabe, no es nuevo, y goza de antecedentes jurisprudenciales que han debido abocarse al tratamiento y análisis del mismo.

Sin embargo, buscamos encontrar un enfoque que justifique y fundamente la nulidad por abuso de la utilización de la forma prevista en la ley, en aquellos casos en que es previsible concluir que el cumplimiento de dichas formalidades fue realizado con el solo efecto de cumplir una norma y dar apariencia de legalidad, sabiendo que la finalidad tenida en cuenta por la norma en cuestión no se cumplirá¹.

PONENCIA

La forma de convocar a asamblea en las sociedades anónimas, y las razones de la elección de dicho modo de convocar.

La LGS establece, en el artículo 237, cuál es el medio o modo de hacer conocer a los accionistas que alguno de los órganos o funcionarios autorizados para hacerlo han resuelto convocar a una asamblea.

En efecto, el artículo 236 de la LGS determina quiénes pueden convocar a asamblea (directorío, síndico, autoridad de contralor o autoridad judicial) y el artículo 237 fija la forma de dar publicidad a dicha convocatoria.

La fórmula o medio elegido por la ley para hacer saber de la convocatoria, ha sido la publicación de la misma en el diario de publicaciones legales, agregándose en el caso de las sociedades incluidas en el artículo 299 de la LGS la publicación en uno de los diarios de mayor circulación en la República.

El llamado por este medio ha sido justificado sobre la base que el mismo (la notificación edictal) permite presumir *iure et de iure* que todos los accionistas tomarían debido conocimiento de la convocatoria².

No estamos de acuerdo con tal conclusión.

¹ Esta ponencia tiene como antecedente la comunicación que enviáramos a las XIII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, celebradas en Bahía Blanca en el mes de Octubre del año 2006.

² Conf. ROITMAN Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales". Comentada y anotada, Tomo IV, pag. 70, editorial La Ley, 2006. Por su parte, Molina Sandoval la justifica diciendo que al accionista "...le basta con consultar periódicamente las publicaciones edictales para saber que se celebrará la asamblea..."; ver MOLINA SANDOVAL Carlos A., "Tratado de las asambleas", pag 166, editorial Abeledo Perrot. De nuestra parte consideramos altamente ineficiente -y una carga sin sentido y fácilmente solucionable por otras vías de comunicación más sencillas- imponer a los accionistas de una sociedad cerrada la obligación de consultar todos los días el diario de publicaciones legales (aún cuando pueda hacerlo a través de la web) para ver si el directorío decidió convocar a asamblea para tratar determinados temas de los cuales el accionista puede no tener ningún conocimiento.

Si analizamos el tema desde la disposición legal relativa a publicación y obligatoriedad de las leyes, la doctrina es, en general, coincidente en que si bien la publicación tiende a facilitar el conocimiento general de las mismas, la obligatoriedad no se funda en el conocimiento de la ley (que puede no haber ocurrido a través de la publicación) sino en la necesidad social del cumplimiento de la ley y de la imposición de su obligatoriedad³, ya que la publicidad –aún en un medio oficial– no garantiza la certeza de la suficiente información.

En otras palabras, la obligatoriedad de la ley es producto de una disposición propia (del artículo 5 del Código Civil y Comercial) en razón de una necesidad social y no de una presunción de conocimiento que, se admite doctrinariamente, puede no producirse.

No se entiende, entonces, que pueda sostenerse que existe una presunción que no admite prueba en contrario (tales las presunciones *iure et de iure*) de que una publicación realizada en el diario de publicaciones legales ha llegado a conocimiento de todos los destinatarios.

El ritualismo de la asamblea está destinado a proteger a los accionistas⁴, con el objetivo que todos ellos puedan conocer de su celebración, puedan participar y expresar en la misma sus opiniones o conceptos sobre los temas en tratamiento.

Todas y cada una de las etapas formativas de la voluntad social deben ser necesariamente cumplimentadas, en protección de quienes contribuyen a la adopción de los acuerdos asamblearios, y ello así pues los requisitos de publicidad, así como los que prescriben la necesidad de un determinado quórum o calificadas mayorías, tienden precisamente a garantizar la existencia del acto mismo.

Qué todos los accionistas se enteren, participen informados, debatan, ponderen y compulsen lo que cada uno expone, y resuelvan, hace al principio de la *colegialidad* como procedimiento justificador del régimen de mayorías.

Dicho en otras palabras: la decisión mayoritaria se justifica (o se “acepta”) por la ley, como opción a la unanimidad, a partir de la existencia de ciertos procedimientos en su formación (en la formación de esa decisión de mayoría).

Si ese procedimiento no es respetado, la mayoría no tiene justificación.

Y si no se garantiza ese procedimiento, desde su inicio, la asamblea adolece de vicios formales que la tornan nula.

El procedimiento colegial es la condición imprescindible de la operatividad de la regla de la mayoría, a través de la cual ésta –la mayoría– vincula u obliga a la minoría a su propia decisión, pero sólo bajo la condición que todos los miembros del grupo (los socios) hayan sido debidamente llamados a deliberar sobre el tema propuesto y con la información correspondiente⁵.

El abuso de la utilización de la forma legal para convocar. El deber de lealtad de los administradores.

Cumplida por la sociedad la publicidad de la convocatoria a través de la publicación edictal

3 Conf. RIVERA Julio Cesar, “Instituciones de Derecho Civil”. Parte General. Tomo I, pag. 104, editorial Abeledo-Perrot; en igual sentido LAVALLE COBO Jorge E., en BELLUSCIO –Director– y ZANNONI –Coordinador– “Código Civil y leyes complementarias”. Comentado, anotado y concordado. Tomo I, pag. 100, donde se expresa con claridad que “...la publicación es un acto de difusión, un medio que hace posible conocer el contenido de la ley, pero que no asegura una auténtica información...”.

4 Conf. COZIAN Maurice y VIANDER Alain, “Droit des Sociétés”, pag. 304, neuvième édition, Editions Litec, París, 1996.

5 Ver sobre el tema, ROSSI Serenella, “Il voto extrassambleare nelle società di capitali”, pag. 92, Giuffrè Editore, Milano, 1997; también, SERRA Antonio, en “Assemblea. Trattato delle società per azioni”, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Tomo 3°, pag 52, edit UTET, Torino, 1995, quien explica que, en el sistema del Codice Civile, el respeto del método colegial legitima la aplicación del principio mayoritario.

(en el diario de publicaciones legales) la sociedad habría respetado el medio legal impuesto para hacerlo, y debería entenderse que no corresponde a los órganos o funcionarios que deben efectuar la convocatoria (y dar publicidad a ella) la realización de ninguna otra gestión o la utilización de ningún otro medio para asegurarse del efectivo conocimiento por parte de los accionistas⁶.

Sin embargo, como lo postulamos en el inicio de esta ponencia, somos de la idea que, aún respetándose el medio legal de llamado o anociamiento de la convocatoria, la asamblea podría devenir nula en determinadas circunstancias que pueda concluirse que la utilización de la forma legal para convocar ha sido abusiva, sabiendo que no solo no ha cumplido su objeto, sino que, más aún, nunca podría haber cumplido con su cometido y finalidad.

Se ha destacado que la finalidad específica de la convocatoria está en permitir que quienes tienen derecho de asistir a la asamblea, conozcan con anticipación suficiente el lugar y la fecha de su celebración, y los temas sobre los cuales se deliberará y decidirá⁷.

Entonces, si la finalidad de la convocatoria es permitir y lograr que aquellos con derecho a participar conozcan efectivamente y con anticipación suficiente el lugar, los temas y la fecha en que se celebrará la asamblea, ¿puede pensarse que se *cumplió* –en el sentido efectivo de esa palabra– con la finalidad de la convocatoria cuando se recurre solo a la forma legal de llevarla a cabo conociendo o debiendo conocer –por el domicilio de los interesados, su situación y sus hábitos personales– que de esa forma –con las publicaciones legales– jamás se cumplirá con la finalidad de la convocatoria?

En otras palabras, ¿debe aceptarse que se *cumplió* con la finalidad de la convocatoria cuando se recurrió a la forma legal sabiendo que, justamente a través de esa forma legal, la convocatoria no cumpliría su finalidad?

Para nosotros la respuesta es negativa, ya que no se trata de otra cosa que de una abusiva utilización de las formas y disposiciones legales (de orden societario) para lograr fines distintos –en este caso, abiertamente contrarios e ilícitos– a los que buscaba la ley cuando los previó.

Si de las circunstancias del caso se advierte que el modo de convocar más que a cumplir su fin es aprovechado para cohonestar otra finalidad (precisamente, y contrariando al objetivo de publicidad, tiene un fin de clandestinidad) queda claro que se está utilizando antifuncionalmente la norma.

El abuso del derecho (art. 10 del Código Civil y Comercial) torna nulo el acto jurídico, y el abuso en la utilización de las formas y mecanismos societarios son el fundamento suficiente para declarar su ilegitimidad y su nulidad.

Cuando conociéndose los hábitos personales, el domicilio fuera del lugar de la asamblea, o la circunstancia de saber que el socio se encuentra en el exterior, una profesión indiferente o alejada de cuestiones legales o una situación especial del accionista, se convoca a asamblea (*respetando las formas legales*) sabiendo que los interesados en participar nunca se enterarán, la utilización o el respeto al medio legal impuesto para el llamado se vuelve abusivo por no cumplir la finalidad que debía cumplir conforme el ordenamiento jurídico, y

6 Conf., Cámara Nacional Comercial, Sala A, noviembre 23-991, in re "Illescas Hilda c/ Grimaldi de Illescas Josefina", en El Derecho, Tomo 147, pag. 380; Cámara Nacional Comercial, Sala C, octubre 29-990, in re "Schillaci Irene c/ Establecimiento Textil San Marcos", en La Ley, 1991-E, pag. 109; más recientemente, la misma Cámara Nacional Comercial, 04/03/2.005, Sala C, in re "Block Susana c/ Frigorífico Block", en Revista de las Sociedades y Concursos, N° 33, Marzo/Abril 2.005, pag. 367 y siguientes.

7 SASOT BETES Miguel A. y SASOT Miguel P., "Sociedades Anónimas. Las asambleas", pag. 114, edit. Abaco. Ver también sobre el punto, MOLINA SANDOVAL Carlos, ob cit, pag. 166

no evita o impide la posibilidad de que la asamblea devenga nula por dicha circunstancia. ¿Puede soportar el concepto de buena fe que los administradores que se cruzan con el/los accionistas en la sede de la sociedad en circunstancias de trabajo, no mencionen en ninguna conversación la convocatoria a asamblea que va a realizarse y confíen en que ese accionista que les pasa por al lado y los saluda, va a leer, o ya ha leído, los edictos publicados en el Boletín Oficial? ¿Puede soportar la buena fe que un hermano administrador de una sociedad anónima -de características familiares- que sabe que la hermana se ha mudado al exterior y tiene conversaciones telefónicas o vía zoom, confíe en que leerá los edictos en el Boletín Oficial de la República Argentina para avisar a algún apoderado que la represente en la asamblea?

Es interesante en dicho sentido rescatar las palabras de quien ha sido Juez Vocal de la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala D, doctor Alberti, cuando en consideración de circunstancias particulares propias de un resonado y antiguo precedente advirtió de la necesidad (u obligatoriedad si se quiere) de respetar formas especiales de comunicación⁸.

Lo que debe considerarse en cada caso, y ante planteos especiales, es si la utilización de la forma legal impuesta tiene o no aptitud real para lograr su fin, debiendo, sin dudas, presentarse el requisito de *notoriedad y evidencia* en la utilización antifuncional del derecho⁹.

¿Qué queremos decir con ello?

Que el análisis no debe agotarse en la forma de la comunicación y la posibilidad de que efectivamente los destinatarios pudieran haberse anoticiado, sino, además, si los temas a tratar y la resolución tomada tuvieran una relevancia perjudicial para los ausentes (vg., decisión de un aumento de capital, modificaciones estructurales). Piénsese que no necesariamente el ausente será siempre un accionista cuyo voto no pudiera tener incidencia en el resultado de la decisión (vg., si fuera un accionista paritario, si se requirieran mayorías especiales en el punto, si el capital de la sociedad estuviera disperso y su voto por una u otra posición determinara la variación de la mayoría, etc.).

Si los administradores (en la mayoría de los casos en sociedades de base accionaria restringida) saben o deben conocer que los accionistas a convocar no se enteraran de la celebración de la asamblea, convocada en la forma *legal*, la buena fe y la lealtad que le deben a los socios en base al artículo 59 de la LGS les impone -para que el derecho no sea ejercido de mala fe y contrario a la finalidad que le ha otorgado el ordenamiento jurídico- comunicárselo por algún medio adicional directo (mail, whats app, mensaje de texto)¹⁰.

8 Así, ha expresado que "...no sostengo, por cierto, que los accionistas mayoritarios estén sujetos universalmente al deber de participar la realización de las asambleas de modo directo y hasta esforzado a otros accionistas ausentes, disidentes, o simplemente distanciados de la sociedad. Pero la ausencia de tal comunicación, cuando es próxima la vinculación familiar tanto como profundos los motivos de rencilla, y lo insólito de esta elevación de capital seguida de una equivalente distribución de utilidades, justificaron alguna más fraternal o siquiera caritativa información fuera de la publicación edictal.....", en Cam.Nac.Com., Sala D, marzo 01-1996, voto del doctor Alberti en autos "Abrecht Pablo A. c/ Caciue Camping SA", en El Derecho, Tomo 168, pag. 570.

9 Ver sobre el particular, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en la Argentina", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Tomo 16, pag. 217.

10 Véase la ponencia de VANNEY Carlos "Abuso en la convocatoria a asamblea por falta de comunicación a los socios", presentada en el XIV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO y X CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA. Hacia un nuevo Derecho Societario, Tomo III, pag. 1839 y siguientes, donde pareciera justificar la nulidad en el supuesto que la comunicación edictal como único medio de comunicación hubiera constituido, además, un cambio de los hábitos de comunicación de la convocatoria a asamblea. Por nuestra parte, ya considerábamos hace tiempo, que si bien tal circunstancia abona la prueba de la finalidad contraria a la buena fe de la publicación en el Boletín Oficial, podría no ser necesaria para que la nulidad se patentice si de otras circunstancias del caso (como las mencionadas en el cuerpo de la ponencia) se advierte claramente que los edictos no cumplirían la finalidad de comunicación.

Esta conducta, entonces, se vuelve obligatoria por imposición del cumplimiento de *standards* jurídicos tales como el deber de actuar de buena fe (la lealtad debida por los administradores es una norma específica que puntualiza su obligación general de actuar de buena fe) y el de no ejercer los derechos de un modo que contraría el ordenamiento, y exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres¹¹.

En el tiempo de la globalización y las comunicaciones, donde es posible hoy saber del último adelanto científico que se sucede en cualquier parte del mundo y se pueden hacer consultas y reuniones vía Zoom o Google Meet, no parece lógico legitimar conductas donde la mala fe se patentiza con tanta crudeza, escondiéndose detrás de una formalidad que, además, se sabe que no, en el caso, no va a cumplir su cometido.

En el supuesto del ejercicio abusivo de un derecho, la conducta, si bien encuadra formalmente con la norma legal, aparece contrariando o desviándose del fin para el cual la ley ha concedido ese derecho (o dispuesto una forma específica), contrariando, además, los principios de buena fe, la moral o las buenas costumbres.

Si ello se presenta, la utilización del derecho es irregular, contraria a la buena fe, y la conducta repudiada por el ordenamiento¹². Consecuentemente, la convocatoria se vuelve irregular e ilícita aún cuando se habría respetado la forma impuesta por la ley.

11 Conf. TOBÍAS José W., en su comentario al artículo 10 del CCyCN, en ALTERINI Jorge H., Director. "Código Civil y Comercial". Comentado. Tratado exegético., Tomo I, pag. 86).

12 Conf. ALEGRÍA Héctor, "El abuso de mayorías y de minorías en sociedades anónimas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Tomo 16, pag. 325.

HACIA UNA DIMENSIÓN PROTECTORIA DE LA EMPRESA

Jaime Roig

SUMARIO

La tramitación de las acciones societarias no afecta a la sociedad, sí a la empresa. La incidencia de los tiempos judiciales en la actividad. La necesidad de dar un reconocimiento legislativo a la empresa.

PONENCIA

Introducción

El Estado, la sociedad y el consumidor forman parte del mercado, es decir, del espacio en el que confluyen de manera activa, todos los agentes económicos que participan de la cadena productiva.

El Estado es el encargado de dictar las normas que enmarcarán las relaciones entre las empresas y los consumidores.

Una sociedad comercial es una organización de personas y recursos que recibió el reconocimiento estatal para llevar adelante su emprendimiento consistente en la producción de bienes y servicios requeridos por los consumidores.

Existe un ida y vuelta en la relación que tiene este tipo de sociedades con el Estado y con el consumidor. Por un lado, cuenta con la venia administrativa para su funcionamiento, y al mismo tiempo, paga los impuestos correspondientes a dicha actividad. Al consumidor le brinda un producto o servicio y, a cambio, recibe de aquél su precio.

En el transcurrir de estas relaciones surgen contingencias en las que las empresas se llevan la peor parte.

La sociedad comercial y la empresa

La sociedad comercial es un ente jurídico que lleva adelante una empresa, entendida como actividad de corte netamente económico. La sociedad es el andamiaje estático que permite llevar adelante el emprendimiento, caracterizado por el dinamismo de su actividad.

Se trata de términos relacionados, mas no sinónimos. Sociedad y empresa pueden coexistir, pero también puede presentarse una sin la otra.

Puede existir una empresa sin sociedad, en el caso de la persona humana que lleva adelante su actividad sin haber optado por alguna de las alternativas previstas en la LGS. También una sociedad sin empresa, como suele suceder en el caso de aquellas que se inscribieron y nunca intervinieron en el mercado, no presentan balances ni facturación.

La sociedad sí es un sujeto de derecho, mientras que la empresa es un objeto de análisis jurídico. La empresa nace gracias a la inventiva del empresario, mientras que la sociedad perdura en el tiempo siempre que su estatuto lo autorice.

Quizás la ausencia de su consagración legislativa sea uno de los ingredientes que colaboran para que la empresa sea reconocida como una fuente fructuosa de beneficios para el mercado.

El planteo de la problemática

No es una novedad decir que, desde hace tiempo, las empresas argentinas sufren una marcada agresión estatal. Hay sectores en particular perjudicados exponencialmente.

Hizo falta que vinieran una pandemia y una cuarentena prolongada para dimensionar lo difícil que se presenta el panorama para el sector privado, que se vio compelido, en muchos casos, a cerrar las puertas de sus emprendimientos. Cabe aclarar que aun sin pandemia la situación era complicada, la prueba cabal de ello está en que las empresas argentinas difícilmente logran transitar con éxito un traspaso generacional del mando. Frecuentemente, en ese camino, cesan su actividad, quiebran, se disuelven y liquidan. Frente a esta situación, solo vemos una reacción: la resignación frente a una legislación que la desamparó.

Desde nuestra perspectiva, el descripto someramente no es el camino adecuado para procurar que la empresa logre el reconocimiento que sí lograron los otros jugadores del mercado como el fisco, por supuesto, que lleva la voz de mando, que dicta las normas y se queda con gran parte de la torta productiva del empresario vía cientos de impuestos nacionales, provinciales y municipales, y el consumidor, que goza de una defensa constitucional muchas veces exacerbada por los tribunales jurisdiccionales.

Es el momento oportuno para asumir una posición protectora de la empresa, del que los tres poderes del Estado deben ser protagonistas.

Sobre la voracidad fiscal se ha escrito mucho; sobre la necesidad de repensar la existencia de un organismo como la Comisión Nacional de Valores, que administra una abultada partida presupuestaria para regular la actividad de no más de cien sociedades, no tanto.

La errónea identificación entre empresa y empresario que procuran el derecho laboral, tributario, administrativo y ambiental fundamenta extensa jurisprudencia, ya que dicha normativa, por medio de las figuras de la solidaridad y extensión de responsabilidad, logra su objetivo protectorio de los derechos del trabajador, de las arcas fiscales, de la defensa del poder público y del ambiente, en desmedro de la actividad empresarial.

El desarrollo de esos tópicos superaría ampliamente el marco de esta ponencia. Es por ello por lo que, en esta oportunidad, nos focalizaremos en cómo puede ayudar el legislador a un juez para que la empresa que exhiba ante sus estrados una contingencia de naturaleza societaria obtenga una respuesta eficiente. Veamos.

La judicialización de las contingencias societarias

Horacio Roitman se encargó de sintetizar las características de la totalidad de las acciones judiciales societarias¹ de las sociedades anónimas: La acción de responsabilidad de los directores y los síndicos por daños ocasionados a la sociedad (arts. 274 y 298); la acción individual que persigue el resarcimiento de un daño directo ocasionado por los directores y/o síndicos en el patrimonio de un socio o tercero; la impugnación de una decisión asamblearia, conferida —entre otros sujetos activos, como directores, síndicos o autoridad de contralor— en favor de ciertos socios (art. 251); la impugnación de decisiones del directorio; la acción de responsabilidad del accionista ante la procedencia de la impugnación de la resolución asamblearia (art. 254); la acción de reparación del daño a la sociedad causado por el socio o quien, no siéndolo, la controle (art. 54, 1° y 2° párrs.); la acción de redhibición de la personalidad (art. 54 in fine, introducido por ley 22.903); y la acción de remoción del

¹ Roitman, Horacio, "Ejercicio de acciones societarias en la sociedad anónima", LA LEY 23/05/2018, LA LEY 2018-C, 731, cita: TR LALEY AR/DOC/1060/201

director exigida como condición para la medida cautelar de intervención (art. 114).

De acuerdo con el autor, estas ocho acciones se instituyeron para la tutela de la persona jurídica.² En otras palabras, las acciones buscan preservar a la sociedad y disponen los mecanismos necesarios para que, durante su tramitación, sus engranajes continúen en funcionamiento bajo la tutela jurisdiccional.

Ahora bien, lo que nadie advierte es que mientras la sociedad está en juicio, la empresa es la que sufre sus consecuencias; es la principal afectada frente al inicio de las acciones societarias. ¿Por qué? Porque en el “mientras tanto”, la incertidumbre reina en su seno.

¿Cuánto pagar de impuestos frente a los estados contables impugnados? ¿Está autorizado el pago a proveedores? ¿Podemos repartir dividendos? ¿Cómo compensar los retiros anticipados? ¿Corresponde hacer reservas? ¿Puede asistir un director cuestionado? ¿Tiene voz dentro de la asamblea? ¿Debo acatar una injusta decisión societaria hasta que el juez diga que es nula? ¿Cómo pueden deliberar dos accionistas enfrentados judicialmente? ¿Se puede separar la subjetividad en los negocios? ¿Y si todo lo que hacemos debe luego rectificarse?, son solo algunos de los planteos que se suscitan.

Los que participamos de directorios embravecidos o álgidas asambleas podemos dar fe de que el inicio de acciones judiciales altera los ánimos de los integrantes de la sociedad y actúa como una caja de resonancia³ que afecta en forma proporcional a la empresa.

Es por esa razón que para que la actividad empresarial no se vea afectada por el trámite judicial nos permitimos sugerir procedimientos de fácil implementación en el proyecto de modificación de la LGS.

Mediación previa y obligatoria

¿Por qué constreñir a mediar si, en la mayoría de los planteos societarios, este recurso implica un dispendio de tiempo y dinero? ¿Por qué se insiste en obligar a realizar actuaciones que pueden perjudicar a las partes? Si se agotó la instancia intrasocietaria -premisa ineludible para el planteo de cualquier reclamo de esta naturaleza- es materialmente imposible que se llegue a una solución del pleito en una mediación. En todo caso, debería aconsejarse que medie el que así lo quiera.

Por supuesto, esta idea va en contra de jurisprudencia que, ante un planteo como el de quien suscribe, aseguró:

Que la mediación obligatoria es “una doble instancia conciliatoria, innecesaria, con la pérdida de tiempo que ella acarrea y los gastos que genera” que lejos está de comprender que todos los ciudadanos y especialmente los operadores de la Administración de Justicia debemos propender con nuestro trabajo a la pacificación social... Cuando la negociación entre las partes ha fallado y ha sido infructuosa la ayuda de un tercero neutral, entonces recién allí se iniciará el juicio, salvo por supuesto, casos especiales ya sea por su naturaleza, por estar comprometido el orden público o por alguna otra razón normativa o de conveniencia que hagan necesaria la actuación judicial directa... Es por ello que considero que en el orden nacional y provincial el dictado de la ley de mediación previa y obligatoria representa una conquista para el ciudadano y no debe ser vista como un obstáculo, tal como pretende el apelante.⁴

2 Roitman, Horacio, “El proyecto de reforma a la ley de Sociedades Comerciales”, JA, 2004-III (número especial), Ed. LexisNexis, Buenos Aires, ps. 58 y ss.

3 La caja de resonancia tiene la finalidad de amplificar o modular un sonido, es una parte primordial de la gran mayoría de instrumentos acústicos, principalmente de cuerda y percusión.

4 PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN, CAMARA CIVIL EN FAMILIA Y SUCESIONES - Sala 2, Nro. Expte: 4517/19, Nro. Sent: 189

Este fallo tiene una disidencia, con la que coincidimos, que indica que el legislador no busca someter a las partes de manera obligatoria a la mediación, sino que además abre una puerta a la voluntad de estos, quienes considerarán o no según el caso, si una mediación previa, es viable [porque] el juez se encuentra facultado debido al principio de saneamiento para prescindir de la mediación siempre que situaciones lo ameriten.⁵

En los negocios, no hay razones para dilatar la resolución de controversias cuando la condición precedente indica que debió agotarse la instancia intrasocietaria que implica una similar a la que ofrece la mediación.

Trámite ordinario

Muchos piensan que el recurso más valioso de todo emprendedor o empresario es el dinero cuando, en realidad, es el tiempo. El dinero perdido puede recuperarse, el tiempo no. El tiempo del empresario es el más caro de todos, el más valioso y el que mejor debe gestionarse sencillamente porque es un recurso perecedero.

El trámite ordinario dado a los conflictos societarios no ayuda a tener una solución eficiente. El consumidor, por su parte, ha tenido un gran reconocimiento al permitírsele dirimir gratuitamente sus inquietudes en el marco de un trámite sumarísimo. Tampoco tiene la obligación de iniciar el trámite administrativo en forma previa. Esto permitiría descomprimir la actividad jurisdiccional que otorga el mismo tratamiento a juicios complejos, de naturaleza civil y/o comercial, que al reclamo consumeril que, en la mayoría de los casos, son complementados con la adición de daños punitivos para dejar abierto el planteo de una apelación en caso de obtener una resolución adversa en primera instancia.⁶

Si permitiéramos que se aplique el proceso sumario a las acciones societarias, la empresa evitaría el desconcierto comercial, financiero, contable, que trae aparejado el tránsito por los estrados judiciales que, como mínimo, durará un lustro, entre la mediación previa y la actuación de cámara. Recordemos que el proceso ordinario es el que más etapas contempla en la legislación procesal.

En materia comercial, la demora de la actividad jurisdiccional es uno de los problemas más arduos a resolver, puesto que se encuentran, por un lado, quienes consideran que es conveniente un sistema de amplio desarrollo procesal, comprensivo del agotamiento de la mediación, de etapas de análisis de excepciones de previo y especial pronunciamiento, laxos plazos probatorios, recepción de alegatos, y, por lo tanto, no debe modificarse. Y, por otro lado, quienes entendemos que el proceso ordinario desnaturalizó la finalidad de la legislación comercial. El trámite judicial no debería ir más allá de un ejercicio económico: la actuación judicial debe tener un límite y es saludable para la empresa que esto sea así.

La prueba

Hace tiempo sostenemos que la prueba societaria, en su abrumadora mayoría, está plasmada en un documento, en un acta, en un edicto, en los estados contables.

En un proceso judicial, la etapa de producción de la prueba es la más engorrosa y, por su-

Fecha Sentencia 31/05/2021.

⁵ La disidencia es suscripta por la Dra. Valderrábano de Casas.

⁶ El art. 242, CPCCN, por ejemplo, establece que "serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el monto cuestionado sea inferior a la suma de PESOS SETECIENTOS MIL (\$ 700.000). (Monto adecuado por Acordada N° 14/2022 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación B.O. 27/5/2022). El nuevo monto se aplicará para las demandas o reconveniones que se presentaren a partir del 1 de junio de 2022.

puesto, la que más tiempo toma en su transcurrir. La fijación de las fechas de audiencia, el monitoreo de las notificaciones, el respeto por las antelaciones, las ausencias justificadas, las impugnaciones, tachas, etc, implican mucho tiempo de trámite.

El resultado de esta diligencia no es proporcional a su incidencia en el resultado del pleito, porque las pruebas testimoniales y confesionales no vuelcan o inclinan la balanza en el sentido opuesto del que fueron originariamente propuestas.

Distinto es el caso de la pericial. Una pericia contable siempre es determinante en el resultado de un pleito societario, y acá viene una propuesta: ¿si presentamos un informe suscripto por el profesional, debidamente legalizado por el colegio respectivo, que permita una instancia de impugnación, directamente? Es decir, cada parte aportaría sus informes, que podrían ser impugnados sin necesidad de que sean producidos en el marco del trámite judicial.

Una mirada introspectiva

La facturación horaria muestra un retroceso frente a fórmulas más complejas, aunque sigue siendo la modalidad más difundida entre los Estudios. Los clientes demandan cuentas claras y valores predecibles. En los últimos años, se han escuchado voces e investigaciones que las avalan- hablando del retroceso de la facturación horaria, aquella que funciona como si se tratara de un reloj de taxi que comienza a acumular fichas desde el momento en que el profesional se pone a disposición del cliente. No obstante, esta práctica -cuestionada por muchos clientes- sigue siendo una de las preferidas entre los profesionales de las firmas legales, quienes la reconocen como la menos mala entre los métodos existentes.⁷

¿Por qué traemos a colación este punto? Porque la demora en la resolución de los conflictos societarios no debería traer beneficios para nadie, menos aún para los abogados beneficiados por la aplicación de su atención a un tema puntual y la medida de su retribución está fijada con base en el tiempo invertido.

Dentro de un Estudio jurídico, las bonificaciones y distinciones van para los abogados que más facturan. ¿Cuál será el incentivo que tenga el abogado que factura sus horas en resolver rápidamente una cuestión que puede dilatarse jurisdiccionalmente? La Economía enseña que no existirá tal cosa. Por ejemplo, motivado por facturar más horas, un abogado estudiará veinte casos, cuando bastaría leer solo tres en relación directa con el problema legal que intenta trazar. Todas estas horas son facturadas, aunque más de la mitad no generen valor.⁸ Podría, en lugar de plantearse un esquema de retribución horario, fijarse un honorario de éxito, que vaya atado a la brevedad con la que puede solucionarse el inconveniente. Es oportuno, también, hacer esta mirada introspectiva para los abogados que en lugar de plantear un recurso o iniciar un nuevo incidente canalicen el proceso hacia una finalización rápida y honrosa de la cuestión. No hay lugar a dudas de que la mayor extensión del pleito le asegurará un ingreso superior, pero no debemos perder de vista la función social que tiene la abogacía, en la que debe primar el interés del cliente por sobre cualquier otro.

El proyecto de modificación de LGS

Con asombro vislumbramos la intención de quitar el manejo del trámite de las disputas societarias al Poder Judicial para entregarlo a los árbitros⁹. De hecho, la práctica del arbi-

7 Extracto de El Cronista, "Abogados: ¿cómo calculan sus honorarios?". Publicación en página web.

8 Así lo asegura Stefani Santana en el portal LexLatin, en su artículo "La hora facturable, la enemiga de la innovación", del 13.11.20.

9 Abordamos este tópico en el trabajo "La impugnación de una asamblea, 10 años después", publicado en SJA 16/12/2020, 16/12/2020,

traje está asentada en distintas jurisdicciones del país, como Buenos Aires, y es prácticamente inexistente en otras como Tucumán, mi Provincia. ¡Vaya problema que tendrán las empresas tucumanas si se aprueba este proyecto! Nos parece que el Poder Judicial debería vender más cara su derrota en este rubro.

Entendemos que, si el objetivo es descomprimir el fuero, una buena solución es la de resolver disputas mediante la actuación de un árbitro, pero este subterfugio no es amigable con el bolsillo del empresario; ni hablar cuando se trata de aquellos que desarrollan su actividad lejos de grandes urbes que cuentan con centros de arbitraje.

Conclusiones

El principal instrumento de industrialización y producción, fuente de ganancias, protagonista de la política estratégica de cualquier país es la empresa. El desarrollo y la innovación vienen de la mano de la actividad empresarial. Sobre ello no hay discusión. Sin perjuicio de lo descripto, la empresa no es reconocida como persona jurídica, por ejemplo, y genera un movimiento económico, desarrollo comercial, tecnológico, con impacto social, porque cubre las necesidades del consumidor, quien hoy tiene más defensas, pese a que no produce ni padece el impacto fiscal abrumador que soporta el empresario.

Debemos internalizar la idea de que la empresa es una institución social que debe ser contemplada en la ley y a partir de allí, procurar y obtener su protección.

Se mueve en un contexto, con el que se relaciona; y la comunidad tiene interés, una expectativa de que la empresa sea exitosa, porque también se verá beneficiada.

Por todos estos motivos, es imperioso avanzar con la dimensión protectoria de la empresa. Optimizar los tiempos judiciales en su beneficio y, por ende, de la comunidad es un buen primer paso.

61, cita: TR LALEY AR/DOC/3744/2020.

CONFLICTOS DERIVADOS DE LA NO DISTRIBUCIÓN PERIÓDICA DE DIVIDENDOS. ALTERNATIVAS

Alberto Antonio Romano

SUMARIO

1. La regla general es que el derecho al dividendo es la causa fin (artículo 281 del Código Civil y Comercial). del contrato de sociedad (arg. artículos 1, 66 inc.3,4 y 7, y 7o LGS). Por supuesto que ella no se aplica si los socios en el acto constitutivo o, posteriormente, quienes representan el 100% del capital social, deciden lo contrario.
2. La no distribución de dividendos debe estar debidamente justificada a fin de descartar que ello no es la manifestación de un ejercicio abusivo de sus derechos por parte de la mayoría
3. Son nulas las decisiones por las cuales no se distribuyen dividendos cuando no existe justificación para que la sociedad las retenga. El juez que entiende en la impugnación, tiene jurisdicción para ordenarle a la sociedad la celebración de una nueva asamblea para tratar el tema si ello integra la pretensión del impugnante.
4. En una sociedad cerrada, familiar o de amigos, o que combina una y otra característica, cualquiera sea el tipo social, es lícita una cláusula que prevé el retiro unilateral del socio (artículo 89 de la LGS), quedando comprendida en él posibilidad de ejercer este derecho ante la no distribución periódica de dividendos.
5. Es conveniente en una próxima reforma prever el derecho del socio de retirarse de la sociedad ante la retención indebida de utilidades por parte de la sociedad.
6. La suma a pagar por la participación del socio que se retira debe fijarse aplicando fórmulas de cálculo que impliquen no apartarse notoriamente de su valor real (arg. artículo 13 inc. 5 de la LGS). No se cumple con ello si se aplican valores contables conforme el último estado contable de cierre de ejercicio.

I- Introducción.

Vamos a reflexionar sobre el tema teniendo en cuenta a socios que participan de una sociedad cerrada, familiar, de amigos, o que combinan una y otra característica, que es la realidad de la gran mayoría de las sociedades en funcionamiento en nuestro país. Es decir, sociedades con un alto contenido personalista, en las que los partícipes limitan su responsabilidad por las deudas sociales, generalmente organizados como sociedad anónima (en adelante "SA") o sociedad de responsabilidad limitada (en lo sucesivo "SRL").

Cuando analizamos la integración del órgano de administración de ellas, nos encontramos con empresas en las que los socios controlantes aparecen ocupando directa o indirectamente a través de terceros que responden a ellos, todos o la mayoría de los cargos en el órgano de administración. No hay separación entre gestión y propiedad. Ante la existencia de un grupo de control o un control compartido, quien o quienes controlan designan a los integrantes del órgano de administración y, ellos mismos o terceros que suelen comportarse como simples mandatarios de éstos, ocupan dichos cargos.

La no distribución de dividendos cuando existen ganancias realizadas y líquidas es frecuente motivo de conflicto entre la minoría y la mayoría. Además, esa falta de reparto tiene como contrapartida, que la mayoría tiene una renta indirecta como accionista, percibiendo honorarios de directorio, percibiendo retribuciones por relación de dependencia o por contratos de servicios, u obteniendo beneficios económicos por negocios existentes entre esa sociedad y otra integrada exclusivamente por el grupo controlante.

En ese escenario, la liquidez de las participaciones sociales está limitada al interés de los socios que conforman esas sociedades.

II. ¿Derecho al dividendo?

La regla general es que el derecho al dividendo es la causa fin del contrato de sociedad (arg. artículo 281 del Código Civil y Comercial, en lo sucesivo "CCyC"). Por supuesto que ella no se aplica si los socios que representan el 100% del capital social deciden apartarse de tal pauta. Pueden existir razones para no distribuir dividendos, pero en ese caso deben estar debidamente justificadas, deben realmente existir, a fin de descartar que tal decisión no es ni más ni menos que un ejercicio abusivo de sus derechos por parte de la mayoría (artículo 10 del CCyC).

La causa por la cual una parte participa de la sociedad es la obtención de beneficios mediante la producción o intercambios de bienes o servicios conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la ley de sociedades comerciales (en adelante "LGS").

Y esos beneficios se traducen en el reparto periódicos de dividendos entre los socios, los que se sabe, sólo pueden ser distribuidos una vez que se haya determinado la existencia de ganancias realizadas y líquidas en un balance confeccionado de acuerdo a la ley y el estatuto, aprobado por los socios (artículo 68 de la LGS). Este es un elemento de suma trascendencia, que los socios, la sociedad y los Tribunales deben tener en cuenta para resolver adecuadamente los conflictos que se generan respecto el tema en cuestión.

Tal regla general, también encuentra su sustento normativo en las especificaciones que la memoria debe contener conforme lo previsto en distintos incisos del artículo 66 de la LGS: el inciso 3 exige que se indiquen las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente; el inciso 4 exige indicar causas detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de gastos en otra forma que en efectivo; el inciso 7, exige se indiquen los rubros y montos no mostrados en el estado de resultados -artículo 64, I, b, retribuciones de los administradores, otros honorarios y retribuciones por servicios, sueldos, gastos de estudios e investigaciones, etc.- por formar parte los mismos, parcial o totalmente, de los costos de bienes del activo. Otra manifestación de ello, son las limitaciones que impone el artículo 70 de la LGS para constituir otras reservas por encima de la reserva legal.

También puede ser que las partes hayan constituido una sociedad para desarrollar un emprendimiento con la idea de que la misma tenga un mayor valor con el correr del tiempo, a fin de vender parte del paquete accionario o de las cuotas sociales a un socio estratégico, o vender parte o la totalidad de ello a un tercero. Pero en tal caso, eso debe surgir de una cláusula contractual: del estatuto, del contrato social o, de un acuerdo celebrado entre los socios que representan el cien por ciento del capital social.

Claro está que la causa fin es otra cuando nos encontramos frente a un accionista-inversor que compra acciones de una o más compañías en el mercado de valores, que, si bien se convierte en accionista, su intención puede centrarse esencialmente en sacar una diferen-

cia entre el precio de compra y de venta¹.

Entonces, es legítima la no distribución de dividendos cuando se acuerda ello en una cláusula estatutaria² o un pacto celebrado por todos los socios, o cuando se trata de asociaciones constituidas bajo la forma de sociedad, en la que la que se reparten beneficios que no consisten en la distribución de dividendos, ya que la causa del contrato no ha sido esto sino aquello, o cuando se constituyen asociaciones con forma de sociedad (artículo 3 de la LGS.).

En resguardo del derecho al dividendo, la jurisprudencia ha dicho:

“...La disposición del art. 261 de la Ley 19.550 es una norma imperativa, cuya finalidad es la protección del interés de los accionistas de las sociedades anónimas, lo cual la hace inderogable por los estatutos e irrenunciable de antemano...”³;

“...Constituye un derecho ‘intangibles’ de todo socio de una SRL el relativo a la oportuna y correcta distribución y percepción de las ganancias, derecho que implica para cada socio la posibilidad de exigir un dividendo calculado sobre las ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo a la ley y, necesariamente, con arreglo a lo establecido en el estatuto o contrato social (arts. 11, inc. 7º, y 68 de la Ley 19.550) ...”⁴;

“...la participación del socio en los beneficios, además de derivar de toda una estructura normativa societaria, emana con obvia naturalidad del simple concepto de sociedad. Las costumbres y las necesidades prácticas han impuesto en las sociedades la distribución de utilidades al finalizar cada ejercicio...La causa fin de la sociedad conforme el art. 1 de la LSC. consiste en la asociación de personas para efectuar aportes destinados a la producción o intercambio de bienes o servicios para participar de las ganancias y soportar las pérdidas...”⁵;

“...El art. 66 inc. 3 LS. dispone que los administradores deben informar en la memoria las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente y de su lado la LSC autoriza la constitución de otras reservas, más allá de las legales que menciona en su primer párrafo, siempre que las mismas sean razonables y respondan a una prudente administración....Las normas de los arts. 66 inc. 3º y 70 de la Ley 19.550 tienden a asegurar el derecho al dividendo de los socios o accionistas, que sólo puede ser dejado de lado, entre otros requisitos, cuando se expliquen en forma clara, circunstanciada y detalladamente expuestas las razones por las cuales las utilidades se destinan a la creación de reservas, siendo ésta una carga que pesa tanto sobre los administradores, al elaborar la memoria, como sobre los socios, quienes al deliberar en la asamblea deben exponer fundadamente los motivos que justifiquen la constitución de aquéllas. De tal forma se respeta el principio de razonabilidad que exige la demostración de que la dotación de las reservas obedece a razones de necesidad o de conveniencia para la sociedad -patrimonio

1 Un estudio realizado varios años atrás, en el que se analizó el comportamiento de cuatrocientas noventa y cinco compañías de mercados emergentes, dio como resultado una fuerte vinculación entre buen gobierno corporativo, distribución de ganancias y valor accionario, resaltando la positiva reacción del mercado cuando las compañías se ocupan de todos los accionistas y no sólo del principal propietario Day, Phillip y Rothkegel, Iván El mercado premia a los que tratan mejor a sus accionistas. *The Wall Street Journall Americas*, *La Nación*, 03/05/01, sec. 2, p. 5. Es decir, en tal análisis, se detectó que la distribución periódica de dividendos era un aspecto que también era tenido en cuenta por el accionista-inversor.

2 Ello es lo que ocurrió en el caso *Pombo, Ernesto J. c/ Mercado de Valores de Buenos Aires, CNCom, Sala B*, mayo 19-998.- *LA LEY* 1999-E, p. 44 y sig. con nota aprobatoria de Mariano Gagliardo titulada *Sociedad Anónima y Ánimo de Lucro*.

3 *CNCom, Sala B, in re Palmeiro Guillermo César c/ Parador Norte S.A. s/ ordinario*, 23 de noviembre de 2021 (MJ-JU-M-135824-AR|MJJ135824|MJJ135824

4 *CNCom, Sala A, in re DS Vial S.R.L. c/ Centeno Pablo Guillermo Bernardo s/ ordinario*, 2 de noviembre de 2021, MJ-JU-M-135334-AR|MJJ135334|MJJ135334.

5 *CNCom, Sala B, in re Administración Nacional de la Seguridad Social c/ Grupo Clarín S.A. s/ ordinario*, 28 de abril de 2021, MJ-JU-M-132621-AR|MJJ132621|MJJ132621

independiente del de los accionistas- y no en maniobras en beneficio o perjuicio de cualquier grupo de socios....Las reservas facultativas deben estar fundamentadas en medidas que guarden un aceptable grado de justificación, que pueden resultar de consideraciones económicas, financieras o patrimoniales, cuando no de principios técnicos que aconsejen su conformación...”⁶

III. Impugnación judicial. Derecho del socio a retirarse o separarse de la sociedad.

Ante la no distribución de dividendos existiendo ganancias realizadas y liquidas, el socio no sólo tiene el derecho a impugnar las decisiones que correspondan (la constitución ilegal de reservas, la injustificada retención de utilidades en la cuenta resultados no asignados, la capitalización abusiva de utilidades mediante el pago de dividendo en acciones⁷), sino también a pedir que el juez ordene a la sociedad celebrar una nueva asamblea para deliberar y votar sobre la cuestión.

Asimismo, como alternativa tendiente a evitar la prolongación del conflicto, consideramos que con la ley vigente es lícita una cláusula contractual o estatutaria que permita al socio retirarse ante la no distribución de dividendos. Por nuestra parte, nos hemos expedido por posibilidad de prever el retiro unilateral en sociedades con las características referidas en el punto I. de este trabajo, conforme lo previsto en el artículo 89 de la LGS, independientemente del tipo social bajo el cual están organizadas⁸.

Además, creemos que debe receptarse en una próxima reforma el derecho del socio de retirarse de la sociedad ante la no distribución periódica de dividendos.

Y el derecho a retirarse debería ser considerado un derecho inderogable para el socio. Es que no tendría mucho sentido que consagrándose por vía legal el derecho de retiro por el repetido motivo, la mayoría pueda introducir en una sociedad en funcionamiento una cláusula contractual por la que se dispone que tal prerrogativa no aplica en ella. Esa inderogabilidad no aplica si la sociedad se constituyó con una cláusula en la que se reglamentó razonablemente el derecho al dividendo, o todos los socios adoptaron tal decisión.

Como referencia, cabe tener en cuenta, el artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital de España⁹, que bajo el título Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, dispone lo siguiente:

“...1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional undécima¹⁰, salvo disposición

6 CNCom, Sala B, in re Holub Verónica Lena c/ Aceros MB Sociedad Anónima s/ ordinario, 16-ago-2017, MJ-JU-M-106623-AR | MJJ106623 | MJJ106623.

7 No se pueden capitalizar dividendos si previamente no se ha decidido aumentar el capital de la compañía. Es que los socios tienen derecho a debatir previamente sobre la necesidad del aumento de capital que implica la capitalización de dividendos.

8 ROMANO, Alberto Antonio “Resolución parcial y disolución”, en Código de Comercio Comentado y Anotado” Adolfo A. N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), Bs. As. 2006, La Ley, Tomo III, p. 213, citando a Alegria y Zunino en tal sentido.

9 El artículo 1 de dicha ley considera sociedades de capital: a la sociedad de responsabilidad limitada, a la sociedad anónima y, a la sociedad comanditaria por acciones

10 En ella, bajo el título Derecho de separación en instituciones financieras, se dispone: “...No resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta ley a las siguientes entidades:

- a) Las entidades de crédito;
- b) Los establecimientos financieros de crédito;
- c) Las empresas de servicios de inversión;
- d) Las entidades de pago;
- e) Entidades de dinero electrónico;
- f) Las sociedades financieras de cartera y sociedades financieras mixtas de cartera definidas de conformidad con los artículos 4.1.20) y 4.1.21) del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012;

contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.»

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse, salvo disposición contraria en los estatutos, el mismo derecho de separación al socio o socia de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el apartado primero, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación.

b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso.

c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.

e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas...”

Este derecho a separarse de la sociedad tutela al socio minoritario¹¹, pero también es una

g) Las sociedades financieras de cartera definidas en el artículo 34 del Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito;

h) Las sociedades mixtas de cartera previstas en el artículo 4.1.22 del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013...”

11 En tutela de la mayoría, hemos adherido (ROMANO, Alberto Antonio, Op cit., p. 222) a la doctrina que considera que aún con el régimen societario vigente en nuestro país, la exclusión puede aplicarse por vía analógica a las sociedades anónimas cerradas o de familia referidas en el punto I. de este trabajo (ALEGRIA, Héctor. Repensando temas sobre la exclusión de socios. REVISTA DE

manera de no prologar innecesariamente conflictos entra la mayoría y minoría cuando aquella no contempla el interés de todos los socios.

Para la separación, como a todos los supuestos de resolución parcial del contrato de sociedad¹², a fin de determinar el valor de la participación social del saliente, aplica el principio previsto en el 13 inciso 5 de la ley de sociedades. Como se sabe, en él se dispone la nulidad (absoluta) de cualquier cláusula contractual que fije para determinar el valor de una participación social un valor que se aparte notablemente del real: el giro “valor real” no es ajeno a nuestro ordenamiento societario. Del aludido precepto legal surge un principio general en materia societaria, que en relación al tema propuesto se traduce en imponer que el valor de la participación del socio saliente se dispute, se discuta y se resuelva en valores acordes a la realidad negocial. Por supuesto que el denominado valor de libros¹³ o valor contable implica vulnerar dicho dispositivo.

Ese valor real requiere: que no se tenga en cuenta eventuales previsiones excesivas (por ejemplo, para créditos incobrables o para despidos), cuestión esta última que también distorsiona el valor contable o de libros de la sociedad; computar los intangibles, como las invenciones de productos o procedimientos, las marcas, los derechos de autor (por ejemplo, programas de computación, dibujos, modelos industriales), concesiones, licencias de uso, y demás rubros que quedan comprendidos en el denominado “valor llave”¹⁴ (la reputación de la compañía en el mercado, ubicación geográfica, clientela, eficacia de su organización, la capacidad de sus gerentes, las buenas relaciones con el personal, el aprovechamiento de leyes que otorgan ventajas, como la exención de determinados impuestos durante ciertos lapsos)¹⁵.

IV- Conclusiones.

1. La regla general es que el derecho al dividendo es la causa fin (artículo 281 del Código Civil y Comercial). del contrato de sociedad (arg. artículos 1, 66 inc.3,4 y 7, y 70 LGS). Por supuesto que ella no se aplica si los socios en el acto constitutivo o, posteriormente, quienes representan el 100% del capital social, deciden lo contrario.
2. La no distribución de dividendos debe estar debidamente justificada a fin de descartar que ello no es la manifestación de un ejercicio abusivo de sus derechos por parte de la mayoría

DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO. Sociedades 2003-2, pág. 127, refiriendo que el artículo 193 de la L.S.C. prevé la exclusión del accionista por no integración del aporte; ZUNINO, Jorge O. Disolución y Liquidación. Tomo 1. Bs. As. Astrea. 1987. p.82; FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. y SPAGNOLO, Lucía. La exclusión de socio en la sociedad anónima personalísima por vía de la desestimación del tipo social, en La actuación societaria. Bs. As. Ad Hoc. 2005, p.156 y sigs.; en contra, NISSEN, Ricardo A. Algunas cuestiones sobre la exclusión de socios, en La actuación societaria. Bs. As. Ad Hoc. 2005, p. 161. y sig., considerando que la exclusión debe aplicarse a las sociedades anónimas cerradas o de familia, pero para ello es necesario una reforma legislativa

12 Inclusive para la relación de canje en los procesos de escisión y fusión, o para determinar el valor de la prima cuando ante la diferencia entre el valor nominal y el valor real corresponde emitir con prima.

13 Se ha considerado que este desfase entre los valores de libros de las compañías y sus valores de mercado ya no genera curiosidad entre los especialistas dado que hay consenso generalizado y suficiente evidencia empírica que demuestra la incapacidad de los principios y normas contables generalmente aceptados para reflejar los principales determinantes de creación de valor en las compañías (Rossi, M. Determinants of the relationship between strategic performance and shareholder's valuecreation. Social Sciences Research Network, www.ssrn.com.). . Ballow, Burgman, & Molnar trabajando con muestras de 2000 empresas de todos los sectores de la economía en EE.UU. determinaron que el valor de mercado de las mismas superaba entre 3,5 a 4 veces su valor contable, llegando a la conclusión que la contabilidad sólo podría explicar menos del 25% del valor de las empresas (Ballow, J., Burgman, R., & Molnar, M. Managing for shareholder value: intangibles, future value and investment decisions. Journal of Business Strategy. 25, (3), 26-34. 2004.)

14 VERON, Alberto V. “Los Balances” -Tratado sobre los Estados Contables-, Tomo II, Errepar, pág. 127.

15 Sobre el particular puede verse FOWLER NEWTON, Enrique. Contabilidad Superior. Ediciones Macchi. Bs. As. 2001. Tomo 1. p. 630 y sigs.

3. Son nulas las decisiones por las cuales no se distribuyen dividendos cuando no existe justificación para que la sociedad las retenga. El juez que entiende en la impugnación, tiene jurisdicción para ordenarle a la sociedad la celebración de una nueva asamblea para tratar el tema si ello integra la pretensión del impugnante.
4. En una sociedad cerrada, familiar o de amigos, o que combina una y otra característica, cualquiera sea el tipo social, es lícita una cláusula que prevé el retiro unilateral del socio (artículo 89 de la LGS), quedando comprendida en él la posibilidad de ejercer este derecho ante la no distribución periódica de dividendos.
5. Es conveniente en una próxima reforma prever el derecho del socio de retirarse de la sociedad ante la retención indebida de utilidades por parte de la sociedad.
6. La suma a pagar por la participación del socio que se retira debe fijarse aplicando fórmulas de cálculo que impliquen no apartarse notoriamente de su valor real (arg. artículo 13 inc. 5 de la LGS). No se cumple con ello si se aplican valores contables conforme el último estado contable de cierre de ejercicio.

ARBITRAJE SOCIETARIO: ¿ES OPONIBLE A TERCEROS?

Lorena R. Schneider

1. Marco introductorio

Inicialmente debe decirse que las vías judicial y arbitral se excluyen entre sí y, por tanto, elegida la arbitral no puede someterse la cuestión a los órganos judiciales, quedando limitada la posibilidad de un pronunciamiento jurisdiccional a la acción para la nulidad del laudo, siempre que ello sea atendiendo a las causales taxativamente establecidas. Sin embargo, la equivalencia (denominada “*equivalencia jurisdiccional*”¹), entre una resolución judicial y una arbitral se refiere tan solo a la equivalencia en sus efectos, es decir a que ambas producen el efecto de cosa juzgada y son igualmente susceptibles de ejecución forzosa.

Así, el arbitraje es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción, salvo -claro está-, un laudo incoherente o absurdo. Allí debe estar el límite del control judicial² si se desea mantener el nivel de autonomía del arbitraje, como instrumento válido para la resolución de conflictos.

Es importante resaltar que en la República Argentina el sistema arbitral es muy reciente -pese a la existencia de antecedentes importantes en los albores de la organización social -sea a través de las primeras normas de 1880 que se encuentran (Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires), o en los precedentes judiciales³ que datan de 1920 o por los tratados⁴ de los que forma parte.

Así, en agosto de 2015 se reguló el contrato de arbitraje en el CCyCN (arts. 1649 y s.s., Ley 26.664) y, en 2018, se promulgó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (Ley 27.449, en adelante LACI). Ello pone en resalto la diferencia con otros países -incluso de nuestra región-, que cuentan con leyes de arbitraje de más de 30 años.

2. Arbitraje societario y la cláusula arbitral

La Ley procesal española de 1830, incorpora en su artículo 255 la figura del arbitraje forzoso cuando se trataba de dirimir controversias entre socios, recogida antes por el *Código de las Siete Partidas* (Partida V, 10,5) y luego por las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Este mismo fenómeno se presenta también en el derecho histórico francés, en donde la obligatoriedad del arbitraje aparece ya en un edicto del mes agosto de 1560, dictado durante el reinado

1 A través de ella las partes pueden obtener los mismos objetivos que con relación a la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)” (STC núm. 174/1995, 23 noviembre 1995, F.J. 3). Sin embargo -es importante remarcarlo-, dicha expresión no puede atribuirse como una exigencia de identidad entre ambos tipos de procesos.

2 Para el órgano judicial, una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por motivos apreciables de oficio, las partes no pueden disponer de la acción de anulación, sustrayendo al tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable.

3 Por ejemplo, CSJN, de 1920 en caso “Couto y Cía c/ Propietarios del velero Northland”, *id.*, 1922, “YPF c/ armadores”.

4 Convención de Nueva York de 1958, Convención de Viena de 1980, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCTRAL, de 1985 con enmiendas del año 2006, entre los más destacados.

de Francisco II de Francia, que hizo obligatorio el arbitraje en los negocios entre parientes y entre comerciantes por asuntos relativos a su comercio, lo que alcanzaba por ende a los socios de sociedades mercantiles⁵.

Posteriormente, la *Ordonnance de Commerce Terrestre* de 1673, iniciativa esta vez del ministro Jean-Baptiste Colbert durante el reinado de Luis XIV, estableció la obligatoriedad del arbitraje respecto de los conflictos surgidos entre socios de compañías mercantiles, prescribiendo al efecto que todo estatuto social debía contener “*la cláusula de someterse a los árbitros para las controversias que sobrevengan entre los asociados y, aun cuando la cláusula fuere omitida, uno de los asociados podrá nombrarlo, estando los demás obligados a actuar de igual manera pues, en caso contrario, será nombrado por el Juez para quienes se han rehusado a hacerlo*”. Poco más de un siglo después, la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 reiteró el carácter obligatorio del arbitraje en materia de conflictos societarios y, por último, el Código de Comercio francés de 1807 amplió la mencionada figura forzosa a las sociedades de capital, al señalar en su art. 51 que “*toda controversia entre socios y por razón de la sociedad, será juzgada por árbitros*”⁶.

Inicialmente, debe sentarse la idea de que la *cláusula arbitral* es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes consienten en someter asuntos litigiosos futuros y eventuales que deriven de un contrato, a la decisión de una o más personas (árbitros). Se trata, pues, de un acto jurídicamente complejo que se establece bajo la forma de un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales.

Así, estamos dentro del campo de la autonomía de la voluntad y las partes serán libres para someter o no dichos asuntos –siempre que ellos sean disponibles –, al conocimiento de árbitros. ¿Significa entonces que el convenio arbitral no podrá extenderse a terceros no signatarios? ¿No podrá oponérseles?

Para Fernández Rozas los efectos de la cláusula arbitral válida “sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra; en este sentido, la cuestión, en ocasiones, se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral”. Ello encuentra sustento para nosotros, en la regla general que explica que el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley (efectos relativos de los contratos, art. 1021, CCyCN).

Ello significa que el contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal (art. 1022, CCyCN).

El problema, entonces, pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no de eficacia de éste. El convenio arbitral sólo conoce un tipo de eficacia positiva contractual y es, en sentido estricto, *inter partes*⁷.

De tal modo, el acuerdo de arbitraje, por regla general, está informado por el principio del efecto relativo de los contratos. Por ello, la jurisdicción del árbitro solo alcanza a quienes han manifestado su voluntad expresa de ser parte del acuerdo. Sin embargo, la práctica da cuenta de una serie de situaciones en que la aplicación estricta de dicho principio no se

5 JEQUIER LEHUEDE, E, “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable”, *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 2, 2015, p. 213.

6 *Ibidem*.

7 SOTO COAGUILA, C, “*Tratado de derecho arbitral. El acuerdo arbitral*”, t. I, Grupo ed. Ibañez, 2011, Perú, p. 783.

condice con la realidad y se vuelve necesario revisar el alcance subjetivo del acuerdo.

A diferencia de lo que ocurre con la justicia ordinaria, la jurisdicción arbitral nace únicamente cuando las partes de una relación jurídica expresan su voluntad de someterse al juzgamiento de un árbitro. Sin entrar a repetir la clásica discusión acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, “independientemente del carácter contractual o jurisdiccional que se atribuya al arbitraje como institución, la naturaleza contractual del convenio arbitral resulta incuestionable”. Entendido así el arbitraje, la doctrina mayoritaria sostiene que, como principio general, esta institución solo alcanzará con sus efectos a quienes sean parte, expresa y voluntariamente, de la relación contractual que la origina, esto es, el acuerdo arbitral⁸.

Así lo reflejan normas de tanta relevancia en el ámbito internacional como el art. II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrito en Nueva York en 1958 o el art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. En aplicación de estos textos, la jurisprudencia internacional entendió que resulta necesario que el pacto de sometimiento a arbitraje conste por escrito y sea suscrito por las partes.

Sin embargo, al margen de alguna resolución aislada anterior a la década de los 80, fue especialmente a partir de ésta cuando los Tribunales de distintas jurisdicciones empezaron a dictar una serie de resoluciones –en particular, la jurisdicción francesa–, en las que se admitía que ciertos terceros pudieran hallarse concernidos por una cláusula compromisoria incorporada a un contrato que no habían suscrito. Doctrina científica y jurisprudencia ha venido refiriéndose a este fenómeno como la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios, dentro de la cual se enmarcan diversos supuestos en los que cabe entender que la cláusula de sometimiento a arbitraje extiende su ámbito subjetivo más allá de las partes que la han suscrito. Los grupos de casos comúnmente más conocidos son: (i) el *estoppel* o Teoría de los actos propios y principio de buena fe; (ii) el *levantamiento del velo societario*, (iii) el *grupo de sociedades* y (iv) cesión, agencia y sucesión⁹.

En lo que aquí concierne –el ámbito societario–, cobra relevancia el instituto del levantamiento del velo societario en cuanto busca prescindir de algunas de las características de la personalidad jurídica, típicamente la de la limitación de responsabilidad y el grupo de sociedades, ello es cuando aparecen de una otra forma vinculadas por el acuerdo contractual, como interesadas o implicadas en la ejecución o formando una unidad económica o explícitamente nombradas en el pacto.

Lo que se busca no es realmente atraer al arbitraje a personas o entidades que son absolutamente ajenas a la relación contractual; sino de revelar la calidad de parte en quienes aparecen como terceros desde la óptica formal del contrato, por no comparecer al acuerdo arbitral mediante la suscripción del mismo, pero que deben ser alcanzados por los efectos del mismo en virtud de su vinculación material en la relación sustantiva que es objeto del arbitraje¹⁰.

La doctrina distingue entre quienes son realmente terceros y quienes solo son terceros en apariencia. Respecto de los primeros, esto es, aquellos que no tienen ninguna vinculación material con la relación jurídica a que está referido el acuerdo arbitral, los efectos del acuerdo arbitral nunca podrán afectarlos en cuanto a su inclusión en el juicio arbitral, es decir, no

8 LABBE AROCA, J, “La extensión del acuerdo de arbitraje a terceros aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: análisis de algunas teorías”, RDUCN vol. 25 no.2 Coquimbo dic. 2018, p. 11.

9 PÉREZ DELA CRUZ OÑA, J, - NAVARRO GIMENEZ, S, - BRAVO ABOLAFIA, L, “La extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes”, p. 405.

10 LABBE AROCA, J, ob. cit., p. 12.

podrán ser incorporados nunca como partes. Se habla de “terceros aparentes” y señala que “si se revisa el convenio se verá que estos no están incluidos en él de manera expresa, pero si se indaga un poco más se llegará a la inevitable solución de que son partes de aquel, en otras palabras, en este [...] caso no se trata de terceros, sino de auténticas partes¹¹.”

Pues bien, si para el Derecho i) el arbitraje es un contrato y, ii) el contrato es *obligatorio para las partes y tiene efectos relativos* (solo tiene efecto entre las partes, no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley) ¿cómo, entonces, cabrá admitir que ciertos terceros puedan hallarse concernidos por una cláusula compromisoria incorporada a un contrato que no habían suscrito?

Para comenzar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su art. 1, al fijar el ámbito de aplicación establece: 1) “La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado” y es la misma Ley Modelo la que -al definir el arbitraje comercial-, lo hace indicando que debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, *contractuales o no*.

A saber, nuestro CCyCN –art. 1649-, define al contrato de arbitraje en similar sentido al establecer que estamos ante él cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, *contractual o no contractual*, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público. En un mismo sentido se pronuncia el art. 14, de la reciente Ley 27.449, de Arbitraje Comercial Internacional argentina.

3. Posibilidad de extender los efectos del acuerdo a terceros no signatarios

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos no existe una norma expresa que resuelva estos casos, la excepción la constituye el Derecho inglés que contempla una previsión sobre esta materia en la sección 8º, de la *Contracts Act —1999—*¹², que acoge la posibilidad de oponer el contrato arbitral frente a terceros.

Más recientemente, Perú, en Decreto Legislativo 1071, del año 2008¹³, en su art. 14 establece: “el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos”.

Entre los precedentes arbitrales, quizás el más importante hasta ahora sea la sentencia “*Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*” (Paris, CCI 4131/1982)¹⁴, en el que quedó establecido que “independientemente de la identidad jurídica distinta de cada uno de sus miembros, un grupo de empresas constituye una y la misma realidad económica (*une réalité économique unique*) que el tribunal arbitral debe tener en cuenta cuando se pronuncie sobre su propia jurisdicción con sujeción al artículo 13 (versión de 1955) o el artículo 8 (versión de 1975) del Reglamento de la CCI, y en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debe obligar a las demás

11 Ibidem.

12 Fuente: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/section/8>.

13 Fuente: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf).

14 Fuente: https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq/ (trad. por la autora del presente trabajo).

sociedades que, en virtud de su papel en la celebración, ejecución o extinción de los contratos que contengan dichas cláusulas, y de conformidad con la intención mutua de todas las partes en el procedimiento, parecen haber sido verdaderas partes en estos contratos o haber sido principalmente afectados por ellos y las disputas a las que pueden dar lugar". En tal sentido, la voluntad puede haber sido manifestada de manera implícita y, así, permitir la extensión de sus efectos en un "delicado balance entre la certeza y la buena fe, que impide que el demandado que pactó el arbitraje se sustraiga a sus obligaciones, utilizando el "velo" que le concede el grupo social, pero también exige que un no-parte se vea implicado sólo por su pertenencia al grupo social"¹⁵.

Así, en el caso ICC N° 5103¹⁶, el Tribunal Arbitral consideró que se han cumplido las condiciones para reconocer la unidad del grupo, habiendo participado todas las sociedades que lo integran, en una confusión tan real como aparente, en una compleja relación contractual internacional en la que el interés del grupo prevaleció sobre el de cada uno de ellos. La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que se tenga en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan solidariamente de las deudas de las que directa o indirectamente se hayan beneficiado en esta ocasión. Además, esta admisión de solidaridad recíproca, activa y pasiva, en las relaciones entre las sociedades pertenecientes a un mismo grupo es conforme a las posiciones expresa o implícitamente adoptadas por todos los demandantes y demandados, con equidad, y no es contraria a ninguna regla de orden público internacional de los ordenamientos jurídicos francés.

En términos similares, en el caso "Elf Aquitaine c. Grupo Orri", la Corte sostuvo la validez del laudo que había declarado personalmente sujeto a la cláusula arbitral al controlante de varias empresas (el Señor Mohamed Abdul Rahman Orri) al haberse acreditado que los negocios eran realizados a través de varias sociedades, todas ellas controladas por él. Dijo la Corte que, de acuerdo con los usos y costumbres del comercio internacional, la cláusula compromisoria incluida en un contrato internacional puede extenderse a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato. En otro caso, la Corte de Apelaciones de París fue más allá, considerando que el solo hecho de que el transportador haya participado en la operación implica su sumisión a la cláusula arbitral contenida en la convención de base entre las partes del contrato principal, de modo que la extensión de sus efectos a un no-signatario ya no depende de la pertenencia a un grupo de sociedades, sino que puede provenir de la participación de una operación de comercio internacional¹⁷.

Asimismo, el recurso de anulación deducido contra el laudo arbitral dictado en el caso "Société Ofer Brothers c. The Tokio Marine and Fire Insurance Co.", el Tribunal confirmó el laudo utilizando la misma fórmula de "Kis France" al reconocer la validez del laudo que extendía la cláusula arbitral a una parte no signataria. Allí sostuvo que es posible extender sus efectos "a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, cuando su situación y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esa cláusula, estipulada de conformidad con los usos y costumbres del comercio internacional"¹⁸.

15 FRESNEDO DE A, C, "El Acuerdo Arbitral Como Piedra Angular del Arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez", OEA, en "Arbitraje comercial internacional. Reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales extranjeros", OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XIX.15) ISBN 978-0-8270-6235-1 p. 182.

16 ICC Award No. 5103, Clunet 1988, at 1206 et seq. Fuente: https://www.trans-lex.org/205103/_/icc-award-no-5103-clunet-1988-at-1206-et-seq/ (trad. por la autora del presente trabajo).

17 CAIVANO, R, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", Lima Arbitration, N° 1, 2006, p. 126.

18 Ibidem, p. 129.

Como puede verse, de los breves casos analizados se desprende la posibilidad de extender los efectos del acuerdo arbitral a los terceros. Pero ¿qué terceros? ¿Cualquier tercero? En modo alguno, el tercero aquí alcanzado es únicamente aquel con el que se haya desplegado un comportamiento contrario al principio de buena fe que intente ser excluido del compromiso sólo por no haber sido signatario de dicho acuerdo, lo que no es otra cosa que la aplicación del *estoppel*¹⁹.

4. Breves notas finales

El acuerdo arbitral –como acto complejo–, en principio vale exclusivamente entre partes signatarias; ello supone que solo en determinados supuestos puedan extenderse hacia los terceros sus efectos.

De tal manera, la extensión de los efectos de cláusula compromisoria a los terceros no resultará cuestión fácil. Requerirá de una delicada ponderación de los intereses que se hallen en juego. Requerirá, además, del entendimiento de que no existen una fórmula general para todos los casos, sino que la cuestión de determinará en cada caso en particular y con sobre las pruebas que aporte –y logre acreditar, como es lógico–, quien alegue dicha extensión (v.gr. implicancia directa entre sociedades, participación activa en el negocio, existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, rol activo en las negociaciones del acuerdo arbitral, entre otras)²⁰.

Siguiendo a Caivano²¹ y como aclaración final sobre el tema, conviene precisar que una cosa es admitir que un no-signatario pueda invocar la cláusula de arbitraje —o aún que ésta pueda serle oponible— y otra diferente es derivar de allí, en forma automática, que el no-signatario puede ser responsabilizado por los eventuales incumplimientos contractuales. Si bien puede existir una relación entre ambas situaciones, son aspectos diferentes. Como explica Suárez Anzorena, la imputación de los efectos de la cláusula arbitral opera en el marco de los poderes del tribunal arbitral y define los alcances de su jurisdicción, mientras que la responsabilidad opera en el marco del derecho sustancial que rige la relación entre las partes e implica evaluar los méritos de la demanda y, en su caso, determinar sobre quién recaen las obligaciones del contrato. Si bien muchas veces las mismas circunstancias que determinan la extensión de los efectos del acuerdo arbitral sirven para determinar su responsabilidad por las consecuencias que se derivan del incumplimiento, “*de una cosa no se sigue necesariamente la otra*” ya que puede haber casos en que existan elementos para extender la jurisdicción arbitral a un no-signatario, pero no para establecer su responsabilidad a la luz del contrato.

19 El *estoppel* anglosajón evolucionó desde la teoría del “*estoppel by matter in pais*”, y con el correr del tiempo, se desarrolló hasta su forma moderna de *estoppel por representación*, que el common law define así: “Cuando una persona (representador) ha hecho una representación de los hechos a otra persona (representado) ya sea por sus palabras o los actos de su conducta, o (encontrándose en el deber legal de hablar o actuar) por su silencio o inacción, con la intención (actual o presunta) y con el resultado de inducir al representado, en base a su [buena] fe en dicha representación, a alterar su posición en detrimento propio, el representador, en cualquier litigio que eventualmente tenga lugar entre él y el representado, incurre en *estoppel*, está impedido, ante el representado, de hacer, o intentar establecer mediante evidencias, cualquier aseveración sustancialmente diferente de su representación previa, si el representado lo objeta en la ocasión oportuna y en la manera apropiada”, conf. VASALLO, F., “*El Estoppel: dificultades para definir una regla en derecho internacional y el rol deslucido de la Corte Internacional de Justicia*”, Lecciones y Ensayos, Nro. 91, 2013, p. 182.

20 Ello se desprende del caso CCI N° 6519, en el que si bien no se extendieron los efectos a los terceros, se dejó sentado que la falta de prueba de dichos extremos fueron los que imposibilitaron la extensión de los efectos.

21 CAIVANO, R, ob. cit., p. 130.

COMISIÓN II:
FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO,
RESPONSABILIDAD, CAUSALES
DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

Tema 3:
INTERVENCIÓN JUDICIAL Y
ADMINISTRATIVA DE SOCIEDADES.
MEDIDAS CAUTELARES.

INTERVENCIÓN DE SOCIEDADES EN PROCESOS DE FAMILIA

E. Daniel Balonas

SUMARIO

En el marco de los procesos de familia el Juez, o los interventores que este designe, no pueden tener mayores facultades que las que tendrían, en su conjunto, los cónyuges involucrados en el proceso. Existiendo otros socios -genuinos- la medida no puede exceder del nombramiento de un interventor que administre la participación social de los cónyuges con los mismos derechos que tal participación les otorgue a ellos.

PONENCIA

1.

Cada vez con mayor frecuencia encontramos que, en procesos de familia, se deciden medidas cautelares de intervención de sociedades, en todas sus graduaciones, incluso la intervención plena.

El origen puede ser un divorcio conflictivo del que se derivan acciones de disolución de la sociedad conyugal, así como medidas cautelares previas, tendientes a proteger el patrimonio conyugal (conf. Art. 722 del Código Civil y Comercial).

Tales medidas se deciden sin el análisis restrictivo que impone la Ley 19550 y en alguna medida es lógico que así sea, ya que los principios y bienes jurídicos tutelados en el derecho de familia no son los mismos que los que presiden el derecho comercial.

Sin embargo, en el análisis previo al otorgamiento de tales medidas no puede soslayarse que ello tiene como particularidad que la sociedad, aun siendo un sujeto de derecho distinto -y absolutamente ajeno- a las partes involucradas en el proceso de familia, es la principal afectada.

2.

De ningún modo cuestionamos la facultad del magistrado a, en tales casos, y cuando las circunstancias así lo indican, acudir a la intervención judicial si considera que ella es la medida cautelar más adecuada para tutelar los intereses que las partes someten a su jurisdicción.

Más hemos de llamar la atención sobre los casos en que resultan afectados no solo la sociedad, sino además otros socios de la misma y la necesaria revisión de los límites del conflicto familiar.

3.

Anticipamos que descartamos el supuesto de la sociedad que no sea tal, por encubrir un negocio personal del cónyuge o matrimonio -aún integrada con testaferros-, o bien si se tratara de una sociedad unipersonal de uno de los cónyuges o integrada solo por ellos dos en una comunidad aún no disuelta. Tal supuesto merecería otro análisis que no es el que haremos en este trabajo.

4.

Más cuando el (o los) cónyuge(s) integran la sociedad con terceros, el magistrado no puede, en su potestad de dictar medidas cautelares, afectar ni a la sociedad ni a esos terceros. El fundamento a tal afirmación lo podemos encontrar en la histórica limitación de las medidas cautelares en cuanto a que no pueden perjudicar a terceros ajenos al proceso, como en las propias limitaciones derivadas de una correcta interpretación del art. 115 de la LGS, en cuanto a que el interventor no puede tener mayores facultades que las que estatutariamente tienen los administradores.

Tal norma, así como la restrictividad del Art. 114 LGS, son de necesaria aplicación si se va a afectar a la sociedad, sin ser esta parte en el proceso, y aun cuando la intervención se funde en normas de los códigos procesales, que resultan insuficientes para intervenir a un sujeto ajeno al litigio.

5.

Sobre tal base entendemos que, existiendo otros socios -genuinos-, el juez puede, de corresponder, intervenir la participación societaria de él (o los) cónyuge(s) que son parte en el proceso, disponiendo que tal interventor administre su participación social, mas sin tener mayores facultades que las que los propios socios tendrían.

Pero no tiene facultades -en este caso el juez de familia- para intervenir directamente la sociedad.

Si el interventor lo considerase necesario, por advertir que los otros socios impiden cumplir sus funciones, tiene a su disposición, en el ámbito del derecho comercial, las mismas herramientas que todo socio.

Una interpretación distinta llevaría a que, en el marco de un divorcio, los socios tendrían mejores derechos que aquellos que no se divorcian, lo que nos permite asegurar que aquí se encuentra el límite a las facultades del Juez de Familia.

LA INTERVENCIÓN SOCIETARIA COMO ACCIÓN AUTÓNOMA

Andrea Belmaña Llorente

SUMARIO

La acción de intervención societaria puede ser interpuesta bajo los lineamientos de la Ley General de Sociedades, o bien como medida cautelar genérica regulada por los códigos procesales. En el segundo caso, configura una acción autónoma bajo la forma de medida autosatisfactiva. Es posible establecer diferentes tipologías de aplicación, a la luz de la reciente jurisprudencia.

I. Normativa aplicable. La intervención como acción autónoma.

Ley General de Sociedades introduce a partir del art. 113, la figura de la intervención del ente social para aquellos casos en que los administradores realicen actos o incurran en omisiones que pongan en grave peligro su desenvolvimiento o existencia. Exige como recaudos de procedencia: acreditar la condición de socio del peticionante, existencia del peligro y su gravedad, así como haber agotado los recursos internos establecidos en el contrato social. Por último, debe haber sido promovida acción de remoción contra los administradores naturales. Tradicionalmente y a la luz del citado ordenamiento, el instituto se considerado un mecanismo para prevenir un actuar desventajoso por parte de quien detenta la administración del ente, mientras se tramita el juicio de remoción en su contra, configurando una acción accesoria o subsidiaria de dicho proceso. De igual manera, se ha propiciado una aplicación restrictiva y privilegiado las modalidades de intervención-veeduría o intervención-coadministración (antes que la plena), en el entendimiento de que la intromisión en la vida interna de la persona jurídica debe atenerse a un actuar imprescindible que procure su regularización y adecuado funcionamiento. De esto, existe basta jurisprudencia.

Sin embargo, tal como indica Junyent Bas: *“cabe recordar que tanto el rito nacional como el local establecen que, además de las medidas cautelares de intervención o administración judiciales autorizadas por leyes sustanciales, que quedan sujetas al régimen establecido por ellas, podrán disponerse las que se regulan en los códigos procesales.”*¹. De ese modo, debe efectuarse un análisis armónico y sistémico de la norma especial (LGS) y las procesales (Código de Procedimiento Civil y Comercial Nacional y los provinciales). Estos últimos (códigos de rito), establecen la cautelar en estudio mediante dos figuras: intervector-veedor e intervector-recaudador (arts. 475 a 480, CPCC; arts. 222 a 227, CPCCN). En forma paralela a las dos figuras precitadas, la normativa procesal contiene siempre una cautelar genérica, que resguarda las situaciones no contempladas específicamente en el ordenamiento y permite impartir una cautelar innominada y carente de regulación, como así también dotar de flexibilidad a una prevista y regulada, adaptándola a las particularidades requeridas en el contexto. También es posible conjugar dos o más medidas cautelares

¹ La intervención societaria y su convergencia con la normativa procesal, Francisco Junyent Bas. Origen: Foro de Córdoba. Suplemento de Derecho Procesal; 2004 no. 9, p. 19-42.

existentes, dando lugar a una de contenido sui generis (art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). A la sazón, el código procesal cordobés, expresa en el art. 484: *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”*. De más está decir, que será necesario probar la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y ofrecer contracautela.

En concreto, el actor tendrá como opciones: solicitar una medida cautelar accesoria al proceso de remoción, con los recaudos exigidos por la LGS (entre ellos, acreditar la calidad de socio), o bien hacerlo bajo los términos de la normativa procesal local, echando mano a la figura de la cautelar genérica. En este caso, no es necesario el inicio de la acción de remoción, ni revestir la calidad de socio, en tanto el interés puede ser personal y no social.

II. La intervención como medida autosatisfactiva.

Es cierto que, en la gran mayoría de los casos, la intervención adquiere la forma de una medida cautelar solicitada en relación a la acción de remoción. Sin embargo, ello no es excluyente: existen diversos supuestos en los que el objeto principal del pleito es, justamente, lograr la intervención societaria. En tal caso, estaremos frente a una medida autosatisfactiva: *“las medidas autosatisfactivas... llegan al espacio societario en donde resultan cada vez más aplicables debido a su neto corte procesal, a que se realizan inaudita parte y se complementan como plena acción autónoma, ya que no depende de una cuestión principal, sino que se agotan en sí mismas con el solo dictado de la medida.”*²

El instituto no se encuentra legislado expresamente, se trata de una construcción doctrinaria y jurisprudencial que busca dar una pronta respuesta a situaciones más o menos urgentes, sobre las cuales pesa un vacío legal. Explica Novellino³, que ella constituye un proceso urgente, autónomo, despachable inaudita parte, siendo una medida dictada in extremis, con carácter no cautelar y de naturaleza contenciosa, que tiene por objeto dar una pronta y eficaz respuesta a situaciones que requieren una inmediata intervención del órgano jurisdiccional. Para su concesión, se precisa probar sumariamente la verosimilitud “calificada” del derecho material alegado, signado por una fuerte atendibilidad.⁴

III. Casuística.

Sin ánimo de agotar las hipótesis, fundaremos nuestra postura en torno a la **autonomía de la acción**, en sendos casos de jurisprudencia actualizada, elegidos al azar y agrupados en cuatro tipologías testigo.

1. Posible comisión de delitos por parte de administradores y socios. Ante la conmoción pública que provocó una andanada de imputaciones penales en torno a los directivos y socios de Generación Zoe S.A. (debido a sospechas de captación de ahorro público con promesas incumplidas, sospechas de estafa piramidal y prestación de servicios financieros de forma ilegítima, entre otros), la Inspección General de Justicia inició formal demanda

² Roberto J. Cornet; ob. Cit. p.529.

³ De De La Rúa Angelina, Rodríguez Juárez M., ob. citada, pag. 863.

⁴ Peyrano, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, ED, 169-1347.

por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial Nro. 14 sito en CABA –donde se encontraba radicada la sede social- solicitando la intervención plena del ente y la inhibición de los administradores y accionistas, dando inicio a los rotulados: ‘Inspección General de Justicia c/ Generación Zoe S.A.’. Con fecha 09.03.2022, el tribunal hizo lugar a la intervención plena de la sociedad por un plazo de seis meses, dictando también a la inhibición general de bienes respecto de los directores y accionistas. En la demanda, la IPJ invocó la potestad para defender el interés común que le confiere el art. 301 inc. 2 de la LGS y el poder de policía insito en la Ley 22.315. Por su parte, el tribunal expresó: “...no se podrá exigir a la I.G.J. que acredite el peligro grave para la sociedad (en tanto protege el interés común), **ni haber promovido la acción de remoción, ni que acredite la calidad de socio ni que ha agotado los recursos internos, aunque sí que acredite el peligro inminente y grave en la demora y demás extremos del sistema general...**”⁵, (la negrita me pertenece). En tal contexto, habiendo sido dictada prisión preventiva o bien orden de captura internacional sobre la totalidad de los administradores sociales y encontrándose imputados los accionistas, el tribunal consideró la medida sobradamente justificada.

2. Participaciones accionarias en paridad: imposibilidad de designar autoridades. En autos ‘Fundación Seranouch y Boghos Arzoumanian v. B. Arzoumanian y Cía S.A.’⁶, el a quo había rechazado el pedido de intervención societaria incoado, por cuanto no era accesorio de acción de remoción alguna. Apelado el decisorio, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala FC. Nac. Com., sala F, con fecha 07/06/2011, manifestó que la intervención se justificaba en las circunstancias particulares del caso: negativa del administrador con mandato vencido para continuar ejerciendo su cargo hasta que se nombrase sucesor, así como la falta de acuerdo en las decisiones asamblearias de los únicos dos socios con paridad accionaria. Tales extremos, que hacían peligrar distintos aspectos urgentes de la vida social, fueron fundamento para el nombramiento de un interventor con plenitud de facultades por 120 días, o plazo menor si mediaba acuerdo sobre el nombramiento (lo que aconteciera primero).

En un fallo dictado por la misma Sala, al conceder este tipo de medidas autosatisfactivas, el tribunal precisó la necesidad de una verosimilitud calificada y de una urgencia impostergable: “no sólo se ha de consumir el tiempo propio del debate, sino también el derecho que se procura obtener con la pretensión del proceso”⁷. Por otra parte, en autos ‘Agote Sergio Fernando c. PH Sistemas SRL y otros s/ medida precautoria s/ incidente de actuaciones por separado - Exp. COM37.175/2013’, dicho tribunal expresó: “es misión del tribunal buscar el justo equilibrio entre los intereses en juego, atendiendo siempre el porvenir de la persona colectiva, sin tomar una injerencia infundada en los negocios del ente, pero sin esperar que éste se desmorone para nombrarle judicialmente un administrador”.

En el mismo sentido, se pronunció la Sala “E” el 08/02/2013 de la Cámara Nacional en lo Comercial, in re: ‘Burgwardt y Cía. SAIC y AG’ (Expte. 7036/2011), donde acaeció el vencimiento del mandato de los directores y se frustró de la selección de sus reemplazantes, a

5 El fallo se puede consultar en <http://www.sajj.gov.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-comercial-nro-14-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-inspeccion-general-justicia-generacion-zoe-sa-medida-precautoria-fa22130003-2022-03-09/123456789-300-0312-20ts-eupmocsollaf?> . También ver: ‘La intervención comercial a Generación Zoe SA. A propósito de la demanda instaurada por la IGJ’. Junyent Bas, Francisco. Semanario Jurídico N° 2352/2022, p. 725.

6 Cita: TR LALEY 1/3662.

7 Sala F, 14/04/2011, “L. P., H. M. c. Inmobiliaria SAICFIA SA y ocs. s/ medida precautoria”, Exp. COM.69641/2009

causa de la paridad accionaria de los socios.

3. Acefalía. La jurisprudencia ha considerado que, ante un virtual estado de acefalía, la falta de promoción de la acción de remoción de los administradores no puede servir de fundamento para el rechazo de la demanda de intervención judicial. En tal sentido se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, in re: 'Mihanovich, Fernando Segundo c. Bracorp SA s/ ordinario'⁸. En dichos obrados, se solicitó una medida precautoria en el marco del art. 250 del Código de Procedimiento Civil y Comercial Nacional. El tribunal concedió la cautelar con fecha 11.03.2013, por entender que la medida brindaría resguardo a los intereses de la sociedad, mayor transparencia a la administración, así como que la inclusión de un idóneo en el manejo de la empresa, evitaría los desequilibrios provocados por intereses personales de los socios. Expresa el fallo: *"...siguiendo el razonamiento de los accionantes, el órgano de dirección y representación de la sociedad se encontraría en virtual estado de «acefalía»... las específicas circunstancias que se verifican en la especie, imponen el dictado de una decisión que atienda y procure evitar mayores daños a la sociedad ante el particular y pertinaz conflicto societario que la aqueja... en el régimen contemporáneo, la intervención es una medida cautelar ordenada en relación con las acciones de muy distintos tipos, y no sólo como medida protectora dispuesta en tanto se tramita una acción de remoción. En ese contexto, **no tiene sentido exigir siempre la interposición de la acción de remoción.** Esta exigencia queda absorbida por la **genérica de toda medida cautelar**, consistente en la interposición de una acción principal, en relación con la cual fuere necesaria la medida cautelar solicitada... en el sub lite, las diferentes acciones de fondo entabladas por los aquí actores, tornan procedente el pedido de intervención judicial."* (la negrita me pertenece).

En idéntica situación, se encontraría una sociedad cuyos únicos socios y administradores (a la sazón cónyuges sin herederos), perecieran o resultaren gravemente heridos por accidente o situación similar. En tal caso, la intervención se impondrá como única forma de llevar adelante la administración: pagos a proveedores y empleados, movimientos bancarios, presentación de declaraciones juradas, etc.

4. Prestación de servicio público. Circunstancias de urgencia, en torno a la debida y regular prestación de servicios públicos, pueden dar lugar a la intervención en forma autónoma. En autos 'Werthein, Gerardo y otros c. Telecom Italia SpA y otros - 27/12/2007', el Juzgado Nacional en lo Comercial Nro. 16, con fecha 27/12/2007, hizo lugar a la acción, nombrando un interventor-veedor, sin solicitar el requisito del inicio de la remoción. Para así decidir, tomó en cuenta que *la adquisición por parte de la principal competidora de acciones de la sociedad cuya intervención se pretende, le permitiría eventualmente ejercer de manera indirecta una influencia sustancial en las decisiones que involucren a ella, con el consecuente riesgo potencial de propender conductas disvaliosas no sólo para la citada sociedad, sino también para los inversores en acciones sujetas a oferta pública, así como consumidores y proveedores del servicio telefónico prestado por aquélla*⁹. Expresó el tribunal: **"No escapa a la consideración del Tribunal que no se encuentra promovida la acción de remoción de directores** prevista por la LS 114, motivo por el cual la intervención judicial no halla sustento puntualmente en la Ley 19.550... sin embargo... **una acentuada**

⁸ Cita on line: TR LALEY AR/JUR/12946/2013

⁹ Cita on line: TR LALEY AR/JUR/18055/2007

flexibilización del régimen de la intervención judicial en las sociedades, se presenta como una impostergable necesidad. La disciplina vigente, desenvuelta principalmente a partir de la interpretación jurisprudencial del artículo 1684 del Código Civil, peca por defecto y por exceso. Por una parte el insoslayable y genérico requisito de acompañar su solicitud con la demanda de remoción de los administradores, propio de las medidas cautelares, puede ser desmesurada y cierra su acceso cuando lo que se persigue es la sola ejecución de algún acto (anteproyecto de modificación a la ley de sociedades comerciales, exposición de motivos provista por los doctores Anaya, Bergel y Etcheverry, ed. *El Derecho*, Boletín n° 6, 23.4.04, pág. 6)."

En innumerables casos, se ha aplicado doctrina similar a las cooperativas. Así, en autos 'Solicitud de intervención judicial inaudita parte - otras acciones societarias - Expte. 7707884', el Juzgado de 1ª Instancia y 13ª Nom. CC (Concursos y Sociedades Nro. 1) de la ciudad de Córdoba, hizo lugar a la intervención judicial de la cooperativa de agua y energía eléctrica de la localidad de Monte Ralo, a solicitud de la Subsecretaría de Cooperativas y Mutuales dependiente del Ministerio de Industria, Comercio y Minería de la Provincia, por el término de 90 días (Sentencia Nro. 600 de fecha 30.11.2018). La solicitud presentada por el organismo de fiscalización, se basaba en el hecho de que tanto los órganos de gobierno, como de administración y fiscalización del ente (Asamblea, Consejo de Administración y Sindicatura), habían dejado de funcionar correcta y legalmente, encontrándose incursos en irregularidades desde hacía años (no se encontraron libros que acreditaran reuniones de socios ni administradores, como así tampoco registros contables de los últimos años), en tanto el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la ley, reglamento y estatuto (Consejo de Administración) y el que facilita el derecho de los asociados (Sindicatura), no habían efectuado observación alguna a las irregularidades señaladas, se dijo también que la Cooperativa de que se trata era prestadora de servicios públicos indispensables para la comunidad nombrada. Es por ello que en virtud de la facultad legal prevista en el art. 100 inc. 10 ap. b de la ley Nacional de Cooperativas, Nro. 20.337, se otorgó la intervención de la Cooperativa de Agua y Energía Eléctrica Limitada de Monte Ralo como una cautelar propia de la ley sustancial en la materia. Cabe poner de resalto, que la resolución probó ser certera, habiendo sido regularizada rápidamente la situación por el interventor designado, quien hizo rubricar libros, organizó la contabilidad del ente y convocó a elección de nuevas autoridades, garantizando por sobre todas las cosas, la prestación del servicio esencial a la comunidad de Monte Ralo, cuyo suministro corría peligro de interrupción indefinida.

En igual sentido, in re: "Solicitud de intervención judicial inaudita parte - otras acciones societarias - Coop. De servicios públicos de Colonia Caroya y Jesús María - Exte. 8747848', mediante Auto Nro. 258 de fecha 07 de octubre de 2019, el Sr. Juez de 1ª Inst. y 39ª Nom. CC (Sociedades y Concursos Nro. 7, Dr. José A. Di Tullio, manifestó: "es imperativa la necesidad de encauzar la situación de la entidad, por lo que solicita la medida de intervención para llegar, una vez saneada económica, financiera e institucionalmente la entidad, a la celebración de una asamblea que garantice el pleno ejercicio de los derechos sociales y asegure el desenvolvimiento normal del ente y la continuidad institucional en el marco de la normativa legal".

En situación análoga, acaecida en el marco de un concurso preventivo, (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 14, in re 'Aerolíneas Argentinas S.A. s/conc. prev. • 18/07/2008'), dos directores de la concursada -nombrados por el Estado Nacional- solicitaron la designación de un interventor judicial con el fin de asegurar el pago de salarios

adeudados a los trabajadores, así como diversas gestiones administrativas y contables cuya omisión –entendieron– entorpecían el funcionamiento de la empresa y la debida prestación del servicio. Puntualmente, luego de solicitar informes a la sindicatura (en tanto controladora del cumplimiento del acuerdo homologado) y a la concursada –bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 24.522-, el juez manifestó que, en todo caso: “los peticionantes deberían canalizar sus peticiones en un proceso de conocimiento más amplio, a los fines de debatir las cuestiones traídas y por la vía autónoma correspondiente.”

Bibliografía

- BUITRAGO SANTIAGO, ‘Presupuestos de aplicación de la intervención judicial societaria’. Abeledo Perrot Córdoba. Doctrina societaria, Nro. 10 año, p. 1049-1053.
- CORNET, ROBERTO J ‘El órgano de administración societaria’. Ed. Mediterránea. Córdoba, 2005.
- DE DE LA RUA, ANGELINA FERREYRA – RODRÍGUEZ JUÁREZ, MANUEL, ‘Manual de Derecho Procesal Civil’ T.II. Alveroni, 2009 Córdoba.
- FILIPPI, LAURA L., ‘El administrador de hecho en la sociedad anónima’. Academia Nac. De Derecho y CCSS de Córdoba, Vol. XLI. Cba, 2005.
- GIUDICI, JUAN P. ‘La intervención judicial societaria desde el punto de vista de los juzgados comerciales de primera instancia.’ Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa ; Nov 2010 no. 2, p. 197-205.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO. ‘La intervención comercial a Generación Zoe SA. A propósito de la demanda instaurada por la IGJ’. Semanario Jurídico N° 2352/2022; ‘La intervención societaria y su convergencia con la normativa procesal’. Foro de Córdoba. Suplemento de Derecho Procesal, año 2004 Nr. 9, p. 19-42.
- MOLINA SANDOVAL, CARLOS A. ‘Intervención judicial de sociedades comerciales. La Ley 2003, Bs. As.; ‘Tratado del Directorio y de la administración societaria’, AbeledoPerrot, 2013 Bs. As.
- NOVELLINO, NORBERTOJ., ‘Embargo y desembargo y demás medidas cautelares’, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
- PAPA, RODOLFO G. ‘Reflexiones sobre la intervención cautelar de sociedades y fideicomisos’. Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), T. XXV/2013.
- MORELLO, AUGUSTO M.-STIGLITZ, GABRIEL, ‘Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos’, Ed. Platense, 1986.

INTERVENCIÓN JUDICIAL SIN REMOCIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. SUPUESTOS DE VIABILIDAD

Laura Filippi¹ y Fernando G. D'Alessandro²

SUMARIO

La intervención judicial de sociedades puede dictarse vinculándola a una cantidad de acciones y supuestos diversos, y no solo ser considerada como una medida netamente asegurativa del resultado de una pretensión sustancial (remoción) sino, según el caso, más bien protectiva.

En esta línea de análisis, procede la intervención judicial sin necesidad de iniciar la acción de remoción, al menos, en el caso de las sociedades concursadas (art. 17 LCQ); como medida autosatisfactiva (art. 1711 CCyCN); a pedido de la autoridad de contralor (art. 303 inc. 2° LGS) y frente a supuestos de disfuncionalidad del órgano de administración, como el caso de acefalía estrictamente hablando, esto es por vacancia o imposibilidad de designación de sus miembros, o asunción de los suplentes, o de otros supuestos que no importan estrictamente vacancia, pero pueden asimilarse a aquélla.

La intervención judicial de sociedades es una figura que plantea -aún a la fecha- un sinfín de cuestiones debatibles, que pivotean sobre su naturaleza, características y aplicación, pero que sin dudas resulta susceptible de contribuir a la resolución de conflictos societarios. Conflictos que hoy no encuentran -en la mayoría de los casos- respuesta adecuada ni oportuna en la Ley General de Sociedades (LGS) a través de sus restantes disposiciones.

Esa procedencia -en cualquiera de sus grados: veeduría, coadministración o administración con desplazamiento- se encontraría supeditada, en lo que aquí interesa, al inicio de la acción de remoción de los administradores por considerársela una medida de naturaleza cautelar y accesoria a la principal (arts. 113 LGS y ccdtes.), según el llamado principio de instrumentalidad.

Ahora bien, entendemos que en la actualidad la intervención judicial constituye una medida que puede decretarse con vinculación a una serie de acciones diversas, en distintos supuestos, y no solo ser considerada una medida netamente asegurativa³.

En este sentido, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, ha entendido -aún con la excepcionalidad del caso- la viabilidad de la medida como forma de resolver, aun provisoriamente, situaciones de gravedad y que afectan la funcionalidad del órgano de administración⁴.

1 Ifilippi@abfa.com.ar Av. Callao 626, 3 piso Oficina 6 CABA. CP: 1022.

2 fgdalessandro@hotmail.com Diag. Roque Sáenz Peña 1211, 2do. Piso, Of. 202 CABA

3 Cabanellas de las Cuevas G. "Derecho Societario" Tomo VIII, Ed. Heliasta, pág. 358.

4 A modo de ejemplo "Corresponde la designación de un interventor judicial con desplazamiento del directorio, cuando la actora, en tanto titular del 50% de las acciones de la sociedad, no dispone de un medio más idóneo para evitar un peligro inminente y concreto al interés social, como el que deriva de la actividad del restante accionista y director en competencia con la sociedad, sin perjuicio de las irregularidades observadas respecto de su funcionamiento, las cuales, no controvertidas por ningún elemento incorporado a las actuaciones, revelan la necesidad de adecuar el mismo a las disposiciones de la ley 19550" (CNCom, Sala D, "Comesaña Graciela Susana

También, la propia Ley de Concursos y Quiebras prevé la intervención judicial (art. 17) y dispone específicamente su procedencia, cuando el deudor o -para mayor precisión- el órgano de administración de “la deudora” contravenga lo establecido por los artículos 16 y 25 o cuando “... oculte bienes, omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, incurra en falsedad en las que produzca o realice algún acto en perjuicio evidente para los acreedores...”. Los “presupuestos” se encuentran, taxativamente mencionados en la Ley 24.522 y abiertos a la casuística en la Ley 19.550⁵. Ello así, configuradas o constatadas alguna de las conductas prescriptas por el artículo 17 mencionado, el Juez según la propia regulación concursal, puede disponer -aún de oficio- la designación de un veedor, un “interventor controlador” cuyas facultades serán determinadas por el propio magistrado, un coadministrador o directamente el desplazamiento de las autoridades designadas, sin necesidad de que medie pedido de remoción alguno.

Además, la intervención judicial está prevista como alternativa en protección del interés público frente a actos sociales contrarios a la ley, el estatuto o el reglamento y con el objeto de remediar las causas que los motivaron y si no fuera posible, su disolución y liquidación (art. 303 inc. 2 LGS) a pedido del organismo de contralor y sin necesidad de iniciar la acción de remoción (solo para el caso de las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros) y en el supuesto del art. 301 inc. 2 LGS⁶.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) a partir de la regulación de la acción preventiva de daños (art. 1711 y siguientes) ha venido a ratificar la posibilidad de la utilización de la intervención judicial, como herramienta para cumplir con la obligación de prevenir y no agravar el daño⁷.

Con esta impronta, entendemos que la intervención judicial en cualquiera de sus grados ha adoptado otro matiz apartándose de la estricta necesidad del requisito de iniciar acción de remoción, pudiendo iniciarse tanto como una medida autosatisfactiva, cuanto moderándose la exigencia de aquel recaudo en determinados supuestos de gravedad.

En el primero de los casos, esto es como medida autosatisfactiva, la normativa actual, au-

contra Accinelli Luis Angel sobre medida precautoria” 4.07.2002); “Si del análisis de las constancias del caso se advierte la existencia de desavenencias entre directores, accionistas y miembros de la comisión fiscalizadora de la sociedad de gran entidad, ello amerita analizar la procedencia de la intervención judicial considerando la excepcionalidad del conflicto generado, en el cual se pretende la constitución legítima de dos directorios” (CNCom, Sala E, “Transportes Integrados Metropolitanos Trainmet SA contra Trainmet Seguros SA sobre medida precautoria” 8.09.2002); “Existen elementos de juicio cuya concurrencia justifica la designación de un veedor en la sociedad demandada cuando: 1) La celebración de asambleas cuyas actas mencionan la participación de una socia que no conoció la “autoconvocación” de las mismas ni tuvo por ende, ninguna participación en ellas; 2) Se ha insertado en el libro de asistencia a asambleas una firma atribuida a la actora cuya autenticidad es dudosa, a la luz de la discordancia que aparece entre otras firmas; 3) Se han asignado honorarios a los directores y síndicos, previa aprobación de balances y documentos respaldatorios de los mismos reveladores de pérdidas significativas de dinero” (CNCom, Sala D, “Panno Claudia Silvina contra Celestial SAIC y otros sobre medida precautoria” 30.08.2002); “Justifica la designación de un coadministrador judicial la evidente existencia de planteos judiciales respecto de la actuación de uno u otro miembro del directorio o socio. Ello amerita la necesidad de intervenir la firma en función del evidente peligro que existe para la continuación del giro social y el cumplimiento de su objeto, máxime cuando se encuentra cuestionada la misma modificación del capital social y la consecuente mutación de las mayorías asamblearias” (CNCom, Sala A, “Olazar Carlos Gustavo contra Adepto SCA sobre Incidente de apelación” 18.03.2005).

5 Al respecto se puede ver Filippi, L. “Acotaciones sobre la intervención judicial de la administración en una sociedad concursada” en “Medidas Cautelares en Sociedades y Concursos, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Ed. Legis, 2009.

6 CNCom: 018009/2018 “Inspección General de Justicia c/ Auto Agro S.A. de Crédito y Ahorro para Fines Determinados y Capitalización S/Ordinario” CNCom 018009/2018 “Inspección General de Justicia C/ Auto Agro S.A. de Crédito y Ahorro Para Fines Determinados y Capitalización S/Ordinario” CNCom 16440/2016 “Inspección General de Justicia c/ Grupo Éxito S.A. de Capitalización Y Ahorro S/Ordinario”, todos en trámite.

7 Sobre el tópico, Virgili S. “La tutela preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación y su influencia en el control y responsabilidad del órgano de administración de las sociedades” www.riu.austral.edu.ar

torizaría su procedencia⁸ y alguna jurisprudencia ha entendido viable esta vía procesal⁹, teniendo como base que es misión del tribunal buscar el justo equilibrio entre los intereses en juego, atendiendo siempre el provenir de la persona colectiva, sin tomar una injerencia infundada en los negocios del ente, pero sin esperar que éste se desmorone para nombrarle judicialmente un administrador”.

Así, existen supuestos excepcionales de disfuncionalidad del órgano de administración que no requieren la remoción de sus miembros, y cuya gravedad torna viable la intervención judicial.

La acefalía en la administración, es uno de dichos supuestos¹⁰, aunque parecería incuestionable, no sin resistencia de alguna jurisprudencia local¹¹. Pero existen otras hipótesis, que no son estrictamente casos de acefalía, pero pueden asimilarse a ella. Uno de dichos supuestos es el de decisión de remoción con causa de los administradores en funciones, pero la imposibilidad de designar nuevos. Ello ya sea por la especial forma de composición del capital social –supuestos de sociedad al cincuenta por ciento, o casos de limitaciones estatutarias (mínimos inalcanzables aún en caso de segunda convocatoria, etc.)-.

Otro caso donde la intervención sería viable sin necesidad de iniciar acción de remoción, sería frente al vencimiento del plazo de la designación (legal o estatutario) y la imposibilidad de designación de nuevos administradores, ya sea por falta de convocatoria y/o por la especial forma de composición del capital social (sin lograrse las mayorías a tal fin).

8 En teoría CNCom Sala C “En el marco de una medida preventiva de daño solicitada en función del contenido y alcance de la pretensión y de la acreditación de los requisitos, puede dictarse una sentencia de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o conclusivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un trámite ya iniciado o promovido sólo a esos efectos, contando el magistrado con amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer (de acuerdo a las circunstancias de cada caso)” (25558/15/CA1 “Integral Group Solution SA C/ Sly Cristóbal David s/ Medida Precautoria”, 2/08/18; y CNCom Sala B “La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal” (conf. cita de Correa - Kozusnik, “Medidas autosatisfactivas”, LL Gran Cuyo 2003 - octubre, pág. 583). En ese sentido, no puede dejar de mencionarse la importante reforma que introdujo el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1708 y 1710), consagradoria del deber de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido. Las “acciones preventivas” -en rigor, “pretensiones preventivas”- de los arts. 1711 a 1713 cód. cit. Llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese”.11758/21/Roldán, Eldipio c/ Plan Rombo SA de Ahorro P/F Determinados s/Sumarísimo”, del 7/03/22).

9 CNCom Sala E “Procede intervenir la sociedad demandada con desplazamiento de los directores, por cuanto, si bien con la medida pretendida los directores demandados podrían cesar definitivamente en sus funciones de administradores (no se debe descartar la hipótesis de que sean reelectos), ello no sería por las causas sobre la que se sustentó la acción de remoción y responsabilidad. Es que con la intervención solicitada no se busca garantizar el cumplimiento de la sentencia deseada con el escrito inicial sino la renovación de los integrantes del directorio por encontrarse vencido el mandato de quienes lo están detentando. Por ello, corresponde receptor la solicitud como una medida autosatisfactiva dado que no está anejada a un juicio principal, sino que se agota en sí misma. Esta tutela atípica, dado su carácter residual, es admisible ante la carencia de un proceso o medida cautelar regulada en el código de rito con idoneidad para solucionar el conflicto (conf. Boretto, Mauricio; “La Tutela Autosatisfactiva Operando en la Práctica”, pág. 25, año 2005) 7036/11 “Burgwardt & Cia. SAIC y AG C/ Cerro del Aguila de Olavarria S.A. y otros s/ Medida Precautoria” 8/02/13 y CNCom Sala F. 15912/2018 “Pereyra Sebastián Gonzalo y otra c/ Sefinar SA s/ Medida Precautoria”, del 4.12.2018.

10 En el mismo sentido Belmaña R. y otros “Intervención judicial de Sociedades Comerciales: Presupuestos de procedencia” Rev. Argumentos Núm. 3 diciembre 2016, pp. 1-19 <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gov.ar>

11 CNCom Sala E 4562/20/1 “Tuneu, Mónica Graciela y Otro c/ Altos de Los Polvorines SA y Otros S/ Medida Precautoria S/ Incidente de Apelación”, 3/12/21; CNCom Sala A 35101/11 “Otero José Raúl y Otros c/ Colinas del Tiempo SA y Otros s/ Ordinario s/ Incidente de Apelación Art 250 CPCC”, 15/03/12; CNCom Sala C (integrada) 44599/10 “Barcessat, Hernán c/ Barcessat, Ariel s/ Medida Precautoria s/ Inc. de Medidas Cautelares”, 20/05/11.

Estos supuestos tienen en común, la inviabilidad de la aplicación del artículo 257 LGS, ya que el precepto que prevé que los administradores permanecen en el cargo hasta su reemplazo no está pensada ni puede ser utilizada para apartarse del resto de las normas sobre funcionamiento del órgano de administración, las que prevén plazo -determinado- de duración (mismo art. 257 LGS), derecho de designación y remoción de los accionistas (art. 256 LGS), prohibición de voto (art. 241 LGS), etc.

También debe destacarse que, paralelamente y en forma adicional, existen disposiciones procesales locales en las distintas jurisdicciones respecto a la procedencia de la intervención judicial de sociedades como medida cautelar regulada en forma complementaria o autónoma, regímenes que las sujetan a otros recaudos de procedencia, que permiten prescindir del inicio de una acción de remoción e incluso la adopción de medidas cautelares genéricas (v. por ejemplo, arts. 222, 224, 225, 226, 232 y ccchts. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Así, en la actualidad la intervención judicial, es una medida que puede dictarse vinculándola a una cantidad de acciones y supuestos diversos y no solo considerarse una medida netamente asegurativa sino más bien protectiva en muchos casos. Desde esta perspectiva y en este marco de ciertos supuestos identificables, procede la intervención judicial, sin necesidad de iniciar la acción de remoción.

NECESIDAD DE REVISAR PAUTAS DE INTERPRETACIÓN PARA LA REGULACIÓN DE HONORARIOS EN LAS INTERVENCIONES JUDICIALES

Carolina Ferro

SUMARIO

La disparidad de criterios por parte de los Tribunales a la hora de regular honorarios a los interventores judiciales importa, en el caso de las intervenciones – cualquiera sea el grado – un margen de incertidumbre para todos los involucrados. Ello, tanto para quienes resulten auxiliares designados, en su calidad de beneficiarios de dichos estipendios, como así también para las partes. El margen de imprevisibilidad debería ser acotado, mediante la fijación de criterios más precisos.

DESARROLLO

Si bien los criterios para la fijación de honorarios de los profesionales que actúen como interventores judiciales dependerá de la regulación (normas) que fija las pautas en cada jurisdicción, en el ámbito del Fuero Nacional Comercial se presentan situaciones que generan un margen de incertidumbre que debería ser zanjado.

Para superar este grado de incerteza, que afecta a todos los involucrados, resulta necesario tener en claro que, al menos en los supuestos de intervenciones en grado pleno o de coadministración, la actividad del interventor no puede ser asimilada a la de un perito. Tal analogía, insinuada por la ley, es verdaderamente desacertada.

En efecto, de un análisis inicial de la cuestión podemos como mínimo advertir que no puede asimilarse la responsabilidad que pesa en cabeza de unos y otros auxiliares, ni la exigencia en disposición de tiempo de una actividad y otra. Generalmente las intervenciones en grado pleno y aún las que son establecidas en grado de coadministración, conllevan una exigencia temporal y de dedicación que, en algunos supuestos, inhabilitan cualquier otra actividad por parte de quien resulte el profesional designado.

No me estoy refiriendo a la pauta de valoración establecida en el art. 16 (de aplicación generalmente por no tratarse de procesos con contenido patrimonial determinado) que establece la consideración de *La responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional*, para la fijación de los honorarios. Sino que estoy realizando una consideración previa, con la finalidad de destacar que las circunstancias prácticas obligan a desvirtuar la analogía que la ley hace entre los interventores y los peritos.

En este sentido la ley desatiende el alcance de la responsabilidad derivada de las tareas de competencia del interventor pleno. Cabe al respecto tener presente que las tareas son las mismas, así como las obligaciones de los administradores (cfr. Palomino, Luis “Intervención judicial de sociedades comerciales”, L.L. 1996-D-1502), y con el mismo alcance en cuanto a su responsabilidad, refiriendo a los administradores interventores, tal como recuerda el reciente fallo “**INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/HOTESUR S.A. s/ORGANIS-**

MOS EXTERNOS” EXPEDIENTE COM N° 17832/2021 17-18-16 (24/06/2022): “Ahora bien, no puede soslayarse en el análisis que la responsabilidad de los administradores sociales se encuentra regulada por los arts. 59 y 274 de la Ley 19.550 donde básicamente se les exige deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios y su responsabilidad resultará ilimitada y solidaria cuando faltaren a sus obligaciones, por los daños y perjuicios que resultaren de su actuar u omisión.”

Dicho esto, la regla estipulada en el artículo 52 de la Ley 27423 que postula que los honorarios de los auxiliares judiciales deben ser regulados en oportunidad de dictarse la sentencia definitiva, no puede ser aplicado a las intervenciones judiciales como algunos criterios jurisprudenciales resuelven, ni tampoco parece acertado el criterio respecto de que sólo asiste al interventor la posibilidad de solicitar una regulación provisoria (CNCom Sala C “Vitelli, Enrique Cayetano C/ Destinatum S.A. Y Otros S/Medida Precautoria” Expdte. 19136/2018/CA1).

A efectos de dar una correcta interpretación a la normativa aplicable es menester recurrir a lo dispuesto por el Art. 227 CPCCN, que en su parte pertinente prescribe: *“El interventor sólo percibirá los honorarios a que tuviere derecho, una vez aprobado judicialmente el informe final de su gestión. Si su actuación debiera prolongarse durante un plazo que a criterio del juez justificara el pago de anticipos, previo traslado a las partes, se fijarán éstos en adecuada proporción al eventual importe total de sus honorarios. Para la regulación del honorario definitivo se atenderá a la naturaleza y modalidades de la intervención, al monto de las utilidades realizadas, a la importancia y eficacia de la gestión, a la responsabilidad en ella comprometida, al lapso de la actuación y a las demás circunstancias del caso.”*

De tal forma, corresponde la regulación definitiva de honorarios cuando se tenga por concluida y aprobada la gestión del interventor (en cualquier grado), ya que así lo dispone el artículo citado.

En efecto, sin perjuicio que la ley de honorarios resulta una ley posterior y especial, dicha normativa debe ser interpretada de manera armónica con el artículo transcrito precedentemente, que por otra parte resulta específico en relación al supuesto que nos ocupa (el de la intervención judicial). Nótese al respecto, que la Ley 27.423 no establece en forma específica (como sí lo determina el CPCCN) la oportunidad de regulación en caso de intervención judicial. De tal manera sólo prevé el supuesto de una regulación provisoria, que viene a integrar lo dispuesto en el Código Procesal, y que dispone que podrá realizarse dicha regulación en forma provisoria cuando la manda se extienda más de tres meses. Pero de modo alguno esta disposición debe ser interpretada en contra de la disposición legal del CPCCN, como lo resuelven algunos fallos (“Gegenschatz, Roberto Enrique c/Rabinovich, Daniel Leonardo y otro s/medida precautoria”, del 05/03/15; “Loekemeyer Bernardo y otros c/ Loekemeyer Alejandro Damián y otros s/medida precautoria”, del 21/04/16; “Raccaro de Von Dobbeler, Mónica Alejandra c/ Ron S.A. y otros s/ordinario”, del 31/10/18; CNCom Sala C “Vitelli, Enrique Cayetano C/ Destinatum S.A. Y Otros S/Medida Precautoria” Expdte. 19136/2018/CA1).

Otra cuestión debatida en relación a las regulaciones de honorarios en los supuestos de intervenciones judiciales, es quién debe soportar la fijación de éstos cuando no hay sentencia definitiva, y pretender que este debate sea el fundamento para diferir la regulación es también una equivocación. Al respecto parece más acertada la postura que reconoce la facultad que tiene el auxiliar de la justicia de requerir el pago de sus honorarios íntegramente a cualquiera de las partes *“con prescindencia de las contingencias del proceso”* (BRACUTO

Y RUBINETTI SRL. (LL 76-198) CAMARA COMERCIAL EN PLENO, 08/09/54 FICHA N°: 781; Sala E, 15.4.10, "Banco Oddone SA s/ quiebra -inc. de vta. por licitación Haras el manantial"). En tal sentido se ha resuelto "*La vinculación de derecho existente entre las partes y el administrador judicial, es fundamentalmente distinta de la que vincula a los litigantes con el perito designado de oficio.*" [BRACUTO Y RUBINETTI SRL. (LL 76-198) de la CAMARA COMERCIAL EN PLENO, 08/09/54 FICHA N°: 781).

Posiblemente esta cuestión es la que queda más relacionada al caso concreto. Pues si de algún modo la sociedad cautelada se ve beneficiada con la actividad del auxiliar (intervención plena o coadministración) parece ajustado a derecho que aporte en alguna proporción al pago de los honorarios. En los supuestos de veedurías, este argumento se vuelve endeble, resultando de aplicación el criterio de tener que soportar el costo quien resulta peticionante de la medida, asumiendo que existirá el mismo desde el comienzo de la pretensión. Sin embargo y a fin de que ello no resulte un obstáculo al acceso de la justicia, para el supuesto de socios en condiciones económicas desfavorables, podría morigerarse tal exigencia con una solución intermedia. Es decir, que el auxiliar pueda solicitar a ambas partes, o al menos a ambas partes por mitades la regulación. Siendo que luego, con el resultado de la acción de fondo verán la facultad de repetir la porción que no le fuera imponible.

La última cuestión, y solo a modo de introducir el tema, está relacionado a lo dispuesto en el artículo 32 de la ley arancelaria en tanto dispone que *Para la regulación de los honorarios del administrador judicial o interventor designado en juicios voluntarios, contenciosos y universales, se aplicarán las siguientes escalas:*a) *Cuando los profesionales sean designados en juicios para actuar como administradores judiciales, interventores o veedores de personas físicas o jurídicas, de sucesiones, entes u organismos de cualquier objeto o naturaleza jurídica, se les regularán honorarios en una escala del diez por ciento (10%) al veinte por ciento (20%) sobre el monto de las utilidades realizadas durante su desempeño;* En relación a ello, debe considerarse que en los casos de inexistencia de utilidades durante la gestión, la aplicación del art. 16, abre otra abanico de incertidumbre. En efecto, podría sostenerse válidamente que *no es procedente el criterio del artículo 16 de la Ley 27.423 toda vez que dichos parámetros no son de aplicación para los auxiliares de justicia, sino para los profesionales que representan a las partes.* Y si ello fuera posible, ¿cuál es la pauta para la regulación de honorarios ante la inexistencia de utilidades?

La respuesta más ecuatoriana, al menos en los casos de intervenciones agravadas, debe ser el caudal administrado, el patrimonio cautelado, o los ingresos brutos, al menos como parámetro, aunque no sea como base de la regulación. La desatención de estos datos tiende a generar desproporciones que pueden resultar en perjuicio de cualquiera de los involucrados. Cada una de las soluciones propuestas, si bien merecerían una modificación del texto legal que fije pautas más precisas y acordes a la realidad de la tarea que implica, creo que son soluciones a las que puede arribarse mediante un adecuado criterio interpretativo judicial de las normas vigentes.

REGULACIÓN, SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LA LEGALIDAD SOCIETARIA DE LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO, BURSÁTIL Y PREVISIONAL EN EL PERÚ

Julio Hernán Figueroa Bustamante

SUMARIO

La presente ponencia pretende analizar el régimen jurídico especial de organización de las empresas y entidades del sistema financiero y del mercado de valores en el Perú, destacando las importantes atribuciones regulatorias, supervisoras y de control de legalidad de la Superintendencia de Banca y Seguros, del Banco Central de Reserva del Perú y de la Superintendencia del Mercado de Valores.

I. IMPORTANCIA DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA DE LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO Y EL MERCADO DE VALORES EN DEL PERÚ

Sobre el particular, es conveniente precisar lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 26887 – Ley General de Sociedades que establece que las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley.

Entre las más importantes normas especiales referidas en dicho régimen legal especial podemos destacar las siguientes:

- a) La Ley 26702 – General del Sistema Financiera y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros del 9 de diciembre de 1996 precisa los siguientes aspectos fundamentales conforme al desarrollo de la actividad de intermediación financiera en el mercado financiero y en la perspectiva de consolidar un sistema financiera sólida, competitiva y confiable, establece normas claramente diferenciadas a la Ley General de Sociedades 26887 de nuestro régimen legal societario comunal¹ a la necesidad de que las empresas cuenten con una autorización de funcionamiento, previa autorización de organización, para lo cual deben acreditar requisitos de solvencia moral, jurídica, académica, profesional y gerencial de los organizadores, así como una solvencia financiera, organizativa y registral, por la altísima responsabilidad de administrar recursos que fundamentalmente provienen del público.
- b) En las juntas generales de accionistas, el Superintendente de Banca y Seguros, a pesar de no ser accionista, puede participar para ejercer su derecho a voz e impugnar en la vía administrativa y/o judicial cualquier acuerdo adoptado en las mismas que se considere contrario a los intereses sociales y a la protección del dinero de los depositantes.
- c) Las personas que han sido condenadas por delito doloso solamente pueden ser accionistas hasta el límite del uno por ciento del capital social, pero no pueden ser organizadores ni directivos de las empresas, para preservar la transparencia y correcta utilización de los recursos institucionales.

¹ Figueroa Bustamante, Julio Hernán. Derecho bancario. Editorial Ediciones Jurídicas. Lima, Perú. Página 15.

- d) El quórum exigido para la celebración de las juntas y la adopción de los acuerdos es mayor al exigido en la Ley General de las Sociedades, para promover una mayor participación en la toma de decisiones.
- e) El capital social mínimo y obligatorio de las empresas es reajustado trimestralmente por la Superintendencia de Banca y Seguros por la garantía que brinda a la sociedad, los accionistas y terceros.

En lo que respecta al mercado de valores, el Decreto Legislativo 861 – Ley del Mercado de Valores, del 9 de diciembre de 1996, promueve la formación de un mercado competitivo, eficiente, transparente y sólido.

En esa orientación, como señala Serra Punte Arnao², “la legislación nacional especial sobre la materia se orienta por los más rigurosos estándares internacionales.

a. Debemos referir como expresiones de dicha motivación la obligación de contar con una autorización de funcionamiento para desempeñarse como sociedad agente de bolsa, como sociedad intermediaria de valores y como sociedad emisora de valores, lo que permite efectuar una evaluación integral de las actividades bursátiles que se pretenden realizar.

b. También es muy importante el régimen legal aplicable a la oferta pública de valores en el mercado primario y secundario, como alternativa de financiamiento corporativo.

c. Es muy importante la existencia de instituciones fundamentales como el fondo de garantía de las sociedades agentes de bolsa, la reserva bursátil, los hechos de importancia, la existencia de los contratos bursátiles que dinamizan la inversión y permiten generar una protección frente a la volatilidad de las condiciones financieras nacionales e internacionales que influyen en las cotizaciones de valores inmobiliarios y la protección de la información financiera privilegiada como señala así como la importancia de la rueda de bolsa en la valiosa opinión de Mora Rojas³, así como la importancia de la rueda de bolsa como espacio de negociación entre vendedores y compradores de valores mobiliarios.

El artículo 84 de la Constitución Política del Perú y el Decreto de Ley 26123 – Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú. El BCR es un organismo constitucionalmente autónomo, encargado de proteger la estabilidad monetaria, así como el responsable de establecer las políticas monetarias, emitir en forma exclusiva la moneda, regular el crédito y la moneda en el sistema financiero, administrar las reservas internacionales, regular el tipo de cambio e informar al país sobre la situación económica nacional. Asimismo, regula el encaje, el redescuento, las operaciones de mercado abierto, mediante la expedición de normas como las circulares y castas circulares.

Vale decir que contribuye con la estabilidad monetaria económica que posibilita el desarrollo del sistema financiero y del mercado de valores.

La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce la representación del Estado en el control, supervisión y control de la legalidad de las empresas y entidades del sistema financiero y expide circulares y cartas circulares que contribuyen a reglamentar las diversas disposiciones de la Ley General del Sistema Financiero, así como el alcance de las operaciones y contratos bancarios, entonces siendo empresas organizadas como sociedades anónimas

² Serra Punte Arnao, Gerardo. El mercado de valores en el Perú. Editorial Cultural Cusco. Lima, Perú. 2007. Página 22.

³ Mora Rojas. El Insider Trading. Costa Rica. 1991. Página 15.

especiales deben cumplir con dichas normas para ordenar y promover su actividad. Ambas superintendencias verifican el cumplimiento de las normas legales que regulan el sistema financiero y al mercado de valores, por lo que ejercen un importante control de legalidad. Como señala Villegas⁴, “es necesario regular el funcionamiento del sistema bancario para garantizar el buen manejo de los fondos del público”. En tal virtud, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros y la Superintendencia del Mercado de Valores cumplen una significativa función de contralores de legalidad, reguladores y supervisores en el sistema financiero y mercado de valores. Igualmente, el BCR respecto al cumplimiento de los instrumentos de la política monetaria, la Superintendencia de Banca y Seguros en cuanto al desempeño integral del sistema financiero y la Superintendencia del Mercado de Valores frente al funcionamiento efectivo del mercado tienen plenas facultades sancionadoras y de control de cumplimiento de las disposiciones correspondientes.

II. ANÁLISIS, RESULTADOS Y PROYECCIONES

El Banco Central de Reserva ha cumplido un importante comportamiento funcional en favor de la estabilidad monetaria, el cumplimiento de las funciones del dinero y el buen manejo de las reservas internacionales y del tipo de cambio, debiendo mantener políticas y actividades de contralor respecto al cumplimiento de los instrumentos de la política monetaria.

En cuanto a la Superintendencia de Banca y Seguros, además del control y supervisión del sistema financiero, realiza una tarea importante en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, normas que debe seguir cumpliendo en armonía con las normas nacionales y las del Convenio de Basilea sobre supervisión bancaria.

Respecto a la Superintendencia del Mercado de Valores, ha cumplido un importante rol en defensa del adecuado y eficiente funcionamiento de las sociedades emisoras, sociedades agentes de bolsa y sociedades intermediarias de valores, debiendo seguir cumpliendo las normas nacionales y las internacionales dispuestas por la IOSCO, como suprema autoridad en materia regulatoria bursátil a nivel mundial.

III. CONCLUSIONES

Las sociedades anónimas especiales en ejercicio de su personalidad jurídica ejercen su autonomía de la voluntad, pero deben respetar el cumplimiento de normas legales imperativas y de orden público cuando administran recursos públicos.

Los organismos reguladores y supervisores cumplen un importante rol de ordenamiento del sistema monetario, financiero y bursátil, que se expresa en la regulación y supervisión de sus diversas actividades, operaciones y servicios.

IV. RECOMENDACIONES

Debe existir una importante reafirmación de los criterios y facultades de las que gozan los organismos reguladores y supervisores, respetando la normatividad y cautelando la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad.

⁴ Villegas, Carlos Gilberto. Compendio jurídico técnico y práctico de la actividad bancaria. Ediciones De Palma. 1990. Página 35.

LA INTERVENCIÓN¹ JUDICIAL DE SOCIEDADES FUERA DEL RÉGIMEN DE LA LEY ESPECIAL

Marcela Claudia Frenquelli

Introducción

Esta típica medida cautelar societaria, posee incontables aristas que darían lugar a infinidad de análisis, cuan más práctico e interesante.

Desde un punto de vista general, se le da el nombre de “intervención judicial” a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de este, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica.²

No obstante, a fin de no perder de vista la finalidad y alcance de la presente, centrare el análisis en solo un punto que – estimo – genera opiniones tanto doctrinarias como jurisprudenciales encontradas: el recurso a otros institutos no regulados por la ley especial ni los códigos procesales, a fin de obtener idéntico objeto al que prevén las normas de la Ley General de Sociedades³.

Las graves conductas u omisiones de los administradores en perjuicio de la persona jurídica, no dan lugar – per se – a la solicitud de intervención, sino que además, se debe probar,⁴: 1. el carácter de socio, 2. el peligro grave, 3. el agotamiento de las vías internas, 4. la previa o coetánea promoción de la acción de remoción del/los administrador/es, 5. prestar contracautela.

Frecuentemente, aun existiendo la situación de hecho expuesta; pueden no encontrarse configurados en el caso uno o más de los restantes requisitos, y si bien en ciertos supuestos de excepción los tribunales han morigerado la estrictez de tales requerimientos, es usual la necesidad de recurrir a institutos previstos por las leyes generales, o a medidas no específicamente reguladas en estas, como expondré *infra*.

La sustanciación sin citación de la contraria, como ocurre con la mayoría de las medidas de tal naturaleza, tiende a evitar que sus resultados tornen ilusorios por las conductas obstructivistas de los eventuales sujetos pasivos.

Sus grados: desde la designación de un mero veedor, uno o más coadministradores, uno o más administradores, que reemplazan íntegramente el órgano directivo de la sociedad, variara según la gravedad de las circunstancias que sumariamente se acrediten.

La exigencia legal que le impone al juez fijar con claridad cual es la función que cumplirá el interventor, determinando sus atribuciones, nunca superiores a las que la ley o el contrato les confieren a los administradores, y determinándole un plazo improrrogable, salvo acreditación sumaria de necesidad, reconoce el carácter provisional y accesorio de la misma, a la vez que garantiza el cumplimiento de los objetivos sin lesionar el patrimonio o alterar inconducentemente el funcionamiento de la persona jurídica.

1 De “Intervenir” – del latín *intervenire* examinar y censurar las cuentas con autoridad suficiente para ello; dirigir limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones”. Diccionario de la Real Academia Española.

2 ALSINA, Hugo – “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial” – T. V – pag. 531 – Edit. EDIAR SA. – Buenos Aires, 1971.

3 LGS – Nro. 19.550 to. 26.994.

4 Arts. 113 a 177 de la LGS. Nro. 19.550 – to. 26.994.

Las circunstancias expuestas justifican el efecto – no suspensivo – con que el que la ley admite la apelación al auto que hace lugar a la medida.

La finalidad de la contracautela – más amplia que con relación al resto de las cautelares – apunta como es habitual, a paliar los danos que pudiera causar la medida solicitada sin justificación en derecho, pero también, a cubrir las costas del interventor cuyo régimen retributivo es también particular, puesto que se debe considerar que el auxiliar va a percibir sus estipendios – además de adelanto de gastos – con antelación a la conclusión de la acción de fondo, lo cual ha generado no pocas disputas con relación a quien debe responder por ellas. También se tendrá en consideración las circunstancias (mayor o menor grado de intervención),

Sin que implique una afectación al derecho constitucional de acceso a la justicia, bien es verdad que con ecuanimidad y proporcionalidad, la determinación de una fianza judicial meridianamente proporcional a la verosimilitud del derecho invocada y sumariamente probada, opera como efecto disuasorio de inconsistentes aventuras judiciales.

La intervención judicial, esta regulada asimismo en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁵, no así en algunos códigos provinciales, que remiten al nacional. En este, se reitera injustificadamente el “criterio restrictivo” en la apreciación de su procedencia⁶.

En dicho digesto, los modos de intervención apuntan a asegurar una ejecución forzada o impedir que se produzcan alteraciones en el estado de bienes. Dentro de la primera (asegurar la ejecución forzada), se encuentra la especie mas simple, que es aquella que tiene como objeto único hacer efectivo un embargo ya decretado (interventor recaudador). En la segunda (mantenimiento de una situación de hecho) se prevén dos subespecies: cuando el interventor designado se limita a fiscalizar controlar la administración (interventor fiscalizador), o cuando desplaza al administrador, asumiendo facultades de dirección y gobierno provisional (administrador judicial).

Adviértase que en alguna medida, dentro del mantenimiento de la situación de hecho (interventor fiscalizador / administración judicial) , el digesto de forma adhiere a los grados de intervención de la LGS. (veedor, coadministrador, administrador).

Retomando el punto relativo al criterio de admisibilidad de esta cautelar, a cuya amplitud adherimos y se encuentra afortunadamente en claro avance, no implica desconocer que la intervención es una injerencia extraña en la operatoria negocial de la sociedad lo que implica que su admisión debe ser correctamente fundamentada, y su desarrollo, debidamente controlado.

Intervención por vía de autosatisfactiva

La medida autosatisfactiva es una herramienta de suma importancia en la materia bajo análisis, puesto que se ha dicho: “traspasa la órbita de las medidas preliminares”, y - a diferencia de la mayoría de las precautorias - posee autonomía, se agota en sí misma, evitando un ulterior proceso contencioso al resolver la cuestión cuya satisfacción se pretendía con la misma.

La sentencia que despacha la medida previene el ulterior proceso contencioso, porque la satisfacción preventiva se ha consumido ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso.⁷

La satisfacción del requirente se logra en forma definitiva con la resolución positiva del

5 CCCN.

6 Art. 225 inc. 1. CCCN.

7 CNCom., Sala F, 04.12.2018, “Pereyra Sebastián Gonzalo y otro contra Sefinar SA. sobre medida precautoria” - Expediente COM N° 15912/2018 AL cit. Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel, Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Ed. Platense, 1986, pág. 162, punto III.

reclamo, sin que sea necesaria una ulterior acción principal⁸

Es una especie del género de los “procesos urgentes”, no cautelares, despachable in extremis mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles⁹, requiriéndose para su favorable despacho: (i) una verosimilitud “calificada” del derecho material alegado, signada por una fuerte atendibilidad¹⁰ y (ii) la urgencia impostergable: no sólo se ha de consumir el tiempo propio del debate sino también el derecho que se procura obtener con la pretensión del proceso.¹¹

Se ha criticado el recurso a la autosatisfactiva, afirmando que se trata de un medio ingenioso para eludir la ley,¹² cuando en realidad constituye un remedio practico y eficaz, ante la carencia de alguno de los requisitos de procedencia que exige la ley, o por situaciones insolubles que obstan la continuidad normal del giro societario¹³, confinando a la persona jurídica a un estado de parálisis que puede llevarla la liquidación.

No es intención evaluar los pormenores facticos de las sentencias que ganaron mayor notoriedad en el tema, puesto que excedería la finalidad de la presente – punto 13 – nota al pie -, mas es menester tener presente que en la mayoría de los casos se configuraron situaciones de “acefalia”, por muy diversos motivos y circunstancias, mas, implicaban la imposibilidad del ente de tomar decisiones validas, desarrollar su actividad intra y extra societaria, conduciéndolas inexorablemente a la disolución y liquidación.

Sin perjuicio de lo expuesto, cobra particular relevancia en el punto uno de los fundamentos que el tribunal alego a fin de habilitar la vía judicial en Pereyra c. Sefinar S.A.¹⁴, cuando – refiriendo a la autosatisfactiva – se reconoce que ante la carencia de un proceso o medida cautelar regulada en el código de rito con idoneidad para solucionar el conflicto, y siendo que los extremos (presupuestos de procedencia) se verificaban en el caso, a modo de asegurar el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional (conf. 14 y 43 CN.), se debe hacer lugar a la misma. Seguidamente se afirmó, “...Ello, en pos de brindar una alternativa útil a una problemática que se presenta como de difícil superación sin la asistencia del órgano judicial” como que es misión del tribunal buscar el justo equilibrio entre los intereses en juego, atendiendo siempre el porvenir de la persona colectiva, sin tomar una injerencia infundada en los negocios del ente, pero sin esperar que éste se desmorone para nombrarle judicialmente un administrador (cfr. esta Sala F, 12/7/2012, “Fundación Seranouch y Boghos Arzoumanian c/B. Arzoumanian y Cia SA s/ medida precautoria”; íd. 7/10/2014, “Agote Sergio Fernando c/PH Sistemas SRL y otros s/medida precautoria s/incidente de actuaciones por separado” Exp. COM37175/2013)...”.

Por el contrario, aun en forma prácticamente coetánea y ante presupuestos similares, la

8 XIX Congreso de Derecho Procesal – Corrientes – Conclusión 8va.

9 conf. DE LOS SANTOS, Mabel – Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas – Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-800.

10 cfr. Peyrano, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, ED 169-

1347 y “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, JA 1997-II-929, en: “Pereyra Sebastián Gonzalo y otro contra Sefinar SA sobre medida precautoria”.

11 cfr. Sala F, 14/4/2011, “L.P., H.M. c/Inmobiliaria SAICFIA SA y ots. s/medida precautoria”, Exp. COM69641/200; “C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 1ª. 12/10/05. Cardell, Daniel A. c/ Aguas Provinciales de Santa Fe s/ Medida Autosatisfactiva. ZEUS R. 16. Pág. 838.

12 V. BILBAO ARANDA, Facundo M. “Las medidas autosatisfactivas como remedio genérico para intentar eludir la ley” – LL. 22.11.2018. Respuesta: NISSEN, Ricardo Augusto: “La promoción de la acción de remoción de los administradores no constituye un requisito imprescindible de procedencia de la intervención judicial de sociedades”.

13 CNCom, Sala F, Diciembre 4 de 2018, “Pereyra Sebastián Gonzalo y otro contra Sefinar SA sobre medida precautoria” / CNCom, Sala F, Septiembre 20 de 2018, “Nissen Ricardo Augusto y otro contra Condelmar SA sobre medida precautoria” / CNCom, Sala E, 27/2/2013, “Burgwardt & Cia. SAIC y AG c/Cerro del Aguila de Olavarría y otros s/medida precautoria.

14 “Pereyra Sebastián Gonzalo y otro contra Sefinar SA sobre medida precautoria” – op cit -.

Sala E. desestimó el recurso en *Nissen c. Coldemar SA*.¹⁵, con el argumento del carácter “personal e indelegable” del cargo de director (conf. 266 LGS.), del deber de permanecer en el cargo hasta cumplir la previsión del 257 2do par. LGS, no obstante haber probado el director (no socio) que carecía de todo mandato para ejercer su cargo, que fracasaron la integridad de las convocatorias a asamblea efectuadas con apego a la ley, y que resultaría imposible obtener decisiones de los socios que le permitieran cumplir legalmente su función. Como corolario se sostuvo que: *“... siendo el directorio de la sociedad anónima el órgano necesario y permanente que tiene a su cargo la tarea de administrar y llevar a cabo, en el ámbito externo e interno, los negocios de la sociedad, se encuentra claramente habilitado para tomar las decisiones ejecutivas y de gestión, encontrándose dentro las facultades propias de la competencia orgánica, la de otorgar poderes para que la sociedad sea representada en juicio, debiendo actuar en consecuencia...”*

De haberse hecho lugar a la medida, no se habría incurrido en el contrasentido de pretender que el director único se inicie a sí mismo una acción de remoción, o se promueva judicialmente la disolución societaria – sin perjuicio de que en apariencia se habría incurrido en la causal que contempla el Art. 94 inc.4 LGS. – en contradicción con el principio del Art. 100 LGS..

Por el contrario, en otro fallo, se hizo lugar a una autosatisfactiva planteada por el directorio removido mediante un DNU¹⁶ del Poder Ejecutivo Nacional.¹⁷

Conclusión

- Una interpretación finalista de las normas de la Ley General de Sociedades que regulan el instituto, favorecería el recurso al régimen de la LGS. Vgr. 1. Admitir la legitimación activa de la sindicatura, al poseer el control de legalidad del funcionamiento de la sociedad – Art. 294 inc. 4 -, como también, de cualquier director y síndico en las SAU¹⁸, cuando la administración del socio único es fraudulenta o cause perjuicios. Aun de terceros en situaciones de trasvasamiento o violación del régimen de comunidad de gananciales o legítima de los herederos; 2. Evaluar la “gravedad” del peligro, con criterios realistas y sin priorizar intereses (social / individual del o los socios), menos aun con criterios de interpretación apriorísticos; 3. Considerar el agotamiento de los recursos acordados el contrato social en forma pragmática y sobre la base del principio de buena fe, evaluando particularmente las situaciones en las que el requirente demuestra que nunca fueron respondidas sus reiteradas solicitudes, o carece de las mayorías necesarias para pedir información al síndico o convocar a la asamblea -; 4. Obviar la promoción de la acción de remoción, previa o coetánea a la medida cautelar, cuando existen conflictos de tamaña gravedad que impiden al ente funcionar.

- Sin perjuicio de ello, configurándose los requisitos de procedencia, ante situaciones de difícil superación sin la asistencia del órgano judicial; propugnando la conservación de la persona colectiva, y su proyección futura; evitando inmiscuirse en los negocios del ente, y a la vez, sin esperar que este se desmorone, consideramos de suma importancia la admisión de la medida autosatisfactiva como forma eficaz de designar interventor – en cualquiera de sus grados -, con la misión, facultades y plazos que determine el juez; demás atribuciones y deberes que le confiere la ley y el estatuto.

15 “Nissen Ricardo Augusto y otro contra Condemar SA sobre medida precautoria” – op. cit.

16 Decreto de Necesidad y Urgencia.

17 VICENTIN SAIC s. CONCURSO PREVENTIVO Expte. 21-25023953-7 -Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Segunda Nominación – 19.06.2020.

18 Sociedad Anónima Unipersonal.

EL VALOR DE LAS CAUTELARES EN MATERIA SOCIETARIA

Marcela Claudia Frenquelli

Introducción

Las medidas de carácter precautorio que regula la Ley General de Sociedades¹ específicamente son: 1) la suspensión de las decisiones asamblearias (Art. 252 LG); 2) la intervención judicial (Arts. 113, 114 LGS.) y 3) la suspensión provisoria de los derechos del socio (Art. 92 LGS)². Todas ellas poseen características específicas, vinculadas al objeto cuya tutela persiguen, sin perjuicio de los requisitos propios que se contemplan para las medidas genéricas³, reguladas en los diversos códigos de rito.⁴

En base a una promiscua tarea doctrinaria, la jurisprudencia ha evolucionado positivamente, generando una nueva visión del tema, incluso, ampliando el espectro clásico de figuras que la ley reconoce, para dar nacimiento a otras de enorme importancia práctica, carentes de regulación específica.

Si bien aún subsisten ciertos resabios de una tradición reacia a reconocer el enorme valor que las medidas cautelares poseen en la tutela de derechos, cuyo reconocimiento – y aun su existencia – pueden verse afectados, de omitirse su amparo precautorio, los criterios restrictivos con los que tradicionalmente los jueces analizan la procedencia de tales medidas, en ciertos casos consagrados por la propia ley, desde hace algunos años han dado paso a una visión más amplia, proclive a su admisión.

Imponer al juzgador un determinado “criterio interpretativo” constituye una inaceptable injerencia de un poder sobre otro, lo que afecta las bases del sistema republicano que reconoce nuestra Constitución Nacional⁵.

La concepción tradicional, que con diversas argumentaciones sostiene un carácter restrictivo de interpretación, favorable a la restringida procedencia a las medidas precautorias, está siendo erosionada por nuevos vientos⁶, ello así, toda vez que las pautas que evalúan la procedencia de cautelares en forma estática, ponen de manifiesto un escaso o nulo determinamiento respecto de su ontología.

Medidas *sui generis*

El carácter no taxativo de las medidas precautorias reguladas en los diversos códigos de procedimiento, permitió el desarrollo de importantes y prácticas decisiones fundadas en los principios generales en la materia. Tales cautelares fueron y en ciertos casos, aún continúan siendo objeto de particular recelo en cuanto al análisis de admisibilidad y procedencia.

1 LGS. Nro. 19.550 to. Ley 26.994 -

2 En caso de exclusión del socio por cualquier causa, en la acción correspondiente puede solicitarse la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se solicita. Contrariamente a la jurisprudencia mayoritaria, RICARDO NISSEN sostiene que puede plantearse aun cuando la acción sea intentada por uno o más socios individualmente, porque en definitiva beneficia a la sociedad – NISSEN, Ricardo A. “Derecho Societario” – pag. 318 – Edit. Hammnurabi, Buenos Aires, 2015.

3 Verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*), contracautela.

4 Art.195 y sptes. CPCCN., 272 y sptes. CPCCSF.

5 Art. 1 Constitución Nacional.

6 LORENZETTI, Ricardo – op. cit. – pág. 768.

Ejemplo de ello es la “medida cautelar innovativa”, cuya aplicación fuera impulsada a partir la activa tarea doctrinaria de JORGE W. PEYRANO⁷.

Concebida inicialmente como una diligencia precautoria excepcional, porque tendía a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. No afecta la libre disponibilidad de bienes por parte de los justiciables, ni exige que se mantenga el status existente al momento de la traba de la litis, sino que va más lejos ordenando - sin que medie sentencia firme -, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.⁸

A la par de la medida cautelar “innovativa” el prestigioso procesalista rosarino desarrolló la medida “autosatisfactiva”, cuya naturaleza “cautelar” se discute⁹, toda vez que posee la particularidad de “agotarse en sí misma”.

La medida autosatisfactiva ha sido conceptualizada como una herramienta que traspasa la órbita de las medidas preliminares, con autonomía, que se agota en sí misma y que tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que previene el ulterior proceso contencioso, porque la satisfacción preventiva se ha consumido ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso.¹⁰

Esta tutela atípica, dado su carácter residual, resulta admisible ante la carencia de un proceso o medida cautelar regulada en el código de rito con idoneidad para solucionar el conflicto. Al respecto, se ha precisado que su favorable despacho requiere: (i) una verosimilitud “calificada” del derecho material alegado, signada por una fuerte atendibilidad¹¹ y (ii) la urgencia impostergable: no sólo se ha de consumir el tiempo propio del debate sino también el derecho que se procura obtener con la pretensión del proceso.¹²

La satisfacción del requirente se logra en forma definitiva con la resolución positiva del reclamo, sin que sea necesaria una ulterior acción principal¹³

Se trata de una especie del género de los “procesos urgentes”, no cautelares, despachable *in extremis* mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles.¹⁴

7 PEYRANO, Jorge W. – “Recepción de la medida innovativa en el código procesal civil y comercial santafesino” - en “Tácticas en el proceso civil”, T.I, págs. 131/5. Edit. Rubinzal & Culzoni, 1984 / PEYRANO, Jorge W.- “Medida cautelar innovativa y los procesos conexos - en “Tácticas en el proceso civil”, T.I, pág. 121/30. Edit. Rubinzal & Culzoni, 1984, entre otros.

8 PEYRANO, Jorge W. “Recepción de la Medida Innovativa en sede jurisdiccional” - JA III- pág. 65, 1997.

9 conf. C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 1ª. 12/10/05. Cardell, Daniel A. c/ Aguas Provinciales de Santa Fe s/ Medida Autosatisfactiva. ZEUS R. 16. Pág. 838. “Las medidas autosatisfactivas no tienen carácter cautelar, constituyendo una solución urgente no cautelar despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional”. Nuestros Tribunales han sentado que: “Los recaudos de las medidas autosatisfactivas superan al de la teoría cautelar clásica: urgencia, más que un simple peligro en la demora, fuerte probabilidad de razón en el planteo que supera la mera verosimilitud en el derecho, y peligro de daño irreparable, extremos reunidos en autos que desameritan exigir cualquier tipo de fianza o caución”. “A los efectos de dar viabilidad a una medida autosatisfactiva la probabilidad necesaria y cierta que lo requerido por el interesado sea atendible constituye un principio de razón no exigiéndose a los fines de dicha comprobación una prueba plena y concluyente”. Juzg. Distrito Civ. y Com. 1ª Nom. Rosario (S.F.) 10.04.00. Ente Administrador Puerto Rosario c/ Puerto Rosario S.A. s/ Medida Autosatisfactiva. ZEUS. T. 83, J-587.

10 CNCom, Sala F, 04.12.2018, “Pereyra Sebastián Gonzalo y otro contra Sefinar SA. sobre medida precautoria” - Expediente COM N° 15912/2018 AL cit. Morello, Augusto M.-Stiglitz, Gabriel, Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Ed. Platense, 1986, pág. 162, punto III.

11 cfr. Peyrano, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, ED 169-1347 y “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, JA 1997-II-929, en: “Pereyra Sebastián Gonzalo y otro contra Sefinar SA sobre medida precautoria”.

12 cfr. Sala F, 14/4/2011, “L.P., H.M. c/Inmobiliaria SAICFIA SA y ots. s/medida precautoria”, Exp. COM69641/200.

13 XIX Congreso de Derecho Procesal – Corrientes – Conclusión 8va..

14 conf. DE LOS SANTOS, Mabel – Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas – Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-800.

En igual sentido se han expedido reiteradamente nuestros tribunales.¹⁵

Cabe señalar que constituyen un remedio práctico y eficaz, cuando por carencia de alguno de los requisitos que exige la ley, o por situaciones insolubles de afección, la persona jurídica se encuentra en una parálisis que puede llevarla a la liquidación¹⁶. No es – como equívocamente se señaló – que se recurre a ellas a fin de eludir las normas aplicables, sino cuando estas normas, especialmente, cuando se aplican en forma literal por parte de los jueces, no brindan solución eficaz al conflicto¹⁷.

Con sustrato en las autosatisfactivas, desde el año 2012, aproximadamente, se han desarrollado las llamadas “anticautelares”¹⁸, cuya finalidad sería evitar el abuso procesal cautelar inminente, y el consecuente menoscabo que el mismo produciría

De este modo el titular de un derecho insatisfecho cuyo deudor se encuentra en mora, puede postular la medida cautelar que se adecúe a las circunstancias, afectando el patrimonio de su deudor. Más si dicha elección está guiada por el propósito de perjudicar al deudor, seleccionando aquella que le es particularmente nociva, tendiendo a dificultar la situación económica financiera del deudor, sin ventajas para el solicitante, porque sus derechos quedarían igualmente asegurados por medio de otra cautelar - lo que acontece asiduamente cuando se solicita por ejemplo una inhibición general de bienes, lo que determina la interrupción del crédito comercial y financiero, o un embargo sobre cuentas, que impide hacer frente al flujo monetario propio del quehacer del embargado, con el propósito de “canjear” la cautelar obtenida por una transacción gravemente perjudicial, aun cuando tenía a su disposición trabar otras precautorias idóneas y eficaces – puede recurrir al auxilio de la novedosa figura.

En resumidas cuentas, procede en situaciones de claro abuso, vulnerabilidad del deudor y urgencia - ya que puede ser objeto en cualquier momento de una cautelar abusiva - como para que pueda despacharse una autosatisfactiva preventiva que hace honor al deber funcional de los jueces de prevenir inconductas en general y abusos procesales en particular. Además de acreditar *prima facie* la existencia de la mencionada situación de vulnerabilidad cautelar, el requirente deberá también demostrar sumariamente: a) que es verosímil que le asiste razón en su planteo porque tal medida cautelar le es especialmente afligente, o que la afectación de determinados bienes le resulta significativamente perjudicial; b) que cuenta con bienes aptos sobre los cuales puede el destinatario de la anticautelar concretar una precautoria que asegure idóneamente sus derechos sin conculcar innecesariamente el giro normal de los negocios del cautelado; c) prestación de una contracautela real y efectiva que responda por los perjuicios que pueda ocasionar al cautelado la selección cautelar restringida que se le impone cuando resulta ser que la precautoria abortada no era realmente abusiva.

15 “... las medidas autosatisfactivas constituyen una creación pretoriana desde que no están contenidas por el marco ritual del procedimiento local, es a todas luces evidente que constituyen una solución urgente, despachable in extremis, cuya finalidad es procurar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que exige pronta y expedita intervención del operador judicial. Más aún, constituyen un proceso urgente autónomo desde que resultan caracterizadas por el hecho de que se agotan con su despacho favorable, no siendo necesaria la iniciación de una acción posterior para evitar la caducidad o decaimiento. De allí que se imponga una mayor prudencia en la apreciación de los requisitos de urgencia y de la probabilidad de que la pretensión sea atendible” C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 1ª. 12/10/05. Cardell, Daniel A. c/ Aguas Provinciales de Santa Fe s/ Medida Autosatisfactiva. ZEUS R. 16. Pág. 838.

16 NISSEN, Ricardo A. c. COLDEMAR SA. – CNA Sala F - Expte 1755/18 – 20.09.2018 – “Burgwardt & Cia. SAIC y AG c/ Cerro del Aguila de Olavarría y otros s/medida precautoria” CNCom. Sala E, 27/2/2013.

17 V. BILBAO ARANDA, Facundo M. “Las medidas autosatisfactivas como remedio genérico para intentar eludir la ley” – LL. 22.11.2018. Respuesta: NISSEN, Ricardo Augusto: “La promoción de la acción de remoción de los administradores no constituye un requisito imprescindible de procedencia de la intervención judicial de sociedades”.

18 PEYRANO, Jorge W, “Las medidas anticautelares”, en La Ley, tomo 2012-B, pág. 670.

Claramente en la especie se encuentran presentes los recaudos vertebrales de toda autosatisfactiva: urgencia, verosimilitud acerca de que le asiste razón al requirente y contracautela¹⁹. Quienes son partidarios de su amplio reconocimiento, sostienen que las leyes procesales sancionan el abuso cautelar²⁰, tal como lo hace el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su artículo 208, al que no suele dársele mayor atención, siendo una disposición de importante sustrato moral, existiendo a la fecha cuanto menos dos antecedentes jurisprudenciales que la admitieron²¹.

Se aplican con mayor frecuencia en otras ramas del derecho, como la “exención de prisión”, que opera como orientación preventiva “*ex ante*”.

Si bien en principio las anticautelares no parecen tener espacio fértil en materia societaria, solo – de manera excepcional – respecto de cuestiones “para-societarias”²², consideramos que la evolución de la figura puede derivar en su efectiva aplicación en este ámbito, y particularmente a fin de obstar la suspensión de la decisión que aprueba los balances y estado de resultados.

Asimismo, la “denuncia anticautelar de bienes” constituye otra forma de una forma de tutela anticautelar que puede resultar de suma importancia en la materia, dado que apunta a evitar que se traben medidas cautelares sin derecho o con abuso o exceso de derecho, apelando a una suerte de levantamiento o sustitución anticipada, ante el conocimiento por parte del posible destinatario de la medida cautelar abusiva, de la acción instaurada en su contra. En definitiva, es poner en conocimiento del juez a cargo de la posible medida, el conjunto de bienes que integran el patrimonio del sujeto pasivo de la misma para que tal medida se ordene sobre bienes efectivamente realizables y se eviten así, perjuicios innecesarios para el solicitante, el demandado, como para eventuales terceros vinculados a este o a los bienes en cuestión.

Corolario

Excede la finalidad de la presente, analizar puntualmente cada cautelar que la ley especial regula, como también, las llamadas “vías alternativas” – por denominarlas de alguna forma, a las que recurrimos los profesionales, tratando de resolver problemas urgentes, cuando el auxilio cautelar resulta imperativo y presumimos que – por carencia de cuestiones formales – se frustraría la admisión de la medida regulada específicamente en la ley.

Las medidas precautorias en la materia son de extrema importancia, por lo que se celebra la creciente admisión de las mismas, en el convencimiento que luego de tanta labor doctrinaria y académica se ha comprendido que lejos de ser prejuizgamientos, una injerencia indebida, impropia y lesiva en los manejos internos del ente, constituyen auxilios de in-

19 DE LOS SANTOS, Mabel, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”, en “Revista de Derecho Procesal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, N° 1, p. 31 y ss.

20 Conf. ANDORNO, Luis – “El abuso del derecho” – Zeus, T. XVI, D 21; MAURINO, Alberto “El abuso del proceso y las normas procesales que fundamentan su aplicación” Zeus T. XXVII, D. 87; PEYRANO, Jorge W “Responsabilidad derivada del abuso del Derecho – en Tácticas en el Proceso Civil – T. II ág. 153/163 – Edit Rubinzal & Culzoni – Santa Fe., 1984.

21 Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial – Sexta Nominación – Rosario: “Centro de Chapas Rosario S.A. c. Administración Provincial de Impuestos API. S. medida cautelar – Expte 674/13. ; STJ Chaco – Sala 1era. Civil, Comercial y Laboral – “Ceshna SA. c. Fundación Encuentro por la Vida, cultura y democracia s. medida cautelar (recurso de inconstitucionalidad). Mientras que en “Centro del Deporte SRL c/API”, que tramitó en el Juzgado de Distrito de la 4º Nominación de Rosario, Agosto de 2013 el juez rechazó in limine la anticautelar, dado que la medida carecía de regulación legal en el Código de Procedimiento, siendo confirmado por la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala IIº, con voto “dividido”.

22 Conf. MORO. Emilio R. “Hay espacio para la medida anti-cautelar en los conflictos societarios?” - en “Jornadas sobre Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor” – págs.437/45 – FIDAS – Mar del Plata 2017

calculable valor a los fines de salvaguardar los derechos de socios, sociedad, y terceros vinculados a estos.

Se encuentra felizmente superada la doctrina judicial del fallo Pereda c. Pampagro²³.

Del mismo modo, lenta pero firmemente, se está revirtiendo el repetido argumento – muchas veces único –, con el que se rechazaba la admisión de una medida, “priorizando el interés social por sobre el interés de los socios,” obviando que el interés social radica –justamente- en el pleno ejercicio de los derechos inderogables de quienes forman parte de la persona jurídica.

Al respecto tiene dicho MARTORELL que “la prudencia de los jueces es el mejor refugio de los delincuentes”²⁴, desafortunadamente, la practica así lo indica en incontables supuestos. Se ha llegado a sostener que la procedencia de las medidas cautelares societarias “...deben evaluarse teniendo en cuenta no solo el eventual perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino primordialmente, para el interés societario que predomina sobre el particular del accionista impugnante...”²⁵

El ejercicio amplio de los derechos de información, voto, percepción de dividendos, acceso a cargos, derecho de preferencia, entre otras diversas facultades que la ley les reconoce expresamente a los accionistas, lejos de contraponerse al interés social, lo integran y fortalecen.

Carece de fundamento legal, más aún, contraviene claras disposiciones del plexo normativo vigente (Art. 16 Constitución Nacional) conferir mayor entidad o tutela al interés social por sobre el interés particular del socio o socios damnificados por una decisión asamblearia ilegítima, por una administración inidónea o infiel, o cualquier otra circunstancia que ponga en peligro grave e inminente derechos cuya tutela urgente se impone, a riesgo de lesionarse irredimiblemente con el transcurso del tiempo e inacción judicial.

Del mismo modo, la imposición de “criterios de interpretación y aplicación de derechos”, cuya sola denominación resulta disfuncional al régimen general imperante en nuestro país, por el que “solo nos está vedado aquello expresamente prohibido” - principios de legalidad y reserva legal -, debe ser objeto de una urgente modificación, puesto que además, viola el principio republicano de división de poderes que consagra nuestra Carta Magna, además de lesionar los de acceso a la justicia e igualdad.

Al respecto, nadie mejor que las palabras de ALBERTI, integrante de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial, para exponer lo que en su opinión constituye el “criterio restrictivo”, puesto que si bien en la oportunidad refería a la apreciación de pruebas, luce claramente aplicable al presente análisis: “...los llamados criterios amplios o restrictivos son excusantes retóricas del cometido de los jueces de analizar las pruebas y de cuanto lo convencen tales diligencias. Son peticiones de principio que oscurecen la trascendencia de la labor de o ir a los testigos, leer los documentos y extraer una conclusión discursivamente expuesta de lo acontecido, tal cual lo hagan suponer sucedidos tales elementos. La realización de esa labor de reconstrucción histórica excluye el establecimiento apriorístico de criterio alguno, porque cualquiera fuere el módulo de interpretación, resultaría indebida-

23 Se resolvió que las decisiones asamblearias – en el caso relativa a necesidad, conveniencia y oportunidad de un aumento de capital, claramente injustificado – no resultan justiciables, quedando exclusivamente reservado a los órganos societarios naturales que tienen competencia en la materia, salvo “arbitrariedad extrema o irracionalidad dañosa, del cual resulten perjuicios para terceros”. (CNCom. Sala D. 22.08.89 – Pereda, Rafael y otro c. Pampagro SA. s. SUMARIO ED 136-189).

24 MARTORELL, Ernesto Eduardo – “La intervención de sociedades. Equívocos, errores y sinrazones” – L.L., 1996 d-1487.

25 “Levy, Diego F y Otros c. LABORATORIOS ESME SAIC s. Ordinario” op. cit. Pág. 8.

mente antepuesto a lo interpretado distorsionaría la pureza del análisis del interprete.”²⁶
La aplicación amplia que se propugna, apunta - claro está -, a situaciones en las que – previo detenido análisis de los elementos que en forma sumaria, pero completa, se deben acompañar a la demanda, sobre la base de un bien entendido criterio de sana crítica racional, ciencia y experiencia –, habilite una vía de auxilio a quien verosíblemente ve peligrar un derecho en forma inminente y grave.²⁷

Sobreabundante resulta aclarar que se dejan a salvo situaciones de abuso, mala fe, desvío e ilicitud, que – como tales – deben ser objeto de rechazo y sanción.

²⁶ CNCom. – Sala D – 16.03.1995 – LL., 1998-D-874, 40.640-S.

²⁷ Fallos, 257:275 - “Editorial Sur SRL”.

INTERVENCIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES. INFORMES DEL VEEDOR

Guillermo Andrés Marcos

SUMARIO

- Los informes del veedor, en el marco de una intervención judicial, pueden ser estimados por el Juez al dictar sentencia, en tanto de ellos resulten datos útiles para la resolución de la contienda.
- Debe preservarse el derecho del demandado mediante la bilateralización de tales reportes, otorgándole la posibilidad de observarlos y ofrecer prueba en tal sentido.

DESARROLLO

Una vez concedida la intervención judicial en la figura de un veedor (art. 115 LGS), el designado debe presentar informes periódicos en los términos de la providencia que lo investió (art. 115 LGS y 227 del CPC).

Proponemos a la discusión los alcances de tales reportes; o sea si pueden estos ser estimados en la sentencia que se dicte en relación a la acción de fondo.

La postura en contra es de la Cámara Nacional de Comercio por sus Salas B, D y E:

"...No procede utilizar una llamada medida cautelar -en el caso, una veeduría- como medio probatorio, y si bien en ocasiones el informe del veedor puede constituir prueba de alteraciones perjudiciales en el patrimonio de la sociedad, del estado de cosas, o de irregularidades en la gestión comercial-societaria, ello puede aceptarse como defecto de la medida cautelar y no como objeto de la misma..." (CNCom., Sala D, 8/05/2000, "Multicanal S.A. c/ Supercanal S.A. y otro s/ medida cautelar", Revista de Sociedades y Concursos Núm. 5, Julio-Agosto, 2000, p. 250).

"...La designación de un interventor no podría ser empleada como medio de determinar o confirmar si se configuran las irregularidades denunciadas, dado que las mismas deberán ser esclarecidas en la etapa procesal oportuna..." (CNCom., Sala E, 12/12/2000, "Sucesión de Veglio Bozzi c/ Bozzi Hnos. S.A. s/ Sumario", Revista de Sociedades y Concursos núm. 8, Enero-Febrero, 2001, p. 206).

"...No se soslaya que mediante este procedimiento también se acciona de responsabilidad y se persigue la remoción del gerente Antonio Canistra. Sin embargo, ello no importa que los períodos cuestionados en el desempeño del aludido administrador deban ser analizados por quien fuera designado veedor, pues dicha tarea integra la órbita de las cuestiones sometidas a prueba en tanto deriva de hechos controvertidos entre la partes (arg. arts. 359, 360 y cedes Cpcc.). En resumen, la tarea del veedor refiere a la vigilancia de operaciones y actividades para informar al juzgado (arg. art. 226 Cpcc.), lo que implica la posibilidad de controlar las operaciones que realice la sociedad en la contabilidad de la misma y requerir comprobantes correspondientes a los efectos de poder informar al juzgado, sin que ello signifique de ninguna manera producir informes probatorios sobre la totalidad de los balances aprobados durante la vida del ente, pues con ello se excedería ampliamente el objeto de la medida..." (Cám. Nac. Com. Sala B, 30/12/2008, "Halbide,

Néstor c/ Consultoría y Logística Aduanera S.R.L. y otros s/ ordinario s/ incidente de medidas cautelares”).

Sostenemos la tesis contraria, o sea, pensamos que el Juez se encuentra facultado a fundamentar su sentencia en los reportes del veedor, sobre la base de los siguientes argumentos: No puede desconocerse el riesgo de que el derecho de defensa resulte conculcado al incorporarse al proceso elementos de prueba que no fueron ofrecidos con la demanda.

No obstante ello, las objeciones referidas al debido proceso podrían muy bien ser sorteadas mediante un traslado previo al demandado, a fin de que éste ejerza su derecho, previo a que las constancias colectadas durante la intervención, al igual que los informes del funcionario, se incorporen al expediente y puedan ser consideradas en la sentencia.

Por otra parte, no puede olvidarse que el Juez puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados como hechos nuevos (Art. 163 inc. 6 del CPCPBA, idéntico al Código Procesal de la Nación).

No nos parece que, encontrándose incorporados a la causa elementos de cargo que permitan tener acreditadas las infracciones que se denuncian en la demanda, el Juez pueda renunciar a su consideración por obstáculos procesales.

Ha sido la propia Corte Nacional la que ha descalificado fallos que se han apartado “...de manera evidente de las constancias de la causa...” (CS, 14/10/2003, SAIJ SUA0065076).

Según Palacio, en relación al principio de instrumentalidad y a las formas, éstas no constituyen un fin en sí mismas, sino simples medios destinados a asegurar la más ordenada y justa solución de los litigios (derecho Procesal Civil, Tomo I, pág.294, Abeledo Perrot, agosto de 1990).

Ello impone que el juez falle en función de las constancias de la causa, soslayando las formas cuando éstas resultan un obstáculo para conocer la verdad real o se conviertan en un estéril ritualismo.

INTERVENCIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES

MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA

Pablo Ernesto Mármol

SUMARIO

I.- Tema. II.- La intervención judicial de sociedades. III.- Naturaleza jurídica. III.- Medida cautelar autónoma. V.- Propuesta de “*lege lata*”.

I.- TEMA

Luego de una vasta experiencia, se ha podido apreciar en la doctrina judicial mayoritaria qué -en la *praxis*- al momento de requerir la intervención judicial de una sociedad, una multiplicidad de situaciones, tales como: el carácter restrictivo de la medida, el peligro grave, la defensa en juicio, eventuales traslados, el carácter contencioso y otras cuestiones procesales, terminan desencadenando un trámite engorroso y complicado que impide, ciertamente, lograr el objetivo anhelado por él o los socios que requieren de una medida judicial para proteger sus intereses.

No en vano, los diversos instrumentos puestos a disposición de los operadores jurídicos a los fines de lograr la tan esperada providencia anticipatoria, termina con un trámite incidental, contencioso y/o dilatorio, en el que se diluye el objetivo deseado: “lograr la intervención judicial de la sociedad”, la mayor de las veces.

Es por ello, que se considera que la intervención -como tal- debe ser analizada en ocasión de su presentación como una medida cautelar autónoma, sin ningún tipo de intervención por parte de la sociedad o los socios administradores, a los fines de evitar su dilación y/o virtual paralización perjudicando, de esta forma, el interés de él o los socios minoritarios en lograr una tutela que sea efectiva.

De ahí que resulta conveniente y sano para la vida de la sociedad que la intervención, una vez acreditados los extremos necesarios para que la misma sea proveída, sea ordenada sin admitir la participación de la sociedad y así evitar incidencias y dilaciones innecesarias, para lo cual el socio que la requiere deberá cumplir con una serie de exigencias -de gran significación- las cuales conducirán al juez, en caso de acreditar los extremos conducentes, a ordenarla en forma preventiva y autónoma.

II.- LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES

El comercio, expresa Martín y Herrera¹, descansa sobre tres bases fundamentales: el crédito, la celeridad y la seguridad; “el alma del crédito es la confianza y la confianza supone a la vez la buena fe y la exactitud en el cumplimiento de los compromisos contraídos”².

En el estricto marco del ámbito societario, los aportes de capital, la incorporación de nue-

¹ Cit. por Curti, Olimpo, *La libertad de Comercio*, ed. Carbonato, Buenos Aires, 1957, pág. 35.

² Cit por Mercado de Sala, María Cristina, A 50 años de su sanción... *La ley de Sociedades Comerciales ayer y hoy...*, TR La Ley AR/DOC/1304/2022.

vos socios, el respeto por las minorías, requieren también de una adecuada protección, lo cual contribuye a la, tan anhelada, seguridad jurídica.

Quienes realizan una inversión (adquisición de cuotas, acciones) pretenden -transcurrido algún tiempo- obtener ganancias, recibir información adecuada, precisa y actualizada de la gestión de la administración del patrimonio social, lo cual representa el *nomen iuris* del *good corporate governance*.

Ahora bien, esta expresión de deseos, no siempre es acompañada por la realidad en la vida de las sociedades. La mayor de las veces, tenemos administradores que omiten cumplir con el deber de información que es exigible (arts. 55, 63, 65, 66, LGS), no convocan a asamblea, no distribuyen dividendos, perciben honorarios violando el estatuto o las previsiones del art. 261 de la ley 19.550 llegando, incluso -con una mayoría cómplice- a autorizar a la gerencia o directorio a fijar sus emolumentos en forma discrecional y al margen del ordenamiento societario.

Frente a estas situaciones, y tantas otras que podrían describirse, lo cual podría llenar varias páginas, los socios que ven vulnerados sus derechos y agotadas las vías internas societarias, no encuentran otras opciones que no sea la de lograr la intervención de la sociedad, a los fines de impedir se sigan vulnerando sus legítimos derechos e intereses, con el claro y evidente perjuicio del subyacente, y siempre latente, interés social.

Lo cierto es que en la práctica la cuestión relativa a las medidas cautelares que disponen la intervención judicial de una sociedad, no siempre tienen favorable acogida por parte de los tribunales comerciales, inclusive cuando el socio requirente es titular de la mayoría del capital social, alegándose no haber agotado las vías societarias internas, o bien no haber peticionado con antelación la convocatoria a asamblea de socios³; no haber sido habilitado para votar en las asambleas⁴ y tantos otros supuestos.

En buena parte de las situaciones que llevan a uno o varios socios a reclamar el amparo judicial para conseguir que se intervenga la administración de la sociedad, el mismo concluye con un trámite incidentado, meses o años de demora, y cuando al fin pareciera llegar el día tan esperado, la medida deviene en abstracto por diversas circunstancias o estrategias dilatorias seguidas por la sociedad.

De ahí la necesidad de precisar el alcance y naturaleza de la medida que dispone la intervención judicial de una persona jurídica.

III.- NATURALEZA JURÍDICA

El tema que se desarrolla en estas líneas surge a raíz de las distintas interpretaciones acerca del carácter y naturaleza jurídica de la intervención judicial, a lo que se suma una doctrina

3 "La intervención judicial de una sociedad solicitada por quien es titular del 80% de las acciones con sustento en diversas irregularidades que habrían sido cometidas por el propietario del restante 20% debe rechazarse, en tanto aquel no demostró haber acudido previamente a los remedios que concede la ley de fondo y tampoco haber solicitado la convocatoria judicial a asamblea (art. 236, LGS), máxime cuando las inconductas denunciadas requieren de un minucioso análisis que resulta improcedente efectuar con el mero aporte argumental de la parte requirente" (CNCom., sala D, 02/08/2016, "Sosa, José Salgado c. Suárez, Héctor Osvaldo s/Sumarísimo", TR La Ley AR/JUR/52685/2016).

4 "La decisión de dejar comparecer al socio actor en la asamblea impugnada, con voz pero sin voto y con fundamento en la falta de acreditación de su inscripción registral en los términos del art.123 de la ley 19.550, podría configurar una conducta irregular de los administradores en tanto no concurrirían los supuestos previstos en la ley que obligan al accionista a abstenerse de votar más no supone de por sí la existencia de peligro grave para el ente de acuerdo al art. 113 de la ley 19.550, que es lo relevante para disponer la intervención judicial" (CNCom., sala E, 28/06/2013, "South American Energy Development, LLC c. Fides Group S.A. y otros s/Ordinario", TR La Ley AR/JUR/39895/2013).

judicial lenta, al extremo cautelosa y, muchas veces, complaciente y protectora del derecho de defensa en juicio (art. 16, CN) desnaturalizando el verdadero sentido y alcance de la medida, sobre todo en los actuales momentos de crisis que se viven, lo cual perjudica a los socios y la diversificación de las inversiones.

La realidad es que en el caso de la intervención judicial de sociedades (art. 113, LGS) confluyen normas de fondo y forma, por cuanto se trata de una medida prevista en la ley 19.550 que posee connotaciones propias de las medidas cautelares (art. 198, CPCyCN) la que, en principio y finalmente, debe proveerse *inaudita et altera pars*.

Conforme predica autorizada doctrina, la intervención judicial es una medida cautelar, lo cual prácticamente ya no se discute. Ahora bien, resulta necesario indagar si la misma, como tal, es contenciosa o voluntaria.

Al efecto, Cámara se enrola en la posición que sostiene que se trata de una medida de carácter voluntaria⁵, y en un sentido contrario Roitman⁶ y Arazi⁷ entienden que se trata de un proceso cautelar de carácter contencioso, posición ésta a la que adhiere Molina Sandoval⁸. Respetuosamente, disiento con tan calificada doctrina, por las siguientes justificaciones: En primer lugar, a los fines de lograr la medida con carácter anticipatoria, cautelar y preventiva, el sujeto que la requiera debe acreditar los siguientes extremos:

- 1) Calidad de socio (art. 113, LGS);
- 2) Que agotó las vías internas societarias (art. 114, LGS);
- 3) Que los administradores realizaron actos o incurrieron en omisiones que colocaron a la persona jurídica en grave peligro (lo cual requiere algunas precisiones) (art. 114, LGS);
- 4) Que promovió acción de remoción de los administradores⁹ (art. 114, LGS);
- 5) Que el requirente de la medida prestó la contracautela que fije el juez (normalmente una anotación de embargo sobre un bien de propiedad del socio), de acuerdo con las circunstancias del caso, a los efectos de garantizar los perjuicios que la intervención pueda causar a la sociedad previendo, incluso, las costas causídicas del juicio (art. 116, LGS).

El Derecho que el régimen societario le confiere a él o los socios disconformes con la gestión que lleva adelante la administración de la empresa nace, normalmente, producto de una deficiente tarea o la realización de actos u omisiones que ponen en peligro, real y actual, la participación del socio y la existencia misma de la sociedad.

Y aquí el primer escollo en la ley lo trata con precisión -en posición que comparto- Farina, quien al analizar el art. 113 de la ley 19.550 considera: "Sería suficiente para que proceda dicha medida cautelar, el supuesto de "peligro" pero, que sea "grave" es una exageración, ya que mediante esta medida se pretende tutelar a la sociedad y al derecho de los socios (en lo común, minoritarios), por lo que medir la entidad del peligro para calificar de "grave" puede conducirlos a la inocuidad de esta medida"¹⁰.

A lo largo de los años, los tribunales competentes en la materia se han apropiado de un

5 Cámara, Héctor, *Derecho societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903*, ed. Depalma, 1985, pág. 613.

6 Roitman, Horacio, *Intervención judicial*, RDPC 2001 - 1, pág. 246.

7 Arazi, Roland, *Medidas cautelares*, ed. Astrea, 1997, pág. 168.

8 Molina Sandoval, Carlos, *Intervención judicial de Sociedades Comerciales*, ed. La Ley, 2003, pág. 29.

9 La falta de promoción de la acción de remoción justifica el rechazo del pedido de intervención judicial, con fundamento en el incumplimiento por parte del solicitante de los requisitos previstos al efecto por el art. 114 LGS (CNCom., sala A, 13/03/2013, "Schusterman, Martín y otro c. Kop 2506 S.R.L. s/Medida precautoria", La Ley 02/07/2013, 7 La Ley 2013-D, 113 DJ 02/10/2013, 79, TR La Ley AR/JUR/14537/2013).

10 Farina, Juan. M., *Derecho de las Sociedades Comerciales*, ed. Astrea, Bs.As., 2011, pág.401.

supuesto no definido, como lo es medir la entidad de la gravedad¹¹, para no dar lugar a una medida totalmente legítima que busca, en definitiva, la revisión y control del desempeño de los administradores y el perjuicio para la sociedad y los socios.

Es decir que la medida, cuya anticipación de tutela se disponga, no pretende causar un mayor daño, ni entorpecer el buen ejercicio social y, por el contrario, busca la protección de la sociedad y, en algunos casos, el resguardo del interés social frente a administradores inescrupulosos, cuando socios minoritarios, perjudicados en sus expectativas de obtener dividendos -lo cual es esperable de una prolija gestión social- recurren al amparo de la justicia, invocando el interés social y cuantos argumentos existan para, luego de un largo viacrucis, obtener una medida que cubra sus expectativas en forma pragmática.

Por otro lado, al ser el texto de la Ley General de Sociedades amplio en su terminología, cuando refiere a “medidas cautelares”, en efecto, produce un número importante de posibilidades de su ejercicio. En el mismo sentido, Romano fijó posición, al decir: “el hecho que nos encontremos con normas procesales en la Ley General de Sociedades, no impide que a una causa de índole societaria se apliquen medidas cautelares contenidas, expresa o implícitamente, en los códigos de procedimientos, y las restantes herramientas y principios procesales aceptados por la doctrina y por la jurisprudencia, cuando ellos no se contraponen con las disposiciones de ley de fondo¹².”

Ahora bien, disiento con la posición que admitiría esta cautela con el carácter de medida autosatisfactiva. Las medidas autosatisfactivas se agotan en sí mismas, una vez que son ordenadas y son irrevisables, puesto que se trata de un caso excepcional donde es necesario obtener prontamente la satisfacción de lo pretendido; mientras que la medida que dispone la intervención en sus diversas graduaciones puede ser modificada o, incluso, dejada sin efecto cuando las circunstancias así lo indiquen.

Por ello, lo que intento expresar es que el ordenamiento societario no impide la posibilidad de que se ordene la intervención judicial, en base a otro tipo de medida cautelar, puesto que lo que no está prohibido está, tácitamente, permitido, siempre siguiendo los parámetros legales requeridos por el ordenamiento societario.

En este sentido, considero que para una mayor eficacia de la medida cuyo análisis motiva este trabajo, para que realmente constituya un remedio técnico para proteger el interés social que se intenta resguardar, la intervención judicial debe ser ordenada mediante una medida cautelar de carácter autónoma sin que, necesariamente, dependa de una suerte de sustanciación, lo que en la praxis se hace, a veces, con sustento en el derecho de defensa en juicio, el temor a un perjuicio mayor o cualquier otra justificación.

La designación de un contador público para que analice la documentación e información contable en un breve plazo -sin la intervención y/o participación de la sociedad- resulta más que suficiente para que el juez ordene la medida sin dilaciones, corroborados los hechos denunciados.

Algo semejante plantea el Anteproyecto de Ley de Sociedades, y que es plasmado a su vez

11 Se ha resuelto en un caso de aplicación al supuesto analizado que “Las irregularidades acreditadas en el manejo de una sociedad anónima, relacionadas con la escasa información brindada sobre los balances y la insuficiente justificación respecto del tiempo durante el cual estos no fueron evaluados, autoriza la designación de un veedor informante, pero son insuficientes para admitir la intervención judicial, pues esta es una medida de excepción a la que puede recurrirse una vez agotadas todas las posibles instancias, para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones u omisiones del ente (CNCom., sala B, 31/07/2012, “Estevez Vergara, Susana Beatriz y otro c. Tandilagro S.A. y otros s/Ordinario”, TR La Ley AR/JUR/44062/2012).

12 Romano, Alberto Antonio, *La intervención judicial de una sociedad como medida autosatisfactiva*, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, ed. Advocatus, Córdoba, 2019, pág. 2227.

por Fernández Moores en el “IX Congreso Argentino de Derecho Societario”, de donde surgen cambios importantes en el tratamiento del instituto de la intervención judicial, proponiendo la distinción entre la designación de uno o varios veedores o ejecutores de medidas concretas, de los administradores o coadministradores que desplazan a los, provisoriamente, designados por la sociedad, sugiriendo el proyecto que para los primeros (veedores y ejecutores) no se exija la promoción de la acción de remoción, por lo que parecería inferir que se trata de medidas de carácter autónomo (actual art 115 de la LGS), manteniendo para el caso de los segundos, los requisitos de la ley vigente”¹³.

Tampoco sería admisible la participación de la sociedad en este proceso, ya sea a título de correrle una vista, o bien permitir su incorporación, aunque pretenda hacerlo, toda vez que ello atentaría contra el objetivo de la medida, la cual puede concederse, de acuerdo a la entidad del negocio, de varias maneras: con la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores, o de uno o varios administradores (art. 115, LGS), teniendo en consideración las graves irregularidades detectadas.

Del análisis de las consideraciones efectuadas puede desprenderse que la idea fuerza planteada es acertada, frente a la rigidez de la ley vigente, ya que a pesar de haber sido propuesta en el Congreso de Derecho Societario del año 2004, cobra actualidad al ser un conflicto frecuente, sin que exista una solución concreta. Incluso, la modificación a la Ley General de Sociedades debería ser más profunda, no exigiendo la acción de remoción, como requisito sine qua non, en todos los casos, ya que existen otro tipo de conflictos que no ameritan el desplazamiento del administrador.

Dentro de este grupo podemos encontrar algunos supuestos, entre los que se puede mencionar los siguientes:

- 1) no se presentan balances y estados contables durante varios ejercicios económicos;
- 2) no se distribuyen utilidades a los socios durante un periodo prolongado;
- 3) hay conflicto o dudas fundadas respecto a la gestión, por falta de información;
- 4) existen disidencias graves entre socios que conducen el negocio y el resto de los integrantes del capital que impiden el buen funcionamiento;
- 5) preexisten acciones judiciales que declararon la nulidad de asambleas;
- 6) hay incumplimientos sistemáticos en presentar la memoria por parte de los administradores;
- 7) reiterada violación del deber de información;
- 8) sustitución, extravío o pérdida intencional de libro de registro societarios, entre tantos otros.

En estos casos, entiendo, más allá de la exigencia de una contracautela para que proceda la medida, corresponde analizar ésta con carácter autónomo y comprensivo de la complejidad que se plantea con su petición y visibilizando el interés de él o los socios peticionarios de la medida.

Adviértase que la sociedad continúa funcionando, con total normalidad, puesto que el juez al ordenar la intervención deberá fijar la misión que deberá cumplir él o los administradores “interventores” y las atribuciones que les asigne de acuerdo con sus funciones.

De igual modo, considero, cabe la aplicación de la medida cautelar autónoma en los casos que resulte evidente la existencia de una gestión promiscua que *prima facie* amerite el

¹³ Fernández Moores, Javier E., ¿La designación de administrador judicial es una medida cautelar?, IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, 2004, pág. 271.

desplazamiento de los administradores.

Todo ello, conforme lo refieren las disposiciones de los arts. 113 y 114 de Ley General de Sociedades y la presentación de las pruebas que den fundamento a los hechos que originan el reclamo.

La necesaria designación de un administrador o coadministrador provisorios, no implica la destitución definitiva de los administradores titulares; y la intervención, en definitiva, debería ser ordenada por el juez de acuerdo a los elementos de prueba agregados a la cautelar y aquellos otros que acompañe el socio con la remoción de los administradores para lograr, luego de un largo devenir, una esperada y pronta orden de intervención judicial.

V.- PROPUESTA

De “*lege lata*” debe entenderse que la medida cautelar prevista en el art. 113 y concordantes de la ley 19.550 tiene como naturaleza jurídica el carácter de medida cautelar autónoma, cuyo mandamiento debe ser realizado en aquellos casos en que el o los socios acrediten el cumplimiento de las exigencias y el juez tenga la mera sospecha -no es necesario que la misma sea grave- de que los administradores incumplen el estatuto social o la Ley General de Sociedades.

SUSPENSIÓN JUDICIAL DE CONVOCATORIA A ASAMBLEA POR PARTE DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. SUPUESTOS

Pablo Ernesto Mármol

SUMARIO

I.- Tema. II.- La convocatoria a asamblea realizada por el órgano de administración. III.- Supuestos en que procedería ordenar judicialmente la suspensión del cónclave. V.-Propuesta de “*lege lata*”.

I.- TEMA

La dispar conducta que adoptan los administradores de sociedades, en ciertas circunstancias, conlleva -a la postre- la promoción de acciones judiciales que culminan con la declaración de nulidad de una asamblea de socios y, eventualmente, con los daños que ello pudiere acarrear para la sociedad como, asimismo, por las responsabilidades que podrían derivarse para administradores y socios.

Existen diversas situaciones que permitirían *ab initio* declarar la nulidad de la convocatoria y evitar los perjuicios y el desgaste jurisdiccional que importa la declaración de nulidad de una asamblea, transcurridos, a veces, varios años desde su celebración.

II.- LA CONVOCATORIA A ASAMBLEA REALIZADA POR PARTE DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

El derecho de información, la observación a las disposiciones del estatuto social, el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley 19.550, la declaración de invalidez de una asamblea y la conducta negligente de los administradores, se presentan como escenarios propicios para la declaración de invalidez de una convocatoria a asamblea, cuando podría admitirse *ab initio* que la sociedad ha incurrido en omisiones que podrían acarrear su posterior nulidad por vicios en la convocatoria u otras atendibles razones.

Cuando los administradores -la mayor de las veces socios en la mayoría de las sociedades de nuestro país- el síndico¹ o el consejo de vigilancia² no cumplieron con su obligación legal de convocar a asamblea ordinaria para tratar estados contables (sobre todo cuando se van a tratar más de un ejercicio económico), cuando la sociedad omite cumplir con el régimen de comunicaciones previstos en el estatuto o en la ley³, sin cumplir con la debida antelación para que el socio pueda ejercitar sus derechos (con 15 días de antelación)⁴, se produce una situación que permitiría a él o los socios, virtualmente perjudicados por aquella omisión

1 Art. 294, LGS.

2 Art. 281 inc. b, LGS.

3 “... Toda comunicación o citación a los socios debe dirigirse al domicilio expresado en el instrumento de constitución, salvo que se haya notificado su cambio a la gerencia (art. 159 in fin ley 19.550).

4 “En la sede social deben quedar copias del balance, del estado de resultados del ejercicio y del estado de evolución del patrimonio neto, y de notas, informaciones complementarias y cuadros anexos, a disposición de los socios o accionistas, con no menos de quince (15) días de anticipación a su consideración por ellos. Cuando corresponda, también se mantendrán a su disposición copias de la memoria del directorio o de los administradores y del informe de los síndicos” (art. 67, ley 19.550).

al impedirles poder votar conociendo en detalle y con suficiente antelación la situación de la firma, impedir la celebración de la reunión de socios, cuando la misma -convocatoria- se encuentra viciada.

El otorgamiento de una medida de no innovar permitiría se deje sin efecto la convocatoria realizada con yerros, omisiones y/o violación del deber de información, ordenando se disponga realizar una nueva invitación, una vez que la sociedad -en cumplimiento de las previsiones contenidas en los arts. 67, 69, 159 in fine, 234 y 235- entre otros, de la Ley General de Sociedades, cumpla con las exigencias legales y *ex post* formalice una nueva reunión. Evidentemente, la convocatoria efectuada por el órgano de administración en forma intempestiva, confusa, omitiendo información necesaria para los socios y violando las disposiciones de la ley 19.550 o el estatuto social, tiene como única finalidad sustraerse, elípticamente, de las disposiciones que regulan el régimen societario buscando, de esta forma, purgar una conducta negligente y desaprensiva.

III.- SUPUESTOS EN QUE PROCEDERÍA ORDENAR JUDICIALMENTE LA SUSPENSIÓN DEL CÓNCLAVE

Existen numerosos hechos negligentes y/u omisiones injustificables que fundamentan una medida como la que habilitaría la suspensión de la convocatoria a asamblea por parte del órgano judicial. A saber:

- 1) La comunicación o publicación defectuosa o realizada en forma extemporánea que impide a él o los socios tomar conocimiento con suficiente antelación de la documentación contable e información que serviría de base para considerar uno o varios estados contables, lo cual viola la previsión contenida en el art. 67 de la ley 19.550⁵.
- 2) La propuesta de dejar a cargo del órgano de administración la fijación de la retribución u honorarios que se liquidarían a favor de los administradores, cuando tal previsión no está contenida en el estatuto social⁶.
- 3) La omisión de considerar la memoria como punto del orden del día, lo cual llevaría después a anular e invalidar la asamblea⁷. Y, al decir de Verón, si bien la memoria no es en sí un estado contable, ni un anexo del balance, ni tampoco lo integra, sí contiene información complementaria de dichos estados contables⁸. Por ello es que su insuficiencia, vaguedad, o ausencia puede llegar a ocasionar la nulidad de la decisión de la asamblea que aprueba los referidos estados⁹.
- 4) El cambio de sede de la sociedad sin haberse observado los recaudos contemplados en el art. 5 de la LGS, esto es su inscripción y publicación, efectuando una convocatoria a asamblea, lo cual configura un incumplimiento grave, pues el conocimiento de este dato es necesario para el ejercicio del derecho de los socios (art. 55, LGS).

5 "En la sede social deben quedar copias del balance, del estado de resultados del ejercicio y del estado de evolución del patrimonio neto, y de notas, informaciones complementarias y cuadros anexos, a disposición de los socios o accionistas, con no menos de quince (15) días de anticipación a su consideración por ellos. Cuando corresponda, también se mantendrán a su disposición copias de la memoria del directorio o de los administradores y del informe de los síndicos..".

6 "El estatuto podrá establecer la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia; en su defecto, la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia en su caso" (art. 261, LGS).

7 CNCom., sala C, "Mann, Armando Adalberto y otros c. Aldeax S.A. s/Ordinario s/Incidente de apelación", DJ 30/01/2013, 42, TR La Ley AR/JUR/43886/2012.

8 Verón, Alberto Víctor, *Estados contables y libros de comercio*, edit. Abaco, 1978, pág. 277; Isaac Halperín - Julio C. Otaegui, *Sociedades anónimas*, edit. Depalma, 1998, pág. 607; Sasot Betes - Sasot, *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, ed. Abaco, 1980, pág. 436.

9 cfr. CNCom., esta Sala, en autos "Uranga Gabriel c. Sugmo S.R.L. y otros s/Sum", del 15.02.00.

5) La asamblea convocada para lograr un aumento de capital superior al quíntuplo, cuando no se cuenta con información precisa, ni con la confección de la memoria de los administradores –en el caso, la asamblea los dispensó de realizarla- y de la copia del acta surge que ninguna razón se brindó, en tal ocasión, a los efectos de justificar la medida¹⁰.

6) La convocatoria a asamblea para decidir la reforma del estatuto social, si se omitió considerar en el aviso el lugar donde se iba a celebrar la reunión de socios, así como su fecha y hora¹¹.

7) La convocatoria a asamblea en la que se ha propuesto tratar cuestiones relativas a ejercicios económicos cuya aprobación fue suspendida cautelarmente en otro proceso suscitado entre las mismas partes que los trataron, considerando que no se ha invocado que se trate de un supuesto de revocación de dichos actos (art. 254, segundo párrafo, Ley 19.550)¹².

La elencación efectuada no es un *numerus clausus*, pudiendo encontrar una gran variedad de escenarios similares.

Adviértase que de la resolución que pueda adoptarse en la asamblea de socios se derivan -o pueden derivarse- consecuencias sustanciales inmediatas, dado que, además de que la contabilidad, es el único canal de información a terceros, también puede constituirse en la fuente del nacimiento de derechos y obligaciones de los accionistas que, eventualmente, sólo pueden hallar adecuada tutela por la vía de la suspensión en la celebración de la reunión de socios.

Sabido es que son requisitos de procedencia de las medidas cautelares la acreditación de la verosimilitud del Derecho invocado y el peligro en la demora.

Respecto del primer recaudo, reiteradamente, se ha sostenido que para conseguir el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar es preciso -al menos- la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el peticionante (*fumus bonis iuris*) en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese Derecho. No se trata de exigir, a los fines de esa comprobación, una prueba concluyente; empero, es necesario como mínimo una mera demostración¹³.

No deberá dejarse de lado que para la procedencia de la medida cautelar de no innovar se requiere el cumplimiento de las exigencias del art. 226 del CPCyCN, en cuya virtud no es preciso la existencia de certeza del derecho invocado, sino que resulta suficiente la mera verosimilitud; es decir, que *prima facie* se advierta la posibilidad de la existencia del Derecho invocado, sin perjuicio de que la cuestión se resuelva, en definitiva, en base a las probanzas a realizarse en el curso del proceso.

En esta materia, el Código Civil y Comercial de la Nación -aplicable a la medida cautelar que se propone para ciertas situaciones que requieren una tutela anticipada- ha marcado

10 CNCom., sala C, "Álvarez, Alberto Jorge c. G4s Detcon S.A. y otros s/ Medida precautoria", DJ 24/07/2013, 58, TR La Ley AR/JUR/5599/2013.

11 "Cabe declarar la nulidad de la reforma del estatuto social decidido en la asamblea de la sociedad demandada si, en el aviso de la asamblea se omitió consignar el lugar donde se iba a celebrar el acto, así como su fecha y hora, y frente a la intimación cursada por el actor se mantuvo silencio al respecto ya que, dicho proceder impidió al actor asistir a la asamblea y, de esa forma, hacer valer sus derechos sociales en la misma" (CamApelCivCom., Tucumán, sala III, "Saravia de Rodero, Estela Susana c. Sanatorio Sarmiento S.R.L.", LLNOA 2008 (abril), 277 IMP 2008-9 (Mayo), 822 LLNOA 2008 (setiembre), 743 con nota de Alberto Víctor Verón • TR LALEY AR/JUR/10688/2007).

12 CNCom., sala B, "F., D. c. Viacart S.A. s/Ordinario s/Incidente art 250 Cód. Proc.", 25/04/2014, TR La Ley AR/JUR/23160/2014).

13 cfr. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, T. VIII, pág. 33 núm 1223; CNCiv, Sala A, 23.2.90).

un nuevo rumbo reconociendo, expresamente, la función preventiva del daño en el art. 1710¹⁴ CCCN, estableciendo que "toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado y adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o no agravar el daño, si ya se produjo".

A los fines de tornar operativa dicha función, el mencionado cuerpo normativo estableció que toda persona que tiene un interés legítimo puede promover una acción preventiva, la cual procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, sin que resulte exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Todas las veces que el titular de un Derecho pretenda ejercerlo para servirse a propósitos reñidos con la buena fe, hay una desviación del poder jurídico que la norma ha otorgado en cuanto no media concordancia con la finalidad por la cual ésta confiere aquellos poderes. En estos casos, el abuso del derecho se configura y es deber del juez poner coto a una conducta reñida con aquel principio señero del Derecho.

Concluyendo, tal como lo refiere doctrina especializada "...si se intenta reunir una asamblea que adolece de vicios graves en su convocación, cualquier accionista (cuotapartista) podrá recurrir a la justicia a fin de que se ordene su suspensión para evitar perjuicios que pueden ser irreparables"¹⁵.

El despacho favorable de una medida cautelar de no innovar que ordene la suspensión de la celebración de la junta, y la fijación de una nueva fecha para su realización, exigiendo que los administradores cumplan con las disposiciones de la ley o el estatuto, causaría menos perjuicio que la posterior nulidad de la asamblea que se celebre cuando esta nació con vicios desde su gestación.

En sentido favorable a la procedencia de una medida como la que se propone para un caso puntual, se ha dicho: "La sola duda de que la asamblea no haya sido convocada en debida forma, según era práctica en la sociedad, más allá de la publicación edictal, hace procedente confirmar la resolución que suspendió lo decidido, ya que la disolución societaria sería de imposible reversión en caso de declararse nula la asamblea"¹⁶.

V- PROPUESTA

De "*lege lata*", en el caso de que los administradores, el síndico o el consejo de vigilancia convoquen a asamblea de socios en violación de las disposiciones de la ley 19.550 o el estatuto social, resulta admisible la previsión contenida en el art. 226 del CPCyCN, en cuya virtud no es preciso la existencia de certeza del derecho invocado, sino que resulta suficiente la mera verosimilitud y acreditación de las circunstancias fácticas que justifiquen la suspensión de la convocatoria evitando, de esta manera, los perjuicios que podrían devengarse de llevarse a cabo la reunión de socios.

14 Art. 1710, CCCN: Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

15 Farina, Juan M., *Derecho de las sociedades comerciales*, ed. Astrea, Bs. As., 2011, t. 2, pág. 402.

16 CNCom., sala C, "Lagomarsino, Alicia Susana c. Tecno Megnyer S.A. s/Ordinario", 18/06/2012, Fallos: cita Microjuris MJ-JU-M-74138-AR|MJJ74138|MJJ74138.

INTERVENCIÓN JUDICIAL AUTOSATISFACTIVA EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES URUGUAYAS

Claudia Vallarino y Ricardo Olivera García

SUMARIO

La Ley uruguaya N° 16.060 regula la intervención judicial autosatisfactiva de las sociedades comerciales cuando no actúen los órganos sociales o, cuando actuando, no sea posible adoptar decisiones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social. En la ponencia se descarta la naturaleza de este instituto como medida cautelar, se analizan los requisitos para su imposición y otros problemas procesales que este instituto plantea. En la medida que existen varios proyectos de reforma del régimen societario argentino que prevén la incorporación del instituto, pretendemos que la ponencia pueda representar además un aporte para el estudio de los mismos.

1. Planteo de la cuestión.

En Uruguay la intervención judicial autosatisfactiva está consagrada legalmente desde la sanción de la Ley N° 16.060 (4 de septiembre de 1989), en adelante LSCU. No obstante la consagración legislativa, hay algunos aspectos que se siguen debatiendo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por su parte, en Argentina la Ley General de Sociedades N° 19.550 no consagra a texto expreso esta medida, si bien la misma ha sido admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. La figura ha sido además recogida en los dos proyectos de reforma de la Ley N° 19.550: el del 2005 (Bergel, Anaya y Echeverry) y el de 2019 (Manóvil, Ragazzi, Rivera, Rovira y Calcaterra). Sin embargo, a la fecha, ninguno de estos proyectos recibió consagración legal.

En ese contexto regional, el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa nos pareció una oportunidad para referirnos a nuestra solución legal y debatir ideas sobre las cuales sigue existiendo controversia.

En la Ley N° 16.060, la intervención judicial autosatisfactiva está consagrada en la sección denominada "INTERVENCIÓN JUDICIAL" (arts. 184 a 189) que se encuentra dentro de las disposiciones generales de la LSCU.

El inciso 1° del art. 184 dice que procede la intervención judicial como medida cautelar cuando el o los administradores de la sociedad: a) realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave; o b) nieguen a los socios o accionistas el ejercicio de derechos esenciales.

Por su parte, el inciso 2° dice que también procede cuando no actúen los órganos sociales o, cuando actuando, no sea posible adoptar decisiones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social. Este es el presupuesto para que opere la que denominamos intervención judicial autosatisfactiva.

2. ¿Qué se entiende por intervención judicial autosatisfactiva?

PEYRANO, en una clásica definición, que ha sido seguida por diferentes autores en ambas

márgenes del Río de la Plata, la definía como el “...requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota – de ahí lo de autosatisfactiva – con su despacho favorable, no siendo entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaecimiento; no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”¹.

En la orilla oriental, GUERRA la define en forma similar, destacando que es una medida judicial a través de la que se ingresa a la esfera jurídica de un sujeto de derecho, con el fin de satisfacer, en forma más o menos inmediata, el interés del sujeto solicitante de la medida².

3. Naturaleza procesal de esta medida ¿es una medida cautelar?

En el derecho uruguayo, la naturaleza procesal de la medida ha sido y es objeto de intenso debate por procesalistas y comercialistas,

Para BARRIOS DE ANGELIS la intervención autosatisfactiva es una medida cautelar “atípica o en sentido amplio” por faltar las características que definen a las medidas cautelares típicas (accesorias, instrumentales y provisorias), la posibilidad de que proceso futuro y principal pueda faltar y porque la medida incide en la realidad con carácter definitivo y no provisorio³. Para ABAL⁴, muy crítico con la solución de la Ley N° 16.060, se trata de una previsión del derecho sustantivo que establece que, entre los órganos que dirigirán a las personas jurídicas comerciales, se encuentra un posible administrador nombrado por el juez a pedido de los socios mediante una tramitación unilateral y sumarásimas en determinadas situaciones. Para este autor, no es una medida cautelar ni tampoco provisional.

GUERRA⁵, como antes vimos, rechaza la calificación de medida cautelar y habla de medida satisfactiva y definitiva que destraba la situación societaria de falta de funcionamiento de sus órganos. En el mismo sentido MARCOS VALDES⁶.

Desde las tiendas comercialistas algunos autores tales como GAGGERO⁷, HOLZ-RIPPE⁸ y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA⁹, se refieren a ella como “medida cautelar autosatisfactiva”, pero sin ingresar al análisis de su naturaleza procesal en profundidad.

1 PEYRANO, Jorge W. “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas” en Curso sobre Medidas Cautelares, obra dirigida por Angel Landoni Sosa, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de la República, F.C.U., Montevideo, Uruguay, 1999, págs. 231 a 237. PEYRANO, Jorge W. “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria”, en Estudios Derecho Procesal en Memoria de Adolfo Gelsi Bidart, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, F.C.U., Montevideo, Uruguay, 1999, págs. 131 a 143. PEYRANO, Jorge W., en “La medida autosatisfactiva: solución urgente no cautelar”, en Estudios en Homenaje a Enrique Vescovi, Instituto de Derecho Procesal, 1ª edición, septiembre 2000, F.C.U., Montevideo, Uruguay, págs. 585 a 590.

2 GUERRA, Walter, en “Otro enfoque relacionado a la forma de aplicar la norma procesal, en concreta referencia a medidas cautelares en el área comercial”, en Curso sobre Medidas Cautelares, obra dirigida por Angel Landoni Sosa, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de la República, F.C.U., Montevideo, Uruguay, 1999, pág. 27. GUERRA, Walter, en “Intervención judicial”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 1/2007, F.C.U., Montevideo, Uruguay, págs. 25 a 39. GUERRA, Walter, en “Las medidas autosatisfactivas ¿son o no cautelares?”, en XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, 16 al 18 de mayo de 2013, Paysandú, Uruguay, págs. 209 a 222.

3 BARRIOS DE ANGELIS, Dante, en “La administración judicial como medida cautelar” en R.D.J.A., Tomo 66, págs. 74 y ss.

4 ABAL, Alejandro, en “Medidas cautelares en procesos vinculados al Derecho Comercial”, en Curso sobre Medidas Cautelares, obra dirigida por Angel Landoni Sosa, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de la República, F.C.U., Montevideo, Uruguay, 1999, págs. 142 y 143.

5 GUERRA, Walter, ob. cit., págs. 217 y 218.

6 VALDES HERRERA, Marcos, en “La intervención judicial de las sociedades comerciales”, en Anuario de Derecho Comercial, T. 9, F.C.U., Montevideo, Uruguay, 2000, pág. 216 y 217.

7 GAGGERO, Eduardo, en “De la intervención judicial”, en Análisis Exegético de la Ley 16.060, F.C.U., Montevideo, Uruguay, octubre 1992, pág. 161.

8 HOLZ, Eva y RIPPE, Siegbert, en “Sociedades Comerciales, Un estudio actualizado”, F.C.U., Montevideo, Uruguay, marzo 2014, pág. 94.

9 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Mercedes, en “La intervención judicial de las sociedades comerciales en el Código General del Proceso y en la Ley de Sociedades Comerciales”, Anuario de Derecho Comercial, tomo V, F.C.U., Montevideo, Uruguay, pág. 114.

Otros autores tales como RODRÍGUEZ OLIVERA¹⁰ y FALCO¹¹, consideran específicamente su naturaleza jurídica negando que sean medidas cautelares.

4. Nuestra opinión al respecto.

Por nuestra parte, no consideramos que la intervención autosatisfactiva sea una medida cautelar porque no reviste los caracteres de tal.

No es una medida accesoria o instrumental porque no garantizan la ejecución de una sentencia dictada en un juicio principal. Hacemos notar que el inciso 2º del art. 184 de la LSCU establece a texto expreso que es innecesario iniciar un juicio posterior luego de la adopción judicial de la medida.

Tampoco podemos calificarla como una medida provisional porque no está destinada a ser confirmada o revocada por una resolución judicial posterior.

Además, la vigencia de la medida no depende de la interposición durante o después, de una demanda principal. La intervención autosatisfactiva busca resolver una situación urgente en forma definitiva. La adopción de la medida, en si misma, ya logra la satisfacción del interés del peticionante, razón por la que la LSCU a dejado establecido que no es necesario el inicio de un proceso posterior.

Finalmente, la medida dura lo necesario para la satisfacción del interés involucrado (interés social).

A todas las razones expuestas debe sumarse el hecho de que la norma (inc. 2º del art. 184) no la define como una medida cautelar.

5. Requisitos de la Intervención autosatisfactiva.

La LSCU establece una serie de requisitos que debe cumplir el solicitante de la medida (art. 185):

a) Acreditar la calidad de socios o accionista. La intervención autosatisfactiva, tal como está previsto en la LSCU sólo la pueden pedir los socios o accionistas. Hay autores que opinan que los terceros podrían solicitarla fundando su petición en las normas del Código General del Proceso Uruguayo (C.G.P.). Adherimos a la posición de quienes opinan que una medida de intervención judicial en una sociedad comercial sólo la pueden solicitar los socios o accionistas, por la gravedad y trascendencia de la medida que implica entrometerse en la vida de la sociedad. Los terceros tienen otros recursos para satisfacer su interés y derecho pero no se puede dejar a su arbitrio una herramienta de la entidad de la intervención.

b) Alegar y probar que no actúan los órganos sociales o que actuando no les sea posible adoptar decisiones válidas.

c) Alegar y probar que se encuentra afectado el desarrollo de la actividad social. Debe tenerse presente que la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad por inactividad de los administradores o por la imposibilidad de lograr acuerdos válidos es una causal de disolución de la sociedad (art. 159 num. 9).

d) Agotamiento de las vías internas previstas en el contrato social o estatuto. Este constituye un verdadero requisito de procedibilidad ya que el juez no puede hacer lugar a la medida si no se acredita que el peticionante ha agotado las vías internas de la sociedad antes de

¹⁰ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, Manual de Derecho Comercial, Volumen 4, Derecho Societario, Tomo 4, Órganos sociales, F.C.U., Montevideo, Uruguay, setiembre 2007, pág. 346 y 347.

¹¹ FALCO, Enrique, "Requisitos que deben cumplirse para solicitar la intervención judicial de una sociedad comercial: posibles pretensiones a deducir cuando la intervención sea cautelar o mixta" en Revista Crítica de Derecho privado, No. 7 (2010), págs. 979-998.

recurrir al Poder Judicial. La existencia de este requisito de procedibilidad reafirma la opinión de que la medida sólo puede ser solicitada por socios o accionistas y no por terceros. e) El juez debe apreciar el cumplimiento de los requisitos en forma estricta.

El cumplimiento de los requisitos específicos previstos en la LSCU no inhibe que, en lo pertinente, deba cumplirse además con los requisitos que prevé el C.G.P. para la solicitud de medidas cautelares. Así debe interpretarse rectamente la remisión que el art. 188 de la LSCU hace al C.G.P.. Por tanto, el socio o accionista que pida una medida cautelar autosatisfactiva debe acreditar la apariencia de su derecho (*bonus fumus iuris*) y el peligro que puede ocasionar la no adopción de la medida en forma temporánea (*periculum in mora*). Finalmente, el C.G.P. establece que el solicitante de la medida debe ofrecer una contracautela en garantía de los perjuicios que cause la adopción de la medida.

Respecto de la exigencia de contracautela en relación con la solicitud y el otorgamiento de una medida de intervención autosatisfactiva, ha sido un aspecto que la jurisprudencia uruguaya ha debatido mucho. No se puede afirmar que haya una posición unánime dado que se han relevado fallos que exoneraran y otros que exigen el cumplimiento del requisito. Aquellos que propugnan la exoneración de este requisito han argumentado que es innecesaria la contracautela para la adopción de una medida que se agota en sí misma.

Otro aspecto que también ha sido debatido en la doctrina es la posibilidad de que la medida se decrete escuchando a la contraparte. En principio este tipo de medidas se solicitan y se decretan *inaudita altera pars*, no obstante, algunos autores han mencionado la posibilidad - según las circunstancias del caso - de que antes de la adopción de la misma, el juez confiera traslado de la demanda a la sociedad que será quien se vea afectada por la medida. Es decir, instaurar un contencioso breve y expedito (utilizando, por ejemplo, la figura del proceso incidental) para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa.

Atado al anterior, debe también reflexionarse sobre si la vía recursiva es la vía idónea para la impugnación de la medida. En aplicación del art. 188 de la LSCU se seguiría el régimen recursivo previsto para la adopción de las medidas cautelares. No obstante, la doctrina procesalista (tanto Peyrano en Argentina, como Guerra en Uruguay) han considerado que cuando la medida se dispone sin escuchar a la otra contraparte, la vía recursiva no parece asegurar el debido proceso y el derecho de defensa. Por ese motivo, para que la sociedad pueda alegar hechos y aportar prueba sugieren que la medida se adopte en el marco de un proceso incidental como vía recursiva alternativa.

6. Reflexión final.

La intervención judicial autosatisfactiva es definitivamente una medida atípica. La misma aparece recogida por el derecho societario para atender situaciones de gravedad y urgencia tales que no admiten su solución a través de las vías contenciosas regulares. Como tal, es una medida de carácter excepcional que sólo procede cuando la situación de inactividad de los órganos sociales afecte gravemente el desarrollo de la sociedad.

A diferencia de la intervención cautelar, en la cual los socios o accionistas solicitantes pueden estar persiguiendo un interés personal, en virtud de existir un derecho personal vulnerado, en la intervención autosatisfactiva lo que se persigue es la protección del interés social, gravemente afectado por la inoperancia de sus órganos.

Con prescindencia de que la misma sea o no dispuesta *inaudita altera pars* -lo cual deberá evaluarse según la gravedad del caso- la intervención autosatisfactiva exige del magistrado actuante una especial atención y agudeza, a fin de acoger tan trascendente pretensión.

LA ACCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO EN EL DERECHO SOCIETARIO

Ricardo Alberto Ruiz

SUMARIO

La sociedad comercial se estructura bajo la figura de un contrato plurilateral de organización, donde se distinguen las funciones de administración, representación, gobierno y, eventualmente, fiscalización.

Ella se manifiesta a través de sus órganos de conformidad al alcance acordado tanto en la ley, como en su contrato constitutivo. En líneas generales, mientras que las funciones del órgano de administración de la sociedad pueden distinguirse como de *gestión operativa* (cumplimiento del objeto social), *gestión empresarial* (organización, conservación y desarrollo de la empresa), *cogestión societaria* (cumplimiento del estatuto del comerciante, y participación en el funcionamiento de la organización societaria) e, incluso, *función de representación* (ejecución ante terceros de los actos jurídicos necesarios para el cumplimiento de la gestión operativa, gestión empresarial y cogestión societaria); las funciones del órgano de gobierno se circunscriben a los llamados *actos de disposición societaria* (designación y remoción de los órganos restantes, aprobación de los estados contables, aprobación o ejercicio de la acción de responsabilidad, aplicación de los beneficios, reforma del contrato o estatuto, y los cambios estructurales de la empresa).¹

El correcto desempeño de los órganos sociales hace que los actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones sean imputados a la sociedad como si hubiese sido esta última quien efectivamente ha actuado. Para ello, la ley dispone una serie de mecanismos legales que permiten la protección de los legítimos intereses tanto de los terceros que se vinculan con la sociedad, como de los mismos socios; ya sea a través de medidas que castigan de alguna manera al administrador promiscuo o indecente, o que por vía cautelar, suponen un freno al actuar negligente e imprudente del mismo.

Sin embargo, la complejidad de su regulación legal y los requisitos legales exigidos para disparar tales mecanismos hace que, en el mejor de los casos, la ayuda legal llegue tarde, o por el contrario, que directamente no llegue nunca como consecuencia de la reticencia de los jueces a decretar las medidas solicitadas. No debemos olvidar que existen numerosos ejemplos de magistrados que consideran *que cualquier reclamo de índole societaria promovido por un accionista minoritario debe ser ejemplarmente reprimido, pues las empresas organizadas con forma de sociedad deben ser resguardadas contra tan subversivas reclamaciones, reprochables desde todo punto de vista. El sistema judicial, a criterio del juzgador, estaría constreñido a proteger sin cortapisas a quienes resulten ser los titulares mayoritarios del capital social, debiendo los accionistas minoritarios adecuar sus conductas a las directivas de aquellos, merecedores de tolerancia ilimitada pese a sus actividades despóticas y cesaristas.*²

1 VERON, Alberto Víctor. "Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada, anotada y concordada", Ed. Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, Tomo I, pág. 504.

2 NISSEN, Ricardo Augusto. Panorama Actual del Derecho Societario, Ed. Ad Hoc, 2.000, pág. 233 y ss.

Ante esta situación, entiendo que la acción preventiva de daños consagrada legalmente a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (conf. Art. 1711 y ss, CCCN) resulta absolutamente compatible con las previsiones legales y contractuales de naturaleza societaria, permitiendo no sólo eludir un daño o evitar su agravamiento, sino además posibilitando una concreta, efectiva e inmediata defensa de los intereses que se encuentran en juego.

PONENCIA

La obsolescencia de los remedios societarios.

La Ley General de Sociedades prevé un complejo entramado de normas tendientes a prevenir y/o sancionar aquellos actos u omisiones de los administradores que pongan en grave peligro a la sociedad.

En primer lugar consagra un parámetro de conducta al que el administrador debe ajustar su actuación, exigiéndole que debe obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. Mucho se ha escrito sobre esta norma de conducta, pero más allá de los intentos de definición y delimitación de tal concepto, lo más importante es que establece una auténtica responsabilidad profesional, dado que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos.³

Estos administradores y representantes que, por acción u omisión, desconocieran aquel parámetro de conducta, serán responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios causados. Por supuesto que el factor atributivo de responsabilidad no se agota en la violación del deber de obrar con la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, sino que además, generarán el deber de reparar aquellas acciones que impliquen una violación de la ley, el estatuto o reglamento, o cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (conf. art. 274, LGS).

En estos casos, la acción judicial correspondiente puede ser iniciada por la sociedad (conf. art. 276, LGS); o por sus accionistas si aquella no lo hiciera dentro del plazo de 3 meses contados desde la fecha del acuerdo (conf. art. 277, LGS).

Sin perjuicio de ello, los accionistas y terceros también tendrán la posibilidad de accionar individualmente contra los administradores responsables (conf. art. 279, LGS).

A la par del reconocimiento de tales acciones de responsabilidad, la legislación societaria dispone también un mecanismo tendiente a la remoción del administrador infiel. Si bien le confiere al órgano de gobierno societario la potestad absoluta para remover al administrador, aún sin la necesidad de invocar justa causa; también prevé la posibilidad de removerlo con invocación de una causa legítima a pedido de la propia sociedad o de cualquiera de los socios que la componen.

En este sentido, se ha dicho que *cuando media justa causa de remoción, ella puede ser pedida o forzada judicialmente no sólo por la sociedad sino también individualmente por cualquier accionista, ello con independencia de la decisión de la mayoría (art. 114 de la ley 19.550), pues, como lo explica Zaldivar, ningún accionista puede ser obligado a tolerar en la administración a una persona manifiestamente incapaz, inidónea o infractora de la ley, estatuto o reglamento.*⁴

En este supuesto, el procedimiento a aplicar resulta ser el previsto en el artículo 265 de la

³ VERON, Alberto Victor. Ob. Cit., Tomo I, pág. 551.

⁴ NISSEN, Ricardo Augusto. Ob. Cit., pág. 324.

LGS, pues si bien tal mecanismo se refiere a los casos de remoción por incompatibilidades o prohibiciones previstas en el artículo 264 del mismo ordenamiento legal, no existe obstáculo legítimo que impida aplicarlo a otros supuestos de remoción con justa causa.

Ahora bien, la posibilidad de intentar la acción individual de remoción de los directores se encuentra subordinada al previo cuestionamiento, dentro del ámbito societario, de la presunta mala administración de los imputados, invocando personalmente las causas de remoción. Ello surge de lo dispuesto por los arts. 114, 274 y 276 de la ley 19.550.⁵

Tanto el inicio de la acción de remoción, como también la acción de responsabilidad, está sometido a un verdadero entramado de recaudos de admisibilidad y procedencia de la demanda que, en la mayoría de los casos, atenta contra la celeridad y eficacia de tales herramientas legales.

Hasta la intervención judicial, que diseñada como medida cautelar fue especialmente regulada en la ley societaria para evitar aquellas conductas que pongan en grave peligro a la sociedad, requiere del cumplimiento de los mismos recaudos legales que la tornan prácticamente inidónea para evitar ese riesgo.

Todas estas acciones requieren su tratamiento y/o aprobación por el órgano de gobierno respectivo, lo que supone una excesiva burocratización del trámite, cuando no, un obstáculo insalvable para la consecución del fin perseguido.

En efecto, para quien persigue la remoción del administrador y, eventualmente, la reparación de los daños sufridos, generalmente el accionista minoritario, resulta sumamente tortuoso el camino que debe transitar, pues como es esperable, el/los administrador/es y socio/s mayoritario/s opondrá/n múltiples obstáculos para impedir que prospere su pretensión.

Ello desalienta cualquier noble intención de participar activamente en las asambleas y/o reuniones de socios donde se deciden estrategias y acciones inherentes a la marcha de los negocios, y en definitiva, ejercer derechos esenciales que el ordenamiento societario ha reconocido a los socios y accionistas.

El catálogo de maniobras que los administradores y/o socios controlantes utilizan para burlar o, simplemente, ignorar el derecho de los socios minoritarios es basto y complejo; pero generalmente se centran en el desconocimiento del derecho a ser oído y votar en los asuntos sometidos a consideración de la asamblea, a la información, a la fiscalización y al dividendo.

Y por si fuera poco, nos encontramos con una firme resistencia de parte de los jueces, quienes bajo el amparo de cierto *criterio restrictivo* para apreciar la procedencia de este tipo de acciones (por ej., art. 114, LGS), terminan de abortar cualquier intento de reconocimiento de tales derechos.

Así, nos encontramos con pronunciamientos judiciales que, lejos de impartir justicia, terminan desentendiéndose del problema, con fundamentos tan escasos como irrazonables que, a título de ejemplo, cito a continuación:

La intervención judicial, en cualquiera de las formas previstas por la ley 19.550 es un instituto rodeado de características singulares, erigiéndose como medida cautelar de excepción, a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones y omisiones. De ahí que impere un criterio restrictivo en la materia, teniendo en cuenta que la intervención judicial no

⁵ Idem anterior, pág. 328.

*puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño mayor que el que se quiere evitar, debiendo el órgano jurisdiccional tratar con prudencia todo lo que importe interferencia societaria.*⁶

La intervención judicial de la sociedad anónima debe aplicarse con criterio restrictivo (art. 114 *in fine*, ley 19.550), y ante una prueba cierta y fehaciente de que la conducta de los administradores pone en peligro la integridad del patrimonio social o viola –irreparablemente– los derechos de los socios. Si no se procediera con esta mensura, se caería en el contrasentido de conseguirse, antes del juicio, la remoción del directorio –motivo precisamente de la pretensión–, es decir, que se llegaría a una resolución anticipada favorable, sin el debido contradictorio y sin resolución asamblearia.⁷

O sea que, poco importa si se está ante la inminencia de la producción de un daño a los intereses sociales o particulares de los socios, sino que lo importante es respetar el agotamiento de las vías internas societarias o, en su caso, transitar el largo y sinuoso camino del proceso de remoción, para que al llegar a su fin, y aún logrando la separación del administrador en su cargo, resulte improbable remediar los daños y perjuicios sufridos.

Mientras tanto el daño ya se ha perfeccionado, la vulneración de los derechos que intentan protegerse es un hecho consolidado, y el socio perjudicado ha perdido toda incentivo de seguir batallando, abriéndole la puerta a esos socios o administradores cuestionados para que profundicen su accionar, viendo como el devenir de los acontecimientos les brinda un terreno propicio para nuevos abusos. Es ahí entonces donde podremos comprobar que, la tan esperada solución buscada en el marco del derecho societario se diluye por el paso del tiempo, resultando sumamente dificultoso revertir la situación al estado anterior al hecho dañoso.

La acción preventiva del daño. Su compatibilidad con el ordenamiento societario.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 16.994) ha previsto un mecanismo de protección especial tanto para evitar la producción de un daño, como así también para evitar que el mismo continúe o se agrave. En primer lugar, la nueva legislación ha consagrado expresamente el deber de prevenir el daño, imponiendo a toda persona el deber, en cuanto de ello dependa, de evitar causar un daño no justificado, o adoptar las medidas necesarias para evitar que el mismo se produzca o disminuir su magnitud, o no agravarlo si éste ya se produjo (conf. Art. 1710, Código Civil y Comercial).

*Lo novedoso del presente artículo sería el precepto general que cubre tanto la acción como la omisión, que hace previsible no sólo la producción del daño, sino también su continuidad, agravamiento, y esto sea cualquiera fuera el factor de atribución de responsabilidad.*⁸

Conjuntamente con la consagración del deber de prevenir el daño, se legisla una acción procesal de neto corte preventivo, la que procederá cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación a agravamiento (conf. Art. 1711, Código Civil y Comercial).

Ahora bien, teniendo en cuenta que existe un régimen legal que regula la responsabilidad de los administradores regulado en la legislación especial (Ley 19.550), cabe preguntarse si

6 CNCom., Sala B, 06/03/97, *Rodero Mercedes c. Justo Rodero e Hijos SA s. Medida Precautoria*, citado por NISSEN, Ricardo Augusto, Ob. Cit., pág. 231 y ss.

7 CCom. Rosario, Sala III, 28/7/78, *Bleger David Z. y Otros c. Tiempo SA*, citado por VITOLLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada*, Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo II, pág. 562.

8 BUERES, Alberto J. (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ed. Hammurabi, Tomo II, pág. 157.

las disposiciones previstas en el nuevo Código Civil y Comercial referidas a la teoría general de la responsabilidad civil resulta aplicable a la materia.

Para ello debemos partir de la base que el mismo ordenamiento legal establece un específico sistema de prelación normativa que impone, para el caso de personas jurídicas constituidas en el país, la aplicación de las normas imperativas de la legislación especial por sobre las del Código Civil y Comercial (conf. art. 150, CCCN). En relación a las primeras, *se trata de aquellas normas no disponibles por los miembros, asociados o socios de las personas jurídicas privadas de que se trate, que se encuentren contempladas en las leyes específicas que las rigen, como es el caso de las leyes 19.550 –en relación con las sociedades–; 20.337 modificada por la 25.037 –en relación con las cooperativas–; y la 20.321 con las modificaciones introducidas por la ley 25.374 –en relación con las asociaciones mutuales–, entre otras; en tanto que las segundas son aquellas normas imperativas no disponibles por los miembros, asociados o socios de la persona jurídica privada contenidas en el cuerpo principal del Código en todo aquello no regulado específicamente con el mismo carácter en la ley especial.*⁹

Ergo, podemos concluir válidamente que ante la ausencia de previsión normativa respecto a la faz preventiva del daño en el microsistema societario, las normas legales comprendidas en los artículos 1.710 al 1.715 del Código Civil y Comercial resultan absolutamente compatibles con el régimen legal especial, posibilitando su aplicación.

Efectivamente, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, la actuación de los administradores y socios debe ser valorada no sólo a la luz de la normativa societaria sino que, además, quedan sometidos a las disposiciones del derecho general que impone el deber jurídico de no dañar, o adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para disminuir su magnitud; y finalmente, no agravar el daño si éste ya se produjo (conf. art. 1710, CCCN).

En sintonía con lo expuesto, y a mayor abundamiento, el mismo cuerpo normativo le exige a los administradores el deber de implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica (conf. art. 159, CCCN).

Dicho esto, no puede caber ninguna duda entonces que, ante supuestos de actuación de administradores y socios que pongan en grave peligro a la sociedad, o a los intereses de sus socios, la acción preventiva del daño se convertirá en un remedio plenamente eficaz y útil para evitar su producción o agravamiento. Y ello evitará el desgaste que el agotamiento de las vías estatutarias suponen, tal como lo exige la legislación societaria.

*Efectivamente, fundado en expresos motivos económicos, de justicia y de tutela de la persona, con base en el renovado rol que el Código confiere al juez..., el régimen indicado establece un sistema integral que impone imperativamente un deber general de prevención del daño y una eficaz acción destinada a obtener su cumplimiento, siendo aplicable a los microsistemas jurídicos (art. 1709, CCCN)... Justamente, los artículos 1710 y siguientes del CCCN estructuran una norma sumamente amplia tanto en sus presupuestos como en sus soluciones, la que –en el problema tratado– requiere como hipótesis la violación del deber de prevenir el daño al socio minoritario o mayoritario y, como consecuencia normativa, la imposición por parte del juez de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer que sea idónea y eficaz para obtener el cese y la prevención de dicho daño.*¹⁰

9 VITOLLO, Daniel Roque. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado, Ed. Erreius, pág. 193.

10 CUERVO, Rodrigo. La función preventiva en la Ley General de Sociedades: Más razones para resolver el conflicto societario, Revista

*En este aspecto, resulta atinado destacar que donde exista un deber de actuación impuesto por la ley, reglamento, tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva.*¹¹

*La función preventiva de la responsabilidad civil ahora está consagrada de modo expreso y se confieren al juez facultades para actuar de oficio o a pedido de parte para impedir o evitar la producción o el agravamiento o la extensión del daño en curso (arts. 1708, 1710 a 1713).*¹²

Evidentemente, no hay más lugar para las especulaciones y los pronunciamientos dogmáticos que, amparados en endeble criterios restrictivos, interpretan la norma displicentemente, evitando con ello hacerse cargo de la obligación de proteger el derecho vulnerado y evitar la producción o agravamiento de un daño. La nueva legislación civil y comercial impone la necesidad de abordar la teoría de la responsabilidad civil en su concepción más amplia, incorporando la función preventiva como elemento determinante a la hora de evaluar las conductas de los administradores y socios; y coherentemente con ello, asumir que el deber de prevenir el daño es una realidad insoslayable, aplicable a toda disciplina jurídica y, particularmente, al microsistema societario.

de Derecho de Daños 2016-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 442 y ss.

11 CURA, José María (Director)-GARCIA VILLALONGA, Julio Cesar (Coordinador). Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 2da. Edición, Ed. La Ley, Tomo V, pág. 396.

12 ESPERANZA, Silvia L. Las Facultades judiciales frente a la función preventiva, Revista de Derecho de Daños 2016-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 332.

COMISIÓN II:
FUNCIONALIDAD, ORGANICISMO,
RESPONSABILIDAD, CAUSALES
DE LIQUIDACIÓN Y DISOLUCIÓN

Tema 4:
**RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.
RESPONSABILIDAD DE INTEGRANTES
DE ÓRGANOS. RESPONSABILIDAD
EN LA LGS, EN LEY DE MERCADO
CAPITALES Y SEGÚN LA ACTIVIDAD.
RESPONSABILIDAD CIVIL Y COMERCIAL,
PENAL Y CONCURSAL.**

MORIGERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR APLICACIÓN DE LA BUSINESS JUDGMENT RULE

Martín E. Abdala

SUMARIO

1. En el derecho argentino, como en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, los administradores societarios deben observar estrictos deberes de comportamiento, cuyo soslayo tiene como obvia consecuencia la posibilidad de imputarles responsabilidad.
2. Las demandas de responsabilidad son sumamente complejas, principalmente porque presuponen hacer un análisis *ex post facto* de los comportamientos de los administradores y porque implican, muchas veces, juzgar decisiones que son de carácter empresarial.
3. La denominada *business judgment rule* se utiliza como una de las más importantes formas de morigeración al régimen de responsabilidad de los administradores societarios. Es una presunción de buena fe, que impide juzgar a los managers por los resultados obtenidos y que enerva la posibilidad de imputarles responsabilidad por las decisiones empresarias perjudiciales.
4. La regla fue construida con tres objetivos: limitar la intromisión en los negocios empresarios; promover el rol de los administradores como únicos gestores del patrimonio de la empresa; darles una cobertura para que puedan decidir con libertad.
5. Los requisitos para que pueda aplicarse la regla son: que la decisión empresarial del administrador esté dentro de la esfera de sus competencias, que su concreción no se trate de una imposición legal y que no represente un comportamiento doloso; que la conducta del administrador no haya significado la asunción de riesgos extraordinarios y que el mánager se haya informado en forma adecuada antes de tomar la decisión.
6. En el derecho argentino la responsabilidad de los administradores societarios es una especie dentro del género de la responsabilidad civil, por lo que presupone la concurrencia de los extremos que ella prevé.
7. La doctrina coincide en que el factor de imputación es subjetivo y no hay discusión cuando el administrador actúa con dolo, pero cuando en cambio se le reprocha culpa surgen dos posiciones: un sector afirma que sólo puede concretarse si actuó con culpa grave y otro sector sostiene que no importa el grado o intensidad de la culpa.
8. Nosotros adherimos a esta última tesis por cuando entendemos que la posibilidad de distinguir los distintos tipos de culpa es discutible y, en ese contexto, la *business judgment rule* es útil para morigerar la responsabilidad de los administradores societarios en los casos en los que podría sindicárseles un deber resarcitorio por haber actuado con culpa (cualquiera fuera su graduación) y de ese modo excluir al riesgo empresarial como fundamento para imputar responsabilidad.

PONENCIA

I. La denominada *business judgment rule*

En el derecho argentino, como en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, los admi-

nistradores societarios deben observar estrictos deberes de comportamiento, cuyo soslayo tiene como obvia consecuencia la posibilidad de imputarles responsabilidad por los daños que provoquen.

Las demandas de responsabilidad son sumamente complejas, principalmente porque presuponen hacer un análisis *ex post facto* de los comportamientos de los administradores societarios y porque implican, muchas veces, juzgar decisiones que ellos tomaron y que son de carácter o naturaleza empresaria.

En ese contexto surgió en el derecho anglosajón (y luego fue incorporada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos) la denominada *business judgment rule*, que se utiliza como una de las más importantes formas de morigeración al régimen de responsabilidad de los administradores societarios.

Esta regla es una suerte de presunción de buena fe, que impide juzgar la actuación de los administradores societarios en función de los resultados obtenidos y que enerva la posibilidad de imputarles responsabilidad resarcitoria por las decisiones empresarias que tomen y que, a la postre, resulten perjudiciales, desafortunadas, inconvenientes o económicamente desventajosas para los intereses de la compañía.

La *business judgment rule* fue construida con tres objetivos:

Limitar razonablemente la intromisión en los negocios empresarios, teniendo en cuenta las dificultades que implica analizarlos y evaluarlos *ex post facto* y lo complejo que resulta para los operadores jurídicos siquiera entenderlos.

Promover y proteger el rol de los administradores societarios como únicos gestores del patrimonio de la empresa.

Ofrecer a los managers una cobertura para que puedan decidir con amplia libertad de criterio con miras a crear valor en beneficio de la sociedad.

La repercusión que tuvo esta regla fue sumamente importante, pues gracias a ella casos resonantes fueron resueltos eximiéndose de responsabilidad a administradores societarios que tomaron decisiones empresarias desafortunadas como, por ejemplo, la infausta inversión realizada por BMW (Bayerische Motoren Werke AG) en la firma Rover Group, en Gran Bretaña, o la de Daimler-Chrysler AG en Fokker, en Holanda.¹

II. Presupuestos

La doctrina y la jurisprudencia extranjera realizaron importantes esfuerzos para precisar cuáles eran los requisitos o presupuestos que deben satisfacerse para que pueda aplicarse la mentada *business judgment rule*.²

El **primer presupuesto** es que la decisión empresaria del administrador esté dentro de la esfera de sus competencias, que su concreción no se trate de una imposición legal y que no represente un comportamiento doloso.

No podrá entonces aplicarse la regla si el mánager hace negocios extraños al objeto societa-

1 Conf. Lutter, Marcus: *Entwicklung der Organpflichten und der Organhaftung*, en la obra dirigida por Krieger, Gerd/ Schneider, Uwe H.: *Handbuch Managerhaftung*, ed. Dr. Otto Schmidt, Colonia 2007, pág. 7.

2 La jurisprudencia del "Deutsches Reichsgericht" (Tribunal Supremo del Imperio Alemán) delineó esos presupuestos y a fines de los noventa el propio Bundesgerichtshof (BGH - Supremo Tribunal de Justicia de Alemania) abordó la problemática y ratificó esos criterios. Conf. BGH, sentencia del 21.4.1997 - II ZR 175/95; BGH, sentencia del 4.11.2002 - II ZR 224/00. Conf. Hopt, Klaus J./Roth, Markus: *Comentario al § 93, t. 4, nro. 66 y sgtes.*, obra dirigida por Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert: *Großkommentar zum Aktiengesetz*, ed. Walter de Gruyter, 4ta. edición, Berlin/New York 2006.

rio, o si había una obligación de realizar o abstenerse de una operación,³ y tampoco cuando haya actuado con dolo, por ej. priorizan sus intereses personales o los de terceros por sobre los de la sociedad en la que presta funciones; los supuestos en los que los managers -o terceros vinculados con ellos-, obtienen alguna ventaja del negocio que resultó perjudicial a los intereses de la sociedad, etc.

El **segundo presupuesto** es que la conducta del administrador societario no haya significado la asunción de riesgos extraordinarios, que excedan los albuces propios de la actividad económica de la empresa.

El **tercer presupuesto** de aplicación de la *business judgment rule* es que los administradores se hayan informado en forma adecuada antes de tomar la decisión empresarial que resulte perjudicial.

La celebración de todo contrato exige asumir riesgos informativos, problema que es de vieja data y provocó interesantes discusiones académicas, sobre todo por cuanto no existe una regla que permita, saber a ciencia cierta, cuál de las partes debe cargar con el riesgo y con los costes de obtener la información.⁴

Los administradores societarios deben entonces, antes de realizar un negocio, actuar con profesionalismo, invertir tiempo y esfuerzo y recurrir a asistencia técnica en caso de ser ello necesario, para lograr tener un nivel de conocimiento suficiente que le permita tomar decisiones empresariales sólo luego de evaluar el mercado, sopesar las oportunidades, mensurar los riesgos, etc.

En todos los casos, los administradores deberán probar que, con la información que contaban, podía considerarse razonable y tomada en beneficio de la empresa, a la decisión que resultó dañosa.

III. Aplicación de la BJR en el derecho argentino

En el derecho argentino la responsabilidad de los administradores societarios es una especie dentro del género de la responsabilidad civil, razón por la que la sindicación del deber resarcitorio presupone la concurrencia de los extremos que prevé la misma, esto es la existencia de una actuación antijurídica, la presencia de un daño, vinculación entre el perjuicio y la actuación mediante un nexo de causalidad adecuado y, finalmente, la existencia de un factor de atribución.

La doctrina y la jurisprudencia son contestes en que el factor de atribución al que debe recurrirse para imputar responsabilidad a un administrador societario es el subjetivo y en que debe asignarse la obligación resarcitoria en todos los casos en los que el manager de la sociedad actúe con dolo.

Cuando en cambio la imputación de responsabilidad debe fundarse en la culpa, la doctrina se divide: un sector afirma que sólo puede concretarse cuando el manager hubiera actuado con culpa grave y no cuando lo hubiera hecho con culpa leve y levísima y otro sector de los autores sostienen que los administradores deben responder en todos los casos en los que actuaron con culpa, sin importar su grado o intensidad.

Nosotros adherimos a esta última tesis por cuando entendemos que la posibili-

³ Pues en estos supuestos el fracaso de la imputación de responsabilidad se producirá en una etapa anterior, ya que ni siquiera podrá decirse que la conducta del manager fue antijurídica, sino que, por el contrario, obedeció al cumplimiento o satisfacción de una imposición legal

⁴ Véase al respecto Abdala, Martín: "El deber de información. Su existencia, contenido y alcance en el derecho contractual en general y en los negocios bancarios en particular", ed. Ábaco, Bs. As. 2007.

dad de distinguir entre los distintos tipos de culpa es discutible: porque se trata de una disquisición rechazada por Vélez, porque sólo surge de un incorrecta interpretación del art. 274 de la LSC y porque su admisión implicaría crear un sistema de responsabilidad autónomo, solo aplicable a los directores de las SA y con una amplia e impropia “zona de indemnidad”, en el que los administradores, aun cuando su comportamiento fuera censurable y hubieran provocado un daño, no tendría sanción alguna.⁵ En ese orden de ideas, la *business judgment rule* servirá entonces para morigerar la responsabilidad de los administradores societarios en los casos en los que podría sindicárseles un deber resarcitorio por haber actuado con culpa (cualquiera fuera su graduación, es decir sin importar si esta fuera grave, leve o levísima) y de ese modo excluir al riesgo empresario como fundamento para imputar el deber resarcitorio, y evitar que los manager deban responder cuando tomen determinaciones empresarias desafortunadas.⁶

5 Conf. Martorell, Ernesto Eduardo: Los directores de sociedades anónimas. Derechos. Obligaciones. Responsabilidades, 2da. edición, ed. Depalma, Bs. As. 1994, p. 408.

6 Conf. Abdala, Martín E.: Responsabilidad de los administradores societarios. La culpa grave como factor de atribución, publicado en la Revista Jurídica Argentina La Ley, año LXXIV, nro. 47, 9 de marzo de 2010, encuadrado en t. 2010-B, p. 890 y sgtes.

SOCIO OCULTO: UN INSTRUMENTO DEFRAUDATORIO. ACCIÓN AUTÓNOMA

Eduardo Antinori y Natalia Romero

1.- Introducción

La figura del Socio Oculto en el derecho societario ha sido históricamente utilizada para defraudar derechos de terceros.

Su propio nombre delata a quien se vale de la misma, pues si algo se oculta, a prima facie podemos presumir que no es motivado por un fin lícito. Si las sociedades tienen un sistema registral que persigue la publicidad a terceros de ciertos actos, ¿por qué motivo alguien no respetaría ese sistema? Esta sola acción como dijimos, es una presunción de culpabilidad, tomada ésta en el sentido más amplio posible.

Más aún, a lo largo del tiempo, desde la sanción del Código de Comercio a la actualidad, la Ley ha sancionado a quien siendo socio se oculta, y lo ha penalizado con el castigo que más le duele a quien ejerce el comercio con fines espurios: la ilimitación de la responsabilidad.

2.- Socio Oculto

Tal como expresamos, es aquel socio cuya identificación no está expresada en el Contrato Constitutivo de la sociedad (art. 11 inc. 1º LGS), no obstante lo cual es socio, o al menos se beneficia de la sociedad.

Las razones prácticas son innumerables, tales como poseer alguna inhabilidad o prohibición para ser socio de una determinada sociedad, desviar las ganancias para no ser pasible de ninguna acción societaria en caso de insolvencia de la persona jurídica, vínculos maritales, etc. Lo cierto es que como dijimos al comienzo, la ocultez no es una buena carta de presentación, algún fin espurio trae consigo, y el derecho lo ha detectado y por ende lo castiga. Referencia obligada en este tema es el Dr Garo, quien caracteriza al socio oculto o socio no ostensible por varias peculiaridades, a saber:

- El mismo no figura en el contrato social ni en sus modificaciones posteriores como integrante de la Compañía;
- El socio oculto niega frente a terceros su condición de tal, y
- Pese a lo anteriormente expuesto, goza –ya sea directamente o a través de un prestanombre- de los beneficios de socios.

Zaldivar agrega a ello, que el socio oculto tiene interés social, esto es interés en participar en las ganancias, aunque cabe pensar que no es tan así en las pérdidas.

El socio oculto reviste el estado de socio, tiene interés societario en las participaciones sociales, sin embargo no ejerce todos sus derechos de socio en forma visible o formal, como se le quiera llamar.

Claramente, su vínculo societario no se exterioriza y queda apartado de las relaciones negociales de la sociedad, como así también de los estados contables de la misma.

Tampoco puede reclamar judicialmente sus derechos de socios tales como cobro de dividendos, cuota liquidación, derecho de información, etc, ya que para ello debe dar a conocer su calidad de socio, extremo éste que no le interesa develar.

Esto se debe a que desde el origen de la figura del socio oculto la misma fue considerada

una especie de simulación ilícita, por tanto los socios no pueden usar su declaración de simulación en beneficio propio. Dicho de otra manera, para que judicialmente se le otorguen los derechos de socio deberá reconocer que existió una simulación y requerir su declaración judicial, sin embargo esta no será otorgada si, como se dijo, el socio oculto obtuviera algún beneficio de las resultas de la acción de simulación (art. 335 CCyCN).

Tomando como referencia y guía los destacados maestros, nos permitimos agregar algunos aspectos vinculados al socio oculto.

En primer lugar, es una clara infracción al sistema de publicidad instrumentado en la Ley General de Sociedades, pues el artículo 11 exige la identificación de todos los socios que integran una sociedad, ello con el claro fin de saber quienes integran la persona jurídica.

Amén de ser también una clara violación a los principios más elementales en materia de contratos, que siempre exige una clara individualización de los sujetos contratantes.

Al igual que todo socio, puede ser tal, desde el mismo momento de la constitución de la sociedad o a posteriori. Es decir, puede motivar su participación al inicio o posteriormente una vez que la sociedad se encuentra en marcha, incluso transitando la liquidación de la misma.

La vida de una sociedad es muy larga, inexplicablemente la mayoría de los Estatutos prevén una duración de 50 o 99 años, lo cual normalmente excede la vida de sus socios fundadores.

Por tanto, durante tan extenso tiempo de existencia, son numerosas las vicisitudes que pueden ocurrir para que la sociedad y/o sus integrantes echen mano a la figura del socio oculto.

El informalismo de la ocultez debe ser interpretado en forma amplia, donde la prueba de las presunciones y la aplicación de las Cargas Dinámicas de las pruebas jugarán un rol fundamental, so pena de transformar al presente instituto en una demostración diabólica.

Es común que en doctrina y jurisprudencia se asemeje la figura del socio oculto a la existencia de testaferreros. Si bien ello es así, la práctica nos demuestra que la utilización es mucho más sutil y amplia que ello.

Por suerte nuestro derecho societario ha avanzado, tal vez a paso lento, con implementar institutos que atacan personalmente los patrimonios de socios que amparándose en tipos societarios donde se limita la responsabilidad vulneran derechos de terceros. El icónico artículo 54 ter LGS luego replicado en el artículo 144 CCyCN que lo hace extensivo a toda persona jurídica, ha sido una herramienta útil para los fines indicados, pero como siempre ocurre la realidad va un paso adelante del derecho.

Parafraseando un sabio aunque triste dicho popular “hecha la Ley hecha la trampa”. Los inescrupulosos de siempre, con o sin asistencia legal, ya saben que por más que integren una SA, una SRL o una SAS les cabe la posibilidad que dadas ciertas circunstancias podrán responder con sus patrimonios en caso que la persona jurídica no honre sus deudas con terceros.

Ante ello, que mejor que ser socio sin serlo. Es decir, ser socio en forma oculta, para quedar exento de toda acción que puede derivar de la Ley General de Sociedades y/o el derecho común, simple y sencillamente por no ser formalmente socio ni parte del órgano de administración de la Compañía.

3. Es acá donde el tema que analizamos cobra importancia.

Sea porque se busque un testaferrero en otra persona o porque se desvíen las ganancias de la sociedad a personas que no figuran en el contrato de sociedad, resulta necesario la aplicación de esta figura para recomponer el patrimonio de la persona jurídica.

Como se advierte, el socio oculto puede ser utilizado por personas que son socios sin formar parte del contrato, pero también por la misma persona jurídica que quiere valerse de

una persona donde desviar sus ganancias para que al no estar en su patrimonio, no puede ser atacado por sus acreedores.

Es por ello, que dijimos e insistimos que la figura debe ser interpretada en forma amplia y admitirse todo medio de prueba, incluso las presunciones. Pues como todo acto fraudulento no existirá jamás constancia fehaciente de su instrumentación.

Si alguien detenta la calidad de socio oculto, lógico es imaginar que además que su nombre no figurará en el contrato constitutivo ni en las actas de asambleas ni mucho menos en la tributación de las ganancias. De ahí que exigir a un tercero ajeno a la sociedad que demuestre fehacientemente que participó en el Órgano de Gobierno o que tributó por las ganancias percibidas, sería exigir una prueba más que diabólica, una imposibilidad total de demostrar.

4.- Análisis Jurídico

Como dijimos, el DNU 027/18 si bien desde sus efectos no dista demasiado con el artículo 34 de la LGS y su antecesor art. 298 C. Comercio, entendemos que imprime un carácter severo a la figura, pues ni más ni menos determina su prohibición.

Y lo que está prohibido no está permitido. Es decir, desde la Responsabilidad Civil no se necesita demostrar la existencia de factor de atribución subjetivo alguno. Al derecho no le interesa si medió dolo o culpa, por ende, por el solo hecho de ser un socio oculto se debe responder ilimitada y solidariamente por las deudas sociales.

Mucho antes de la reforma de la LGS, nuestra jurisprudencia se había expedido en cuanto a los fines de la responsabilidad del socio oculto, en que no era necesario demostrar que este cometió un acto ilícito, tampoco que actuó en pos de un beneficio personal, era suficiente acreditar la existencia que existía un socio informal (por llamarle de alguna forma).

Hoy en día esta línea jurisprudencial cobra mayor importancia dado que el artículo directamente prohíbe la figura y se es responsable por el solo hecho de revestir tal calidad de socio oculto.

Recuérdese que dijimos que de este instituto pueden valerse socios o la misma persona jurídica.

Y acá es donde intentamos darle coherencia al título del presente trabajo, pues la actuación oculta integra el elenco genérico de las defraudaciones, más precisamente los actos simulados con fines defraudatorios.

5.- Acción Autónoma

La aplicación del instituto del Socio Oculto, entendemos, excede al Derecho Societario.

Como motivo principal de esta ponencia, entendemos que la acción a interponer para demostrar la existencia de un Socio Oculto, reviste el carácter de autónoma. Entendiendo que es un medio excepcional de tutela jurídica efectiva, que garantizando el debido proceso pueda interponerse en un proceso principal con sentencia o un acto con el cual se haya culminado el proceso.

De ahí, que la acción debe deducirse ante el mismo Juez que dictó la sentencia, o sea, ante el magistrado que conoció en el procedimiento cuestionado. Pero generando o dando lugar a un proceso autónomo e independiente, versando sobre una cuestión sustancial distinta e independiente (autónoma) al proceso principal. Para mayor claridad, no constituye una instancia accesoria ni un incidente con respecto al proceso principal, aun cuando sea de competencia, por conexidad instrumental, del Tribunal que entendió en el proceso prin-

principal y por supuesto garantizando el debido derecho de defensa a quien se ataca por su calidad de Socio Oculto.

Es un proceso autónomo de conocimiento aun cuando se persiga efectivizar, o ejecutar, la sentencia de condena dictada en el principal contra otros sujetos que no fueron primigeniamente demandados y que resultarían solidariamente responsables respecto del deudor principal que ha resultado condenado.

Por ende, la Acción Autónoma, es alegable y susceptible de ser aplicable en diversas ramas del Derecho Privado y bajo distintos órganos judiciales competentes (no sólo del Fuero Comercial). A título de ejemplos: en el Derecho de Trabajo (ej. ante la situación que un crédito laboral la sociedad empleadora no tuviera bienes susceptibles de ejecución forzada, no obstante éstos se encuentren en propiedad de un Socio Oculto, a saber: cónyuge, familiares, etc de un socio registral), en el Derecho de Familia (ej. algún cónyuge que previo a divorciarse constituyera una sociedad para derivar ganancias y/o bienes a un socio oculto), etc.

Para determinar la existencia de un Socio Oculto, es necesario e indispensable que los distintos Fueros Judiciales, entiendan que la presente figura jurídica es portadora de un castigo a un hecho ilícito, tal como ya anticipamos.

Eso sí, para la procedencia y aplicación del art. 34 LGS resulta necesario la excusión previa de los bienes sociales. Pues resulta improcedente demandar simultáneamente a este tipo de socios y a la sociedad, dado que la sentencia pronunciada en contra de esta última, hace cosa juzgada respecto de aquéllos, a tenor de lo prescripto en el art. 56 LSG.

6.- Conclusión:

a.- El socio oculto ha sido una conducta que históricamente le ha repugnado a la Ley Mercantil argentina, primero al Código de Comercio, luego a la Ley de Sociedades Comerciales y actualmente a la Ley General de Sociedades;

b.- Actualmente, según surge del tenor del art. 34 LGS es un acto ilícito;

c.- Como acto ilícito que es, demostrada la existencia de un socio oculto es jurídicamente irrelevante tener que demostrar si actuó con culpa o dolo;

d.- La conducta contradice el citado artículo 34 LGS como también los principios jurídicos contenidos en los artículos 9, 10 y 12 CCyCN;

e.- La acción procesal que persigue demostrar la existencia de un Socio Oculto reviste el carácter de carácter de autónoma. Entendiendo que es un medio excepcional de tutela jurídica efectiva, que garantizando el debido proceso pueda interponerse en un proceso principal con sentencia o un acto con el cual se haya culminado el proceso.

De ahí, que la acción debe deducirse ante el mismo Juez que dictó la sentencia, o sea, ante el magistrado que conoció en el procedimiento cuestionado. Pero generando o dando lugar a un proceso autónomo e independiente, versando sobre una cuestión sustancial distinta e independiente (autónoma) al proceso principal. Para mayor claridad, no constituye una instancia accesoria ni un incidente con respecto al proceso principal, aun cuando sea de competencia, por conexidad instrumental, del Tribunal que entendió en el proceso principal y por supuesto garantizando el debido derecho de defensa a quien se ataca por su calidad de Socio Oculto.

Es un proceso autónomo de conocimiento aun cuando se persiga efectivizar, o ejecutar, la sentencia de condena dictada en el principal contra otros sujetos que no fueron primigeniamente demandados y que resultarían solidariamente responsables respecto del deudor principal que ha resultado condenado.

SOCIO OCULTO: UN INSTRUMENTO DEFRAUDATORIO. PRINCIPIOS DEL CCCN

Eduardo Antinori y Natalia Romero

1.- Introducción

El legislador argentino advirtió rápidamente la existencia de personas, que teniendo intención de ser socios en una sociedad, no quieren formalmente tener ese rótulo.

Grispo precisa, que esa figura supone que una persona se beneficia de la actividad lucrativa de la sociedad, al margen de las formas societarias y de las pérdidas, motivo por el cual la ley le impone una responsabilidad específica, que puede ser mayor que la de los socios de sociedades de responsabilidad limitada, contrariedad que se justifica para evitar el engaño y el fraude a los acreedores¹.

De este instituto pueden valerse socios o la misma persona jurídica.

Y acá es donde intentamos darle coherencia al título del presente trabajo, pues la actuación oculta integra el elenco genérico vde las defraudaciones, más precisamente los actos simulados con fines defraudatorios.

2.- Normativa Aplicable

Al tema en tratamiento se le debe aplicar las normas provenientes de dos cuerpos diferentes. A la inversa de lo que se sugiere, vamos de lo particular a lo general.

2.1.- Ley General de Sociedades, DNU 027/18 y Ley 27444

A partir del dictado de la Ley Nacional n° 27444 ha perdido sentido analizar la constitucionalidad del referido DNU027/18 como muchos hicieron al momento de su emisión, pues idénticas disposiciones se han plasmado en esta Ley.

De todas maneras, a los fines de ver los efectos jurídicos de la conducta prohibida, es similar a lo dispuesto en el artículo 34 LGS.

Pero veamos algunas diferencias.

Artículo 34 LGS: “La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el art. 125”

Ley 27444. Art. 19.- Sustitúyese el artículo 34 de la Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias, por el siguiente:

Artículo 34: Prohibición. Queda prohibida la actuación societaria del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto.

Ley 27444. Art. 20.- Sustituyese el artículo 35 de la Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias, por el siguiente:

Artículo 35: Responsabilidades. La infracción de lo establecido en el artículo anterior, hará al socio aparente o prestanombre y al socio oculto, responsables en forma subsidiaria, solidaria e ilimitada de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de esta ley.

Al ser una figura prohibida desde la Responsabilidad Civil no se necesita demostrar la

¹ (conf. GRISPO, Jorge Daniel, “Ley General de Sociedades: ley 19.550; t.o. ley 26.994, Tomo I arts. 1° a 100 //Jorge Daniel Grispo – 1ª ed. Revisada – Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2017, comentario art. 34).

existencia de los Presupuestos de Responsabilidad. Al derecho no le interesa si medió dolo o culpa, si existió antijuridicidad por parte del socio oculto, por ende, por el solo hecho de ser un socio oculto se debe responder ilimitada y solidariamente, aunque subsidiariamente con la sociedad, por las deudas sociales.

Mucho antes de la reforma de la LGS, nuestra jurisprudencia se había expedido en cuanto a los fines de la responsabilidad del socio oculto, que no era necesario demostrar que este cometió un acto ilícito, tampoco que actuó en pos de un beneficio personal. Era suficiente acreditar la existencia que existía un socio informal (por llamarle de alguna forma).

Hoy en día esta línea jurisprudencial cobra mayor importancia dado que el artículo directamente prohíbe la figura y se es responsable por el solo hecho de revestir tal calidad de socio oculto.

2.2.- Código Civil y Comercial de la Nación

Si hay algo que desde nuestra modesta óptica no nos cansamos de aplaudir y elogiar, es la expresa inserción de Principios Generales del Derecho en nuestro Código vigente desde agosto del 2015. Mucho más cuando dichas normas por ser generales se aplican a todos los institutos regulados en el mismo, y que el codificador al insertarlas apenas comienza su articulado, no hace otra cosa que darnos muestra de la importancia que ellas tienen.

No se puede pasar por alto que la acción del socio oculto transgrede en forma flagrante los Principios del Derecho contemplados en el Código Civil y Comercial de la Nación, como se analizará a continuación, es un franco acto contrario a la Buena Fe (art. 9), una clara forma de ejercer en forma Abusiva sus Derechos (art. 10) y quien así actúa lo hace amparándose en un texto legal persiguiendo un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa (art. 11).

Veamos porque:

Buena Fe

Artículo 9°. Principio de buena fe

Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Resistiremos la tentación de no explayarnos y profundizar este principio pilar del derecho. No obstante, nos debemos la obligación de mostrar cómo se aplica a la figura en análisis.

La LGS cimentó como un pilar del derecho societario, la publicidad de sus actos, extremo que al cumplirse en debida forma otorga la oponibilidad a los terceros. El socio oculto lo primero que hace es contradecir este pilar, pues como socio que en la realidad es, debería ser parte expresa en el contrato de sociedad.

Su conducta de ocultamiento y clandestinidad entonces entra en franca contradicción (además con la LGS) con los parámetros que debe observar una persona honesta y leal.

¿Porqué ocultarse en un sistema que se basa en la publicidad de los actos?

El solo ocultamiento es justamente lo que pone en franca contradicción con el ejercicio de un derecho subjetivo en forma regular, de buena fe. Pues la LGS impone que el contrato de sociedad (art. 11) debe ser publicitado, y como requisito del mismo, exige en su inciso 1° la identificación de los socios prescribiendo luego según el tipo social adoptado como se dará oponibilidad a terceros la transferencia de participaciones societarias.

Si la ley exige la identificación de los socios fundadores, y luego quienes sucedan a estos deben realizar un trámite expresamente regulado, quiere decir que contradecir estas disposiciones implica un ejercicio reñido con la buena fe.

En concordancia con todo el ordenamiento jurídico, la redacción del artículo 34 LGS tiene su fundamento en el “Principio de la Buena Fe” y la “Publicidad de los Actos”.

Como mencionamos anteriormente, el ocultamiento aquí es el protagonista, y él viene de la mano del dolo. Demostrada la existencia del socio oculto se está demostrando una conducta dolosa que nunca jamás podrá ampararse dentro de este valioso principio.

Dicho esto resulta atractivo analizar la conducta jurídica tanto del socio oculto, como de la sociedad y el tercero.

La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Claro está que el socio oculto no podrá ampararse en la buena fe objetiva, ya que ella es normativa y al encontrarse dentro de una situación jurídica que el ordenamiento prohíbe, ello imposibilita al socio oculto ampararse en este principio.

Ahora vale preguntarnos ¿podrá ampararse en la “Buena Fe-Subjetiva”? En ella se ve el estado de conciencia y el convencimiento del sujeto se debe interpretar la intención de él en la relación jurídica, y es aquí también donde juega el ocultamiento. Si analizamos la intención, como dijimos anteriormente la figura del socio oculto va de la mano con el dolo, por lo que nada importará el convencimiento del socio oculto de estar actuando dentro del derecho o la ignorancia misma de estar lesionando un derecho ajeno.

Cuando la sociedad utiliza la figura del socio oculto para ocultar los bienes o desviar las ganancias al patrimonio de éste último, defraudando los derechos de los acreedores, ella (al igual que el socio oculto) jamás podrá ampararse en la “Buena Fe-Subjetiva” dada la prohibición legal de la figura, mucho menos en la “Buena Fe-Objetiva”, eso está claro hasta acá. Dada la ilicitud de la conducta analizada, tampoco será necesario juzgar si el tercero acreedor, a quien se le generó un daño es un tercero de buena fe o no.

Ahora veremos como la sociedad y el socio oculto violan el principio de la Buena Fe. Recordando que este principio está contenido en el artículo 34 LGS como el bien jurídicamente protegido por el legislador, para así a través de él proteger la seguridad del tráfico mercantil. Tanto la sociedad que se vale de la figura del socio oculto, como éste último transgrede el principio de la Buena Fe en los negocios. La prohibición del socio oculto tiene como fin no sólo que impere el principio de publicidad de los actos y darle un valor reconocido a la apariencia, como así también proteger el patrimonio social (como garantía de los acreedores y proteger el derecho creditorio), procurar la expectativa de un acto comercial honesto y así también la seguridad en el tráfico mercantil.

La Buena Fe... es esencial en el tráfico del comercio, ya que sería imposible celebrar muchos de los negocios modernos que suelen estar revestidos de gran informalidad .

Abuso del Derecho

ARTÍCULO 10. Abuso del derecho

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

El derecho es una herramienta prevista y utilizada a diario para la organización de las relaciones entre personas. Cada una de éstas sean físicas o jurídicas pueden ejercer sus derechos subjetivos dentro de los límites para los que fueron creados y previstos.

El principio previsto en el artículo 10 CCyCN, es aplicable a todas las relaciones jurídicas entre particulares y, ello surge claramente a partir de su ubicación en el Título Preliminar del código, y su nueva feliz redacción que mejoró la anterior (art. 1071 CC), sin dudas la convierte en un principio vertebral para el derecho argentino.

Quien es socio oculto está ejerciendo de forma abusiva un derecho.

¿Cuál es el derecho abusado? El derecho de ser socio.

¿De qué forma? Existen varias, a saber:

- 1.- A través del ocultamiento se abusa del derecho, ocultando, valga la redundancia, las acciones o cuotas de esa sociedad de su patrimonio y por ende frustrando el derecho de garantía de sus acreedores personales.
- 2.- Ocultando el patrimonio de la sociedad, al traspasar las ganancias al socio oculto. Como en el caso anterior, ahora los defraudados son los acreedores de la sociedad, quienes encontrarán a la persona jurídica minusválida o despojada de patrimonio.
- 3.- Ocultando la sociedad un socio, que podrá ser responsable ilimitadamente con su patrimonio, en los diversos supuestos previstos en la LGS, ej: Inoponibilidad de Persona Jurídica, Acciones de Responsabilidad, etc.
- 4.- Quien es socio oculto participa de las ganancias, pero no así de las pérdidas.
- 5.- La existencia de esta figura obliga a la sociedad a llevar una contabilidad deficiente o paralela, por ejemplo creando un pasivo inexistente para a través de él desviar las ganancias y parte del patrimonio social al socio oculto.

Por ende, el ordenamiento jurídico reconoce el derecho subjetivo de ser socio. Y cuando su ejercicio se coloque en contraste con los fines sustanciales que la misma norma establece (publicidad del acto, cumplimiento de los artículos 1, 11 y sgtes. LGS) con una norma diversa en el caso el artículo 34 LGS o con los mismos Principios Generales del ordenamiento jurídico lo convierte en un acto ilícito.

Más allá de que el socio oculto es un acto ilícito por encontrarse prohibido por el ordenamiento jurídico, también lo es en sentido genérico por ser un Abuso del Derecho.

En consonancia con Fernandez Sessarego diremos, "Acto ilícito es así no solo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento positivo sino aquel comportamiento que, aún encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contraria a lo prescripto en los Principios Generales del Derecho que impregna e informa la totalidad del sistema jurídico"

Fraude a la Ley

ARTÍCULO 12. Orden público. Fraude a la ley

Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir

Si analizamos a secas, quien actúa como socio en una sociedad nadie podrá tildar tal acto

como ilícito. He ahí la norma de cobertura, puntualmente LGS. No obstante ello, al no hacerlo bajo los recaudos formales previstos en la misma, es que se debe presumir iure et de iure que se persigue como finalidad la violación de una norma imperativa, que podrá ser una Ley Fiscal, Laboral, o lo que sucede normalmente la vulneración de un derecho patrimonial de un tercero.

No olvidemos que al hablar de socio oculto, pueden existir distintos sujetos activos que persigan un fin espurio, o puede ser el mismo socio oculto, o un socio de la sociedad, o la sociedad misma. Es por ello que el Código de Comercio originariamente, luego la LSC, LGS, DNU 027/18 y Ley 27444 penalizaron tal conducta, y como se analiza en el presente punto no porque ser socio de una sociedad sea una conducta reñida con la Ley, sino que lo es cuando no se asume tal conducta sin haber manifestado su voluntad por escrito o verbalmente en el Contrato de Sociedad.

En tal supuesto, al castigarse dicha conducta se está en plena armonía con el ordenamiento jurídico, más precisamente con el acá analizado artículo 12 CCyCN.

3.- Conclusión

La figura del socio oculto no sólo está prohibida dentro del derecho societario, sino también resulta contraria a los principios consagrados dentro de la norma general.

En el más santo y puro de los fines, la decisión del socio oculto fue mantenerse en las sombras para no asumir el riesgo empresario y así incumplir con el artículo 1 de la LGS.

Al no asumir riesgo empresario alguno, pero participar de las ganancias en forma oculta, el desvío de éstas y la falta de participación en los riesgos, lo convierte en un instrumento defraudador.

A nuestro criterio todo lo analizado hasta acá nos lleva a concluir no sólo que dicho instituto está prohibido, sino también que nos encontramos frente a una norma de orden público, por ende la acción contra dicho socio resultará imprescriptible.

IMPACTO DE LA PANDEMIA CON MOTIVO DEL COVID-19 EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS

Ricardo Javier Belmaña

SUMARIO

“...La pandemia con motivo del COVID 19 constituyó en sus orígenes y en relación a la actividad empresarial y a las obligaciones de los administradores, un supuesto típico de caso fortuito o de fuerza mayor (art. 1730 del CCCN), que eximió de responsabilidad a los administradores societarios, frente al incumplimiento de determinadas obligaciones sociales. Ahora bien, con el transcurrir del tiempo, los mismos debieron adoptar medidas acordes al contexto en el que se desarrollaba la actividad. Muy importante es el deber de mantener informados a los socios, someter ciertas decisiones (art. 234 y 235 de la LGS) a su consideración y adoptar medidas tendientes a regularizar la situación generada con motivo de la afectación económica. La circunstancia de que se tratara de un caso fortuito, constituyó una causa de justificación limitada a un momento determinado. Con el transcurrir del tiempo, el deber de diligencia de un buen administrador (arts. 59 y 274 de la LGS), conlleva a la adopción de decisiones tendientes a regularizar la situación planteada...”

I El órgano de administración societario:

El directorio, es un *órgano colegiado, necesario, permanente (art. 255) y continuo*¹

El carácter necesario, deviene de la imposibilidad de prescindir del mismo como acontece con otros órganos sociales, como la Sindicatura (art. 284 de la LGS). Por su parte, es permanente porque el desarrollo tanto de la función de administración como de representación así lo exige. Tanto esto es así que inclusive para el supuesto en el que en una sociedad anónima se produzca la acefalía, la Sindicatura debe designar la persona que reemplazará al director hasta la próxima asamblea que lo elija (art. 258 de la LGS). El carácter colegiado, constituye la regla para esta clase de órgano (art. 255 de la LGS), sin perjuicio de la posibilidad de organizar un directorio unipersonal para el caso de sociedades que no se encuentren comprendidas en alguna de las hipótesis previstas en el art. 299 de la LGS - salvo el inc. 7 -, es decir sujetas a contralor estatal permanente. Es continuo, porque su actuación se verifica desde la constitución de la sociedad, hasta la disolución y liquidación.

Por otra parte, es un órgano de carácter técnico. Ese carácter deviene de la naturaleza de la función que le es asignada, la cual requiere una formación y capacitación específica, acorde a las exigencias de este cargo (art. 59 de la LGS). *Las funciones del administrador abarcan la gestión operativa de los negocios sociales, el cumplimiento del estatuto del comerciante, la participación en el funcionamiento interno de la sociedad y la representación de la sociedad ante terceros*²

1 Isaac Halperín "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, año 1974, pág. 373

2 Julio C. Otaegui "Administración Societaria", Ed. Depalma, año 1979, pág. 52

II La responsabilidad de los administradores societarios. Marco normativo.

Conforme a lo normado por el art. 59 de la LGS "...Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión..."

La lealtad importa según el diccionario de la Real Academia Española, "...1. adj. Que guarda a alguien o algo la debida fidelidad. U. t. c. s. 2. adj. Fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo..."

En el marco de la legislación societaria, la conducta leal es requerida tanto para los socios como para los administradores y síndicos. En relación a los administradores, el cumplimiento de esta directriz presupone la observancia de una conducta fiel para con la sociedad y la imposibilidad de realizar algunos tipos de actos, en los que el interés social se contrapone al interés individual (arts. 271, 272 y 273 de la LGS).

Por su parte, el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, se vincula al carácter técnico de quien ostenta este cargo. Y es bajo este parámetro que la conducta del administrador ha de ser evaluada. *La diligencia de un buen hombre de negocios implica experiencia y por tanto requiere conocimiento de las actividades configurativas del objeto social de la sociedad administrada (...) importando la carencia de tal conocimiento un elemento configurativo de la responsabilidad*³

La ley general de sociedades establece solamente las pautas mencionadas, razón por la cual debemos acudir al régimen previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1708, sgtes. y ccs. del CCCN), a los efectos de considerar los elementos que determinan eventualmente la existencia de la responsabilidad.

Según el régimen legal vigente en la materia, la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa (art. 1721 del CCCN), es decir subjetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la culpa ajena, excepto disposición legal en contrario. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva. (arts. 1722 y 1723 del CCCN).

Los factores de atribución subjetivos son la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 del CCCN). Asimismo, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. La regla señalada en último término, contenida en el art. 1725 del CCCN, reproduce la norma contenida en el art. 902 del CC derogado y resulta de vital trascendencia a la hora de evaluar la conducta del administrador societario, habida cuenta el tipo de diligencia que le es exigida al actuar (art. 59 de la LGS).

Por último, la reforma del CCCN ha legislado de manera más explícita tanto la procedencia

3 Conf. Otaegui, Julio C., ob. cit., pág. 133

como la extensión del caso fortuito o fuerza mayor. En este sentido se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario (art. 1730 del CCCN).

Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:

- a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad;
- b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento;
- c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento;
- d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa;
- e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;
- f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito. (art. 1733 del CCCN).

En materia de atribución de responsabilidad a los administradores, la regla es que el factor de atribución es subjetivo. La obligación de los administradores constituye una típica obligación de medios y no de resultados, salvo algunos supuestos específicos (vg. cumplimiento de una obligación sujeta a un plazo determinado - presentación de declaraciones juradas - , ausencia de documentación contable obligatoria, etc.).

No obstante de tratarse de un factor de atribución subjetivo, dado el carácter técnico que reviste esta función, como dijéramos, su juzgamiento ha de efectuarse bajo los parámetros establecidos por el art.1725 del CCCN.

Ernesto Eduardo Martorell⁴, sostiene que "...en materia de Dirección y/o Gerenciamiento de Sociedades estamos frente a una "actividad profesional", que impone un sensible agravamiento en los parámetros de juzgamiento. La Justicia Argentina, sabedora de que en determinadas posiciones se obtiene un gran poder y discrecionalidad (Directivos de Empresas, Banqueros, etc., etc.), y que el sistema jurídico no puede reputar a sus agentes como carentes de discernimiento, desde hace décadas tiene establecido que los sujetos reprochados -por su calificación- deben responder no sólo por lo que conocieron sino también por lo que debieron conocer, y si no conocieron" fue por su propia y mayúscula torpeza"[20]. Por ello, resulta absolutamente descaminado lo que se pretende en nuestro País en la materia , y más aún que se lo haga so capa de "modernidad(?), porque ello - como hubiera dicho Osvaldo Maffía-"se da de traste" con la "corporate philosophy"[21] y con lo que se enseña en Harvard y en los "thinkthanks"[22] del Derecho Societario más evolucionado del mundo; esto es, con lo que se plantea hoy en ese Estados Unidos de Norteamérica que dicen mirar con admiración..."

III El impacto del COVID 19:

Las medidas que fueron oportunamente dictadas por los gobiernos nacional y provinciales, con motivo del COVID 19, consistentes en el aislamiento social y preventivo, en primer término y luego el distanciamiento social, produjeron un enorme impacto en el sector em-

4 Ernesto Eduardo Martorell "Responsabilidad de los Directores de SA en tiempos de Covid-19: ¿corresponde modificar su régimen?", Abogados.com.ar, año 2020

presarial. En la República Argentina, fueron cerradas más de 20.000 empresas⁵. La pandemia produjo un gran perjuicio en el ámbito económico, derivado de la imposibilidad de mantener abiertos los negocios, lo que influyó de manera directa en el porcentaje de ventas, en la disminución de los ingresos económicos y en la ausencia de liquidez.

¿Cuáles son las medidas que correspondían adoptar a un buen administrador ante un hecho como la pandemia?

A los efectos de juzgar la conducta de un administrador, en el contexto indicado, debemos distinguir entre el período inmediato a la declaración de la pandemia – esto es el 20 de marzo de 2020 - del posterior.

Esta distinción resulta importante, dado que la situación derivada de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia, en lo inmediato, constituyeron para la empresa y sus administradores, un caso fortuito o de fuerza mayor (art. 1730 del CCCN), imprevisible e inevitable, resultando por ende inimputables los perjuicios producidos a la sociedad, a los socios y a terceros, con motivo del hecho señalado. Si la culpa de un administrador, debe ser evaluada conforme las circunstancias de personas, tiempo y lugar, resulta absolutamente inapropiado responsabilizarlo por los perjuicios producidos a la empresa por razones completamente ajenas a su voluntad.

No obstante, en ese momento, un buen administrador debió mantenerse atento a las medidas adoptadas por el gobierno y que le permitían acceder a la empresa a obtener algún tipo de beneficio, como asimismo a la posibilidad de obtener por parte del Estado la ayuda correspondiente a los efectos de cumplir con el pago de los salarios a los trabajadores (Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción (ATP)). Debió procurar informar debidamente a los socios acerca de la situación existente y de las medidas a adoptarse, sometiendo a consideración de los mismos el tratamiento de los temas inherentes (art. 234 de la LGS). Recordemos que en la República Argentina más del 90% de las sociedades anónimas son cerradas y de familia, carácter que facilita la información y entendimiento entre los socios y los administradores.

¿Frente a la imposibilidad de cumplir con todas las obligaciones, podría el administrador haber optado por el cumplimiento de algunas con preferencia de otras?

Claramente esa es la conducta ordinaria en una situación del tipo de las descriptas⁶. Si esta situación se verifica en situaciones de normalidad (por ejemplo pago prioritario de los salarios a los trabajadores), con mayor razón en una situación como la descripta.

¿Hubiere correspondido a los administradores proponer a los socios solicitar la apertura del concurso preventivo o declaración de quiebra?

En Argentina, como dijéramos, fueron cerradas más de 20.000 empresas desde la fecha de la pandemia al presente, no habiéndose advertido un incremento proporcional en las presentaciones concursales, como si lo fueron respecto de otros momentos en que se generaron otras crisis económicas.

La presentación en concurso preventivo requiere la presencia de un elemento objetivo (art. 1 de la LCQ), como es el estado de cesación de pagos. El mismo implica la imposibilidad por parte del deudor de cumplir normalmente con las obligaciones debidas, manifestándose-

⁵ Diario Clarín 21/02/22

⁶ HORACIO ROITMAN, ALEJANDRO VERGARA, MARCOS BROGLIO MICHELLI, MARÍA - VICTORIA MARENGO "Responsabilidad de los Administradores en la Emergencia", publicado en "El Derecho Argentino frente a la Pandemia y Post - Pandemia - Covid 19", Universidad Nacional de Córdoba, año 2020

se a través de la presencia de hechos reveladores (art. 79 de la LCQ). A la vez el estado de cesación de pagos requiere la concurrencia de dos elementos: generalidad y permanencia. Si bien es cierto que la situación de permanencia no es un elemento que podría haber sido admitido al inicio de la pandemia, si lo fue con posterioridad. Y el cierre de un negocio constituye un típico hecho revelador que justifica la apertura de cualquier proceso universal.

¿Cuál es la responsabilidad en la que incurre un administrador societario frente a una empresa que cierra prescindiendo de ser sometida a un proceso de disolución o concursal?

Conforme a lo normado por el art. 99 de la LGS: "...Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos..."

A juzgar conforme los parámetros establecidos en esta norma, la responsabilidad del administrador frente a una sociedad disuelta y en la que no se han adoptado las medidas tendientes a la liquidación de la misma, resulta evidente en orden a la dispuesto en el artículo mencionado.

No obstante, es preciso señalar, que para poder imputar responsabilidad a un administrador, es necesario la existencia de un perjuicio y el debido accionar por parte del perjudicado. En algunos casos, el cierre de las empresas vino precedido de la celebración de acuerdos con trabajadores y acreedores, que redujo el porcentaje de presuntos agraviados por el mismo.

IV Conclusiones

"...La pandemia con motivo del COVID 19 constituyó en sus orígenes y en relación a la actividad empresarial y a las obligaciones de los administradores, un supuesto típico de caso fortuito o de fuerza mayor (art. 1730 del CCCN), que eximió de responsabilidad a los administradores societarios, frente al incumplimiento de determinadas obligaciones sociales. Ahora bien, con el transcurrir del tiempo, los mismos debieron adoptar medidas acordes al contexto en el que se desarrollaba la actividad.

Muy importante es el deber de mantener informados a los socios, someter ciertas decisiones (art. 234 y 235 de la LGS) a su consideración y adoptar medidas tendientes a regularizar la situación generada con motivo de la afectación económica.

La circunstancia de que se tratara de un caso fortuito, constituyó una causa de justificación limitada a un momento determinado. Con el transcurrir del tiempo, el deber de diligencia de un buen administrador (arts. 59 y 274 de la LGS), conlleva a la adopción de decisiones tendientes a regularizar la situación planteada..."

OPONIBILIDAD DE DESIGNACIÓN NO INSCRIPTA DE ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD POR CONOCIMIENTO EFECTIVO DEL TERCERO

Adriana Beatriz Blanco

PONENCIA¹

La inscripción registral de la designación o cese de los administradores societarios no es constitutiva de dicho acto, sino sólo un medio para asegurar la publicidad de la información para protección de los terceros. Si a pesar de no perfeccionarse la inscripción prevista en el art. 6o L.G.S., el tercero concretamente afectado fue oportuna y fehacientemente anoticiado de la designación del administrador, siendo que la finalidad de publicidad perseguida está cumplida, éste no puede ampararse en la falta de inscripción en el Registro para desconocer el acto o alegar su inoponibilidad. El art. 12 L.G.S. debe ser interpretado a la luz del principio de buena fe, así como los principios de confianza, apariencia, no discriminación y no contradicción de los propios actos.

DESARROLLO

La doctrina y la jurisprudencia ha sido conteste en sostener que por el juego de lo normado en los arts. 12 y 6o de la L.G.S. la inscripción de la designación o cese de administradores tiene efectos declarativos, no constitutivos del acto y que la falta de inscripción registral no impide que los directores ejerzan los actos propios de su cargo desde su designación y aceptación del cargo. Y además que el incumplimiento de esa carga inscriptoria tampoco puede justificar la excepción de falta de personería o considerarse como un supuesto de insuficiencia de poder². Por otro lado, el art. 12 L.G.S. ha sido objeto de críticas en tanto discrimina a las sociedades S.R.L o por acciones respecto del resto de los tipos, ya que en aquellas el tercero interesado que tomó conocimiento de las modificaciones no puede alegarlas contra la sociedad o los socios, mientras que puede hacerlo en el resto de los tipos³, haciendo una discriminación que carece de sólidos fundamentos.

Además, corresponde destacar que el título del art. 12 refiere respecto de las modificaciones no inscriptas “Ineficacia para la sociedad y los terceros”. Esa referencia es, al menos confusa, ya que la inoponibilidad establecida es sólo un caso de ineficacia relativa, para un acto válido. En un acto inoponible, existe la paradoja que el acto puede o no producir efectos jurídicos según sea la persona o grupo de personas que se tome en cuenta⁴.

La cuestión planteada radica en determinar si hay un “deber” de inscripción de los adminis-

1 Ponencia elaborada sobre la base de la presentada en el LXXII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Fecha 9, 10 y 11 de junio de 2021.

2 Roitman, H., Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, t. I, p. 909 y 917, y sus citas de jurisprudencia

3 Vitolo, Daniel Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades Ed. Ad Hoc pag. 218

4 Gonzalez Pacanowska, “Notas sobre la oponibilidad de los contratos” citado por Lopez Mesa, Marcelo “Ineficacia y nulidad de los actos y negocios jurídicos” Ed. Hammurabi. 2019 pag. 161

tradores (según el texto del art. 6o) y si la sanción de inoponibilidad a los terceros (art. 12) es absoluta o sólo afecta a determinadas personas.

A favor de su oponibilidad relativa se ha argumentado que no puede ser desconocido por quien actúa de mala fe. Así se ha sostenido: *"... si el tercero tiene conocimiento de la designación del administrador (y esto se puede comprobar en caso de controversia), por más que la misma no esté inscripta, la designación le resultará oponible, no pudiendo desconocer las obligaciones asumidas frente a la sociedad, argumentando que el administrador con el que contrató no está inscripto. Es el caso de la oponibilidad frente al tercero de mala fe"*⁵.

Recientemente esta cuestión fue claramente resuelta por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires A. 72.823, en la causa *"Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Ata S.A. y otros s/ Apremio. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"*, de fecha 21/12/2020, donde se hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por un ex director de la sociedad contribuyente y se revocó la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en la ciudad de San Martín, que había rechazado la excepción de inhabilidad de título interpuesta porque su desvinculación no había sido inscripta en el Registro Público, sin merituar la prueba del conocimiento efectivo de su cese.

En apretada síntesis, el ex director de la Sociedad Ata S.A. fue demandado por el Fisco Provincial por una deuda de la sociedad por pago de Ingresos Brutos correspondientes a un período en el cual ya había cesado como director. Por ello opuso excepciones de inhabilidad de título y prescripción, obteniendo sentencia favorable en primera instancia. Sin embargo la Cámara de Apelación revocó la sentencia con los siguientes fundamentos: *"no cabe declarar procedente la inhabilidad de título alegada, toda vez que la inscripción en los registros correspondientes de la cesación como director del señor Stella no surge del expediente administrativo relevado, no fue acreditada en forma alguna ni tampoco fue demostrada la incorporación de tal información al legajo de la sociedad ni su correspondiente publicación"*. Por ello entendió que la pérdida de la calidad de director del codemandado resultaba inoponible al Fisco, por falta de inscripción registral.

Por el contrario, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con voto del Juez doctor de Lázzari sostuvo: *"En la sentencia que viene en revisión, por un lado, se reconoce plenamente la realidad de las cosas. El señor Stella ninguna atingencia poseía en la sociedad al tiempo de generarse los hechos imponibles. Había dejado de ser su representante. Todo ello se desprende fehacientemente de diversas actas de asambleas de las que tomó conocimiento la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) en tiempo oportuno, con más una comunicación fehaciente por carta documento en la que dicho exrepresentante le hizo saber la conclusión de su función. Por otro, sin embargo, en base a normativa de la Ley de Sociedades la Cámara entendió que la registración de esa situación constituía recaudo ineludible y que por falta de éste el alejamiento de Stella era inoponible al Fisco. Naturalmente, se comparte que conforme los términos de la ley 19.550, para la oponibilidad a terceros de modificaciones, designaciones o cesación de administradores resulte necesaria la inscripción en los registros pertinentes. Es un ingrediente que asegura suficiente publicidad, para que esos terceros estén advertidos y los eventuales cambios produzcan efectos a su respecto. En otras palabras, la inscripción en los registros no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar aquella publicidad. Si, como en el caso, a*

⁵ Perciavalle, Marcelo, Ley de sociedades comentada. Erreius. Pag. 145.

pesar de no existir la inscripción, el tercero concretamente afectado -en el caso, el Fisco acreedor de la sociedad- fue oportuna y fehacientemente notificado del cambio registrado, la finalidad de publicidad perseguida está cumplimentada. Que ese noticiamiento haya tenido lugar por la vía de haberse accedido a las actas de asamblea y de recibir notificación por carta documento y no por la inscripción en un registro carece de total relevancia. Es más, la vía escogida en el caso asegura un conocimiento cabal y no meramente presunto como el que emana de un registro. Pero lo que importa es que no es posible hacer oídos sordos a lo que las propias constancias de la causa demuestran categóricamente. Entonces, se han contradicho en forma abierta y manifiesta esas constancias que justifican acabadamente el apartamiento del codemandado como representante de la sociedad, prescindiéndose de pruebas regularmente traídas al juicio. Esto constituye arbitrariedad, en el prístino sentido atribuido a ese término por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

Coincido plenamente con la solución arribada por la Suprema Corte, quien ha tenido en cuenta la finalidad de las normas y los principios y valores jurídicos comprometidos de un modo coherente (art. 2 del Título Preliminar CCCN), especialmente la consideración de la inscripción registral como meramente instrumental, destinada a cumplir la finalidad del noticiamiento, el cual puede lograrse por otros medios.

La inscripción de la designación de administradores prevista en el art. 6o L.G.S. es de carácter declarativo, el efecto es otorgar una oponibilidad amplia “erga omnes” en razón de un conocimiento presumido por la publicidad edictal y la inscripción registral efectuada, pero la designación resulta plenamente válida aún sin dicha registración, sólo que resultará inoponible a los terceros que la desconocen.

Si el tercero tiene un conocimiento efectivo de las decisiones sociales (y se puede probar ese conocimiento), la designación o cese son oponibles a éstos, que no pueden desconocerla por aplicación del principio de buena fe. No obra de buena fe quien, notificado del cambio de directorio, pretende ampararse en la falta de inscripción registral para demandar a quien sabe no se desempeñaba como tal a dicha época. Esta oponibilidad es la que denominamos oponibilidad por conocimiento efectivo.

Ese conocimiento efectivo de quienes son los administradores (aún no inscriptos) se relaciona directamente con el principio de protección de la confianza (arts. 1067 sobre protección de confianza y lealtad, art. 367 sobre representación aparente, art. 1725 sobre valoración de la conducta, entre otras normas)

Además la misma solución respecto de la oponibilidad limitada por conocimiento efectivo se ha adoptado con la reforma del art. 22 L.G.S., en tanto el contrato de una sociedad de la Secc. IV es oponible a terceros, si se prueba que éstos lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria.

Y por último esta solución resulta coherente con el art. 157 del CCCN que establece para todas las personas jurídicas que la modificación de estatutos produce efectos desde su otorgamiento y si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de ésta, excepto que el tercero la conozca. Es decir una oponibilidad acotada por conocimiento efectivo del tercero de las decisiones adoptadas por la persona jurídica.

Actualmente muchos Bancos y organismos oficiales (ej. Afip) requieren que se inscriban los administradores a los efectos de tener por acreditada su designación, lo cual constituye claramente un exceso, de allí la importancia de tratar este tema para avanzar en el camino a una mayor seguridad jurídica, transparencia y flexibilidad respecto de los administradores y representantes societarios.

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR

Agustina Bolatti

SUMARIO

“Hoy en día el derecho societario ya no solo se encuentra en la LGS, sino que a los fines de hacer una interpretación correcta y pormenorizada del régimen de responsabilidad del administrador societario no se lo debe realizar en abstracto, ni aplicarse a rajatabla la regla de la solidaridad, como así se requería hace 50 años atrás. Ante los distintos acontecimientos legislativos que se detallan, se verán los nuevos parámetros requeridos. Una interpretación integral del caso, y distintas circunstancias que hicieron al daño. En este sentido vemos como responsabilidad y la autonomía de la voluntad son las dos caras de la misma moneda, o, dicho de otra forma, **la libertad se ejerce bajo responsabilidad.**”

Introducción.

De acuerdo a la modificación realizadas por la ley 17.711 a la parte general del Código Civil Velezano, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico de forma expresa la Teoría del Órgano, la cual, nos permite estructura la forma de actuación de la persona jurídica para con terceros y en su funcionamiento interno distribuyendo competencias funcionales relacionadas a su administración, representación, gobierno y fiscalización. Aquí se desprende, como forma de estructuración interna el órgano de administración¹. Dirigido por el administrador o administradores, a quien el ordenamiento jurídico le designa obligaciones, establece responsabilidades y requiere que a los fines de su actuación en la función encomendada tenga ciertas aptitudes y conocimientos referidos al cargo, además en el ejercicio de su función se le requiere una forma de actuación con estándares rigurosos de responsabilidad y diligencia. Su cumplimiento a futuro puede llegar a ser un requisito excluyente de responsabilidad en las tareas desempeñadas por el ejercicio de su cargo como administrador. Por medio del presente ensayo, hacemos un relevamiento histórico de la responsabilidad del administrador en nuestro régimen jurídico societario, a los fines de observar como el paso del tiempo, las nuevas circunstancias económicas, sociales y principios jurídicos inciden en la forma en que el legislador argentino estructura la responsabilidad del administrador.

2. La responsabilidad en la ley de Sociedades Comerciales (Ley N° 19.550).

La Ley de Sociedad Comerciales (LSC) N° 19550, fue sancionada en el año 1972, cumpliéndose así 50 años de aquel acontecimiento tan importante para nuestro ordenamiento jurídico ya que, posibilitó la unificación de leyes y regulación normativa en un solo cuerpo de todos los tipos sociales previstos, con un marcada impronta “institucionalista” (Impone determinadas normas sustanciales y formales que buscan tutelar el interés general y prote-

¹ Con carácter general, el órgano de administración de una sociedad es la persona o personas que asumen las funciones de gobierno, gestión y representación de la misma. Es un órgano imprescindible para que la sociedad pueda cumplir su fin a través de la realización de su objeto, pues es mediante el cual se interrelaciona con terceros. Es un órgano subordinado jerárquicamente al órgano soberano de la persona jurídica que recoge la voluntad de sus miembros

ger a los socios minoritarios, a los acreedores y a los terceros²). Siendo una de las características más relevantes en cuanto a la responsabilidad de los administradores, la atribución de responsabilidad por culpa grave o dolo en la ejecución de las tareas que en función del cargo produjeron una consecuencia disvaliosa para la sociedad o un tercero.

Nuestro legislador concibió al administrador societario como un órgano de un cuerpo colectivo, quien actuando dentro de la competencia establecida por el art 58³ y 274⁴ concordantes de la LSC, obliga regularmente a la sociedad.⁵ Fundamentalmente estableciendo al art 59 como umbral básico e imprescindible del actuar, el cual establece: “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”⁶. Estableciendo así, un parámetro de conducta basado en la culpa en abstracto y como perteneciente a un cuerpo colegiado, por lo tanto, la responsabilidad, se reparte de manera solidaria e ilimitada entre sus miembros.

Los administradores no son mandatarios sino órganos de la sociedad, son representantes de ésta y, en cuanto personas individuales, gestionan y administran bienes e intereses ajenos. En esa actividad de gestión deberán ser leales con las personas que les encarga la función de administrar sus intereses y obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios.⁷ En el año 1983 se realiza una reforma parcial de la LSC, introduciéndose por medio del art 157 una aclaración en cuanto a la atribución de responsabilidad para los casos de administración plural en las Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL), el cual establece: “Responsabilidad. Los gerentes serán responsables, individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas por el contrato. Si una pluralidad de gerentes participó en los mismos hechos generadores de responsabilidad, **el juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios atendiendo a su actuación personal.** Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada.”⁸ (El subrayado y la negrita me pertenecen). Esta incorporación permite al juzgador hacer un análisis del factor de atribución de responsabilidad a cada involucrado dentro del órgano de administración en caso de ser el mismo colectivo y fijar así, distintos grados de respon-

2 BUBOIS, Eduardo M. Favier, “El Derecho Societario Frente a la Posmodernidad. Nuevos paradigmas y modelos en pugna”. Deconomi año iv- Número 12, Buenos Aires, 2021, p.2.

3 LSC, Art. 58: El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural

4 LSC, Art 274: Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, 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. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

5 TALIÉRCIO, Christian A., “A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino”. RCCyC 2022 (junio), 116. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1481/2022.

6 LSC, Art. 59: Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

7 ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, 2ed. Buenos Aires, La Ley, 2011, tomo II, p 351.

8 Ley 22.903, Art 1, punto 157

sabilidad en función de los actos realizados y las consecuencias producidas. Permitiéndole al juez alejarse del principio de responsabilidad solidaria (tradicional en la materia).

El mentado “quiebre de la solidaridad” no es más que aplicar los conceptos y normas del derecho común al régimen societario, de forma que ante un hecho concreto que determine responsabilidad pueda el juez decir quien debe responder y quien no, y dentro los responsables en qué medida lo hará cada uno. Esto es a su vez conforme lo que establecía los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civil (actuales 1724 y 1725 CCCN).⁹

Estos conceptos normativos incidieron directa y expresamente sobre la responsabilidad del administrador, existiendo además, controles desde una faz indirecta que la misma ley planteaba en el marco de “sistemas de policía societaria”¹⁰ y “fiscalización estatal” a los fines de regular, controlar e inspeccionar el actuar de los administradores, socios y todo aquel que desempeñe funciones en el marco de actuación de una persona jurídica. Que en la actualidad siguen vigentes, y depositan en instituciones jurisdiccionales y administrativas potestades para aplicar multas, investigar, declarar la irregularidad administrativa, entre otras facultades, que al día de hoy son desde la doctrina cuestionadas e intentan restringirse.

Pasado ya 50 años de su sanción, el modelo institucionalista claramente marcado se verá atenuado con otras normas y principios incorporadas por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, coexistiendo en la actualidad con nuevos modelos societarios como se detallará en los siguientes apartados.

3. Nuevas Perspectivas incorporadas al ordenamiento jurídico.

Desde la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales hasta el día de la fecha se fueron dando distintas modificaciones y se sancionó nueva normativa a los fines de la actualización y la incorporación de estándares actuales y estructuras normativas al ordenamiento jurídico, efecto necesario e inevitable debida al dinamismo de la realidad, los negocios, y los efectos de la globalización mundial. Teniendo como consecuencia importantes reformación e instauración de nuevos paradigmas en el derecho societario, a continuación, se hará mención a los acontecimientos más importantes (no fueron los únicos)

3.1. Reforma del código civil y comercial de la Nación.

En el año 2015 mediante la Ley N° 26.994 se produce la unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación, introduciendo importantes reformas y cambios de paradigma, creándose el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN), además por la misma ley se da el cambio de nombre de la LSC a Ley General de Sociedades (LGS), produciendo también reformas normativas en la misma. En cuanto a la dinámica del derecho societario y del derecho privado en general, se incluyó una importante norma de coordinación en el art 150¹¹ CCCN, que termina por demostrar que en nuestro sistema jurídico el derecho societario es un “microsistema” que no puede permanecer aislado del sistema general¹².

9 TALIÉRCIO, Christian A., “A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino”. RCCyC 2022 (junio), 116. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1481/2022.

10 DUBOIS, Eduardo M. Favier, “El modelo societario institucional en las nuevas resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación” en “Sociedades ante la I.G.J”, Daniel Vitolo (Dir.), Lucia Spagnolo (coor), Ed. La Ley Bs. As., abril 2005, pág.158.

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

12 TALIÉRCIO, Christian A., “A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino”. RCCyC 2022

La influencia que tuvo este hito histórico (CCCN) para el derecho en materia de responsabilidad de los administradores lo vamos a dividir a los fines del presente trabajo en dos: a) Cuestiones planteadas en el CCCN que inciden de forma directa en la persona jurídica y en particular en la responsabilidad del administrador: De acuerdo a la técnica legislativa utilizada para la redacción del CCCN, en su libro primero de la parte general, título II, se trata diversas cuestiones de las personas jurídicas (Art. 141 al 224), y también en particular de los administradores, incorporando de forma expresa a través del art 159 CCCN, el deber de obrar con lealtad y diligencia de los administradores de las personas jurídicas privadas. Se incorpora aquí un standard de conducta más genérico que el determinado por la LGS, establece, además la prohibición respecto de los administradores para perseguir o favorecer intereses contrarios a los de la PJ¹³. Estableciendo que les corresponde a los administradores implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica (Algo que no hacía la ley de sociedades). Seguidamente en el art 160 CCCN regula de forma expresa la responsabilidad de los administradores: “Los administradores responden de forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.”. De acuerdo a la lectura del precedente artículo, podemos ver que a diferencia del art. 274 LGS, no se excluye la culpa “leve”, sino que se la incorpora como conducta exigible y realiza una ampliación al disponer que también serán imputable no solo los actos realizados “en ejercicio” de su función, sino también, “en ocasión” de sus funciones.¹⁴

El Art. 1724 CCCN extiende el concepto de responsabilidad del administrador en la quiebra, ahora no solo se considerará responsable cuando actúa “de manera intencional” (Ley 24.522), sino también cuando se actúa con una “manifiesta indiferencia por intereses ajenos”, lo que amplía la responsabilidad a muchos otros casos.

Además, se dio una unificación en los plazos de prescripción de la acción de responsabilidad social contra los administradores, que antes era, como regla de tres años y en algunos casos por considerarla extracontractual, de dos años. Se termina unificando en 3 años (art. 2561 CCCN), pero se extiende en la práctica porque el curso de la prescripción queda suspendido mientras el administrador continúa en el cargo (art. 2543 inc. b CCCN).¹⁵

También se regula en el CCCN los “administradores de hecho” en las simples asociaciones, por medio del art. 191, donde establece su solidaridad por las obligaciones suscriptas en caso de insuficiencia de los bienes.

b) Reformas introducidas que inciden transversalmente al derecho en general e impactan de forma indirecta en la responsabilidad de los administradores: Una de las principales reformas introducidas en materia de responsabilidad fue la unificación de la responsabilidad “contractual” y extracontractual”. Se establecieron deberes generales; el deber de prevención del daño (art. 1710 CCCN), el deber general de no dañar a otro y el cumplimiento de

(junio), 116. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1481/2022.

13 ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores en la emergencia”. LA LEY 25/04/2022, 16. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1316/2022.

14 LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), Código Civil y Comercial..., op cit., tomo I pág., 625.” Se considera que la responsabilidad se extiende aquellos eventos dañosos que indirectamente se vinculan a la actividad, pero que sin ella no se hubieran producido, ya que la limitación de la responsabilidad a los supuestos de daños cometidos en el ejercicio de las funciones importaría hacer valer frente a terceros damnificados cuestiones que hacen a la organización interna de la persona jurídica”

15 BUBOIS, Eduardo M. Favier, “El Derecho Societario Frente a la Posmodernidad. Nuevos paradigmas y modelos en pugna”. Deconomi año iv- Número 12, Buenos Aires, 2021, p.40.

las obligaciones (art. 1716 CCCN). Al ser estos supuestos transversales a todo el ordenamiento jurídico se erigen como pautas de evaluación de la actuación del administrador, y resulta este alcanzado en cuanto a su responsabilidad, cuando se habla de la función preventiva de lo que se trata es de impedir que los daños acontezcan, adoptándose todas las medidas que sean razonablemente necesarias para ello.¹⁶ La LGS, exige al administrador social obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios, cartabón que entonces deberá ser apreciado según las circunstancias de las personas, tiempo y el lugar (Art. 1724 CCCN) y la actuación presumible de un comerciante experto (art. 1725 CCCN)¹⁷. Cabe resaltar que la norma art. 1724 CCCN, innova al establecer que comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.¹⁸

Es así como la reforma del CCCN impacto de forma directa e indirecta en el derecho societario dejando conceptos expresos, complementa la forma de interpretación y en términos generales produjo un agravamiento en la responsabilidad del administrador.

3.2. Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) N° 27.349.

La presente ley trajo consigo un nuevo tipo societario, la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS). En cuanto al tema que nos compete, la principal innovación en cuanto a la responsabilidad de los administradores la dispone el art. 52 en su primer párrafo realizando una remisión, respecto de los deberes y obligaciones de los administradores y representantes legales de S.A.S., al art. 157 L.G.S. sobre la gerencia de S.R.L, no trayendo innovación alguna. En donde si trae una innovación es en su segundo párrafo estableciendo: *“Las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual.”* Realiza una extensión de responsabilidad a todos aquellos administradores de hecho, es decir, a toda persona humana o jurídica que se encuentra realizando actos en el devenir habitual y cotidiano de la sociedad y ejerza cualquier actividad en el marco de la persona jurídica, ya sea de forma interna o con terceros. Realizando una ampliación realmente excesiva y atribuyendo responsabilidad aún incluso cuando no haya realizado el acto producto del daño. Haciendo mención al término *“tarea habitual”*, sin expresar a que se refiere con habitualidad.

La norma da por supuesto que la sencillez del tipo hace innecesaria la regulación autónoma del régimen de responsabilidad de administradores, bastando la remisión al régimen general de la L.G.S. (art. 59), haciendo además extensivos los deberes, responsabilidades y procedimientos a otros sujetos no incluidos en el órgano de administración.¹⁹ Los administradores de hecho son sujetos que administran la sociedad controlada en forma directa y habitual.²⁰

¹⁶ OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad Civil”, op.cit., p. 171.

¹⁷ ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores en la emergencia”. LA LEY 25/04/2022, 16. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1316/2022.

¹⁸ Recomiendo para más información ver ROITMAN, Horacio, “Responsabilidad de los administradores en la emergencia”. LA LEY 25/04/2022, 16. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1316/2022.

¹⁹ BALBIN, Sebastián, “Sociedades por Acciones Simplificadas”, Cathedra Jurídica. 2019 pág. 141.

²⁰ Cfr. Filippi, L., El administrador de hecho en la sociedad anónima, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. XLI, 2006, p. 37.

3.3. Proyecto de reforma año 2019 a la ley 19550 (LGS).

En cuanto al proyecto de reforma de la LGS, solo nos centraremos en dos supuestos importantes que hacen a la ratificación del contenido actual de nuestro ordenamiento jurídico, ya que por un lado se plantea introducir como tipo regulado por la LGS todo el régimen normativo de la S.A.S, esto conlleva, una nueva aprobación a la extensión de la responsabilidad de los administradores a todos aquellos administradores de hechos. Y por otro lado se introduce en la parte general de la ley el art 59, pasando a ser una norma que rige de forma directa todos los tipos societarios y convirtiéndose el actuar de “Un buen hombre de negocios” en un estándar de interpretación general del derecho societario. Además, agrega en la parte general todas las acciones de responsabilidad que al día de hoy se encuentra reguladas solamente en la sección de Sociedades Anónimas y tienen aplicación supletoria a los restantes tipos, e introduce cuestiones solo reguladas en el CCCN. Quedando estructuradas las cuestiones sobre responsabilidad de los administradores, con una nueva técnica legislativa de 9 artículos, consecutivos y concordante en la parte general.

5. Reflexiones Finales:

A los fines de concluir con este recorrido histórico y normativo sobre la evolución de la responsabilidad de los administradores en el derecho societario argentino, es dable destacar que a 50 años de la sanción de la ley 19550, tenemos un ordenamiento jurídico que en los últimos 10 años ha realizado un cambio estructural e importante tendiente a la actualización del derecho en relación a la realidad que hoy nos atraviesa. El derecho societario actual está atravesando un cambio de paradigma y de estándares normativos. Desplazando el control estatal e incorporando a la persona humano o jurídica que es miembro de cualquier sociedad como parámetro de conducta más importante, y como el principal interprete de las necesidades que la futura sociedad requiere, y si ya existe, de eventuales modificaciones. En donde la autonomía de la voluntad crea el cimiento más importante a los fines de la concreción del negocio económico, y la satisfacción del interés social y de los accionistas. Como dos caras de una misma moneda, si hay autonomía de la voluntad, es decir, libertad, del otro lado debe existir responsabilidad. Cuando se habla de responsabilidad actualmente el ordenamiento jurídico se base en dos postulados a los fines de su cumplimiento, por un lado, vemos la creciente importancia que se le da a las normas del buen gobierno corporativo, y la tendencia a robustecer los controles internos y entre los mismos miembros de la sociedad, estableciendo límites al modelo contractual. Permitiendo crear estándares de conducta éticos y de fácil control entre pares (Proveedores, Clientes, Sociedad Controlante). Por otro lado, encontramos una creciente regulación de los estándares de responsabilidad, y ampliación de la misma a todos los intervinientes del negocio económico habitual, en particular del administrador. Esto fundado en la teoría de la agencia y en la liberación del socio como inversor, paradigmas del neoliberalismo.

Hoy en día el derecho societario ya no solo se encuentra en la LGS, sino que a los fines de hacer una interpretación correcta y pormenorizada del régimen de responsabilidad del administrador societario no puede hacerse en abstracto, ni aplicarse a raja tabla la regla de la solidaridad, como así se requería hace 50 años atrás. Ante los distintos acontecimientos legislativos que fuimos detallando, vemos que hoy, se requiere una interpretación integral del caso, y distintas circunstancias que hicieron al daño. En este sentido vemos como responsabilidad y la autonomía de la voluntad son las dos caras de la misma moneda, o, dicho de otra forma, **la libertad se ejerce bajo responsabilidad.**

6. Bibliografía

Balbín, Sebastián, "Sociedad Anónima Simplificada", 1a ed., Cathedra Jurídica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

Junyent Bas, Francisco, Ferrero, Luis Facundo, "Reformas a la Ley de Sociedades por ley 26.994", 1a ed., Córdoba, Advocatus, 2015, ps. 111/112.

Roitman, Horacio, "Ley General de Sociedades Comentada y Anotada", 3° edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2022, tomos I y V.

Taliercio, Christian A., "A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino". RCCyC 2022 (junio), 116. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1481/2022.

ROITMAN, Horacio, "Responsabilidad de los administradores en la emergencia". LA LEY 25/04/2022, 16. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1316/2022.

DUBOIS, Eduardo M. Favier "El derecho societario frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas y modelos en pugna". DECONOMI. Buenos Aires, 2021.

LORENZETTI, Ricardo "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Buenos Aires, 2015. .

RESPONSABILIDAD DE SOCIOS ANTE LA AUSENCIA DE LA DEBIDA DILIGENCIA

Gabriela Fernanda Boquín

SUMARIO

Ocurrida la causal prevista en el art. 94 inc. 5 LGS esta conlleva -en el caso de no adoptarse las medidas correspondientes- responsabilidad por los daños que se ocasionaran, respecto de quienes el art. 99 indica como responsables: socios y administradores

La causal no exige per se la liquidación del ente. La solución no es imperativa. Varias opciones tendrán el socio para no incurrir en responsabilidad. Podrá remover la causal recomponiendo el capital social, ya sea aumentándolo o realizando aportes, buscar soluciones concursales o proceder a la etapa social liquidativa. Lo que sí es imperativo es que algo “debe hacer” caso contrario de su omisión emanara responsabilidad.

1. Introducción

La temática de la responsabilidad de los socios es un clásico en los congresos, pero claramente es la intención de los organizadores del presente es hacer especial hincapié respecto de la misma ya que la convocatoria refiere al lema libertad bajo responsabilidad.

Sabemos que cuando hablamos de responsabilidad estamos implicando una previa de libertad del agente, porque sin ella no puede haber una imputación de conducta, y una pérdida de derechos o bienes del dañado sino no habría nada que reparar .

2. Normas aplicables

El debate es consecuencia de la redacción del art. 99 de la Ley General de Sociedades que vagamente considera, luego de regular la imputación responsabilizatoria de manera ilimitada y solidaria a los administradores por el accionar más allá de los actos destinados a la liquidación del ente, que ello es así sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. La doctrina entonces, dividida, entendió que ese “sin perjuicio” se refería a las normas propias del tipo o que la sociedad se transformaba en irregular por omitir la liquidación generando que los socios debieran atender a todo el pasivo social que se contrajera o que a partir de la producción de la causal, si los socios omitiesen tomar las medidas legalmente contempladas en el ordenamiento jurídico-tales como la liquidación, la remoción de la causal o el concursamiento del ente- deben responder por los daños generados por ese actuar omisivo. Por fortuna el artículo 167 del Código Civil y Comercial de la Nación aclara el alcance del régimen de responsabilidad aplicable indicándonos que ante la existencia de la causal y el actuar omisivo se produce una alteración del régimen de responsabilidad de acuerdo a los tipos sociales reemplazándose por el propio del sistema de daños del Código Civil y Comercial de la Nación. Así los socios responden en forma ilimitada y solidaria cuando conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias para solucionar la situación.

Para analizar adecuadamente la temática primero debemos considerar cual es la normativa aplicable apreciando el orden de prelación impuesto por los art. 150 y 1709 del Código Civil y Comercial de la Nación, pues si bien se trata de cuestiones comprendidas en el régimen

legal aplicable a las personas jurídicas en materia de disolución también estamos considerando quienes y como deberán responder ante los daños producidos por el incumplimiento de una obligación de hacer imperativamente impuesta. Ambos artículos no dejan lugar a dudas que cierta normas indisponibles del Código Civil y Comercial de la Nación son aplicables pues establecen principios como el deber de no dañar al otro y la consecuente obligación de prevenir los daños y repararlos (art. 1708 CCCN) o que ante oscuridad o defecto de la norma imperativa de la ley especial debe integrarse su sistema con las del mismo rango de Código, siendo por ello que se requiere la integración del art. 99 de la ley 19.550 a la hora de considerar el alcance de la responsabilidad de los socios con las previsiones del art. 167 del CCCN

3. Régimen de responsabilidad de los socios

Ocurrida la causal de disolución los socios no están obligados a liquidar inmediatamente a la sociedad sino que pueden decir remover la causal reintegrando el capital social, es decir, realizando los aportes necesarios para que pueda continuar operando sin causar daños por la infrapatrimonialización del ente. Esto surge claramente del art. 100 de la ley 19.550 que permite que el órgano de gobierno decida remover cualquier causa de disolución siempre que elimine aquella que le dio origen

Partiendo de las premisas antes expuestas, el socio que no toma ninguna medida conociendo el estado de insolvencia, de infrapatrimonialización o ante la pérdida de capital social incurre en responsabilidad por omisión ya que el artículo 1749 CCCN admite su imputación en los casos en que hay una obligación de realizar determinada conducta. La misma surge con total nitidez de los artículos 99 y 100 LSC y art. 167 CCCN, entre otros, que imponen un deber de actuar al socio que no puede permanecer pasivo ante la aparición de una causal de disolución como lo es la considerada por el art. 94 inc. 5 de la ley 19.550¹.

Existe una omisión imputativa de responsabilidad respecto del socio que no procede a tomar medidas tendientes a paliar la situación prevista en el art. 94 conforme la interpretación integral de toda la normativa societaria que desde el art. 1 entiende que hay sociedad cuando sus integrantes se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas, o cuando prevé en su art. 11 como elementos imprescindibles del contrato constitutivo de toda sociedad comercial, la exigencia de la mención del aporte de los socios como del del capital social así como el objeto que desarrollará la ente, lo que demuestra también que está implícitamente reconocida la necesidad de una mínima relación entre todos esos datos. Esta íntima relación que debe existir entre los referidos elementos del contrato de sociedad (aportes, capital social y objeto), permite sostener la necesidad de que la sociedad nazca y se mantenga lo suficientemente patrimonializada esto es, con la posibilidad de contar con los medios necesarios

1 Valga una aclaración: para quienes el capital social cumple la función de servir de garantía frente a los acreedores sociales. Funciona como instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de la que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. En otras palabras, la cifra capital brinda a los acreedores sociales un dato de fundamental importancia, pues les permite conocer los bienes, dinerarios o no, con que cuenta la sociedad para responder frente a los terceros por las obligaciones sociales (confr. Nissen, R., "La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios", en Revista de las Sociedades y Concursos, nro. 1, nov/dic 1999, pág. 15. En igual sentido, CNT, Sala III, con fecha 22.09.2008 en autos: "Arancibia, Nora y otros c/ Rodríguez, Ricardo Marcos s/ ejecución de créditos laborales. Expte 11425/2005"; CNCom, Sala B, en autos: "Epicúreo SA s/ quiebra" sentencia del 24 de septiembre de 1999). En lo personal siendo que este análisis es debatido y resistido prefiero considerar la infrapatrimonialización a los fines de imputar responsabilidad a los socios

para poder desarrollar el objeto social lo cual es sostenido por el art. 94²

La infrapatrimonialización como causal de responsabilidad para los socios requiere que el faltante aparezca sustancial y evidente, y que tenga relación directa con la imposibilidad de pago o la insolvencia de la sociedad, debiendo esta encontrarse comprobada aun cuando no se haya decretado la quiebra de la persona condición de sujeto de derecho a las sociedades³ Segùn el Código responderán quienes, pudiendo hacerlo, no corrigieron con nuevos aportes el defecto, no requirieron su liquidación o no impulsaron su concursamiento pues permanecieron impávidos ante una sociedad que sobregirada continua con su actividad a sabiendas que no responderá por los pasivos contraídos⁴. Todo ello en virtud de que la omisión de toda conducta con el fin de remover la causal societaria acarrea graves consecuencias para terceros ajenos al giro societario como la externalización o desplazamiento del riesgo empresario sobre los acreedores, fundamentalmente los más vulnerables, como pueden ser los trabajadores.

Respecto al alcance de la indemnización por responsabilidad de los socios de una sociedad por los daños que la infrapatrimonialización ocasionara, se ha considerado que deben responder ilimitadamente por el pasivo social, en tanto el fundamento de esa responsabilidad radica en el deber de impedir la traslación del riesgo a los acreedores derivado de la limitación de responsabilidad por las deudas de la sociedad al patrimonio social y que la violación de ese deber impide la invocación por los responsables de la limitación de la responsabilidad.

La responsabilidad surgirá cuando exista un daño a los acreedores y permita legitimar a éstos activamente para reclamar a los socios y administradores societarios como legitimados pasivos⁵ Cabe aclarar que no es la situación infrapatrimonialización en sí lo que genera responsabilidad, sino su concurrencia con el factor de atribución requerido por la norma que resulte aplicable art. 99 LGS, 167 y 1749 CCCN, ya sea el dolo como maniobra delictual o la culpa como cuasi delictual y una relación de causalidad adecuada para generar un daño injustificado por el que jurídicamente exista un deber de responder.

En síntesis, si la sociedad actuó infrapatrimonializada y los socios controlantes no recurrieron a los remedios que les proporciona el ordenamiento para superar esa situación, éstos deberán responder por los daños causados a los acreedores⁶. Insistiremos con que el instituto de la responsabilidad es el que mejor soluciona estos casos patológicos del devenir de la vida de una persona jurídica⁷

2 Nissen, R., "Panorama actual de derecho societario", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 25.

3 Confr. Bonilla, L.; "Infracapitalización societaria - Supuestos de Responsabilidad"; VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario 2001, p.138.

4 "Raiser, T., "Konzernhaftung und Unterkapitalisierungshaftung- Besprechung der Entscheidung BGH AG, 1994, 179, (EDV- Peripherie)", ZGR, año 24, nro. 1, 1995, pág. 168 citado por Manóvil, R., "Grupo de sociedades en el derecho comparado", Editorial Perrot, Buenos Aries, 1998.

5 Conf. Richard, E. en "Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado", Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, cap. XII, ap. III y IV, pág. 484/88.

6 Dentro de la doctrina argentina se entendió que "se trata de una cuestión de responsabilidad lisa y llana de los socios, como materia interna que hace a la estructura de la entidad societaria". El administrador deberá convocar a reunión de socios para que elimine la causa de disolución mediante el oportuno aumento del capital social o para que acuerde la disolución de la sociedad. De esta citación y de lo que se actúe en la respectiva reunión se perflarán las conductas de administradores y socios que compongan la mayoría a fin de analizar la imputación de responsabilidad Richard, E. en "Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado", Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1ª edición, cap. VII, pág. 493

7 Pues tomando lo dicho expresamente por el Profesor Richard diremos que "... la eliminación del efecto del tipo en las sociedades con responsabilidad limitada, afectando a los socios por las deudas de la sociedad no requiere la afectación de la personalidad jurídica de ella. La infracapitalización no representan tanto un abuso de la personalidad jurídica de la sociedad cuanto un incumplimiento de los presupuestos del privilegio de la responsabilidad limitada de los socios de la sociedad, sin que de ello se derive perjuicio alguno para la autonomía patrimonial e individualidad jurídica de la sociedad" Richard, Efraín Hugo en "Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, cap. XII, ap. VII, pág. 496/97.

Por supuesto que para la atribución de responsabilidad deben existir perjuicios. El Código Civil y Comercial de la Nación establece que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (artículo 1737 CPCCN). La existencia de pasivos sin activos para atenderlos es una clara demostración de la existencia de un daño susceptible de ser reparado (art. 1068 del Código Civil y arg. arts. 1737 y 1738 del Código Civil y Comercial) y este tiene vinculación directa con las conductas reprochables de los socios de una sociedad que habiendo caído en la causal de disolución como lo dispone el art. 94 inc 5 LGS nada hacen para subsanar la situación

También debe tenerse en cuenta la consideración de cuál será el alcance de la indemnización de los socios remisos. Ha sostenido la doctrina que el daño cuya reparación se pretende debe tener relación causal adecuada con el hecho de las personas a las cuales se les atribuye su producción. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro. La relación causal vincula al daño directamente con el hecho, independientemente del elemento de imputación subjetiva u objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y el hecho se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. El Código Civil y Comercial (art. 1726) se enrolan en la teoría de la causalidad adecuada, la cual consiste en que no todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, esa es la causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes. Para establecer la causa del daño es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto⁸. La relación causal permite mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor, responsabilidad por las consecuencias que son imputables a su conducta antijurídica.

Llegada de la hora de atribuirse al socio, los “perjuicios causados” deberemos cuantificar las consecuencias inmediatas a cargo de los autores de la conducta dañosa (artículo 903 del Código Civil, actual 1726 CPCCN) y las consecuencias mediatas que estos hayan previsto o podido prever empleando la debida atención y conocimiento de la cosa (artículo 904 del Código Civil, actual 1726 CPCCN que dispone que excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles).

Lo contrario conllevaría permitir una tercerización del riesgo empresarial en terceros vulnerables lo cual es contrario a toda razón de justicia.

8 Conf. Bustamante Alsina, Hugo, “Teoría de la Responsabilidad Civil”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 264.

SOBRE ACTIVIDAD ILÍCITA

Marcelo A. Camerini y Efraín Hugo Richard

SUMARIO

En esta ponencia volvemos a afrontar conjuntamente un tema de absoluta actualidad: la actividad ilícita de sociedades, siempre presente en el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, intermediación financiera, contrabando, trabajo esclavo. Los tipos societarios no son en sí ilícitos ni antijurídicos. Si lo puede ser su actividad –total o parcial. Y ante ello nos preguntamos si la legislación argentina es eficiente para sancionar esa actividad o es necesario cohartar la libertad en la generación de ciertos tipos societarios.

Introducción.

Nuestro lema, con el cual enfocamos este tema y concurrimos al XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa el 26 de octubre de 2022 en la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia, es de “Libertad bajo responsabilidad”.

Debemos recordar que, el Anteproyecto de reforma de la ley de sociedades de 2019 intentó morigerar esta cuestión, disponiendo que para aplicar esa norma: “**ARTÍCULO 18.- Objeto ilícito.** Las sociedades que tengan objeto ilícito son de nulidad absoluta. A los efectos de este artículo y del siguiente, se considera ilícito el objeto de una sociedad cuando prevé actividades sancionadas por las normas penales. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aun para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. Liquidación. Declarada la nulidad, se procederá a la liquidación por quien designe el juez. Para satisfacer los derechos de los terceros de buena fe, el liquidador podrá demandar a terceros por lo que adeuden a la sociedad. Realizado el activo y cancelado el pasivo social, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva. Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.”

Agregando: “**ARTÍCULO 19.- Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita.** Si la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. A los efectos de este artículo se considera actividad ilícita la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos calificados como tales de conformidad con el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo anterior”.

Entendemos que frente a la exigencia de que sea “continuada, sistemática y principal” prácticamente invalida su aplicación, ya reticente de esta norma a la realidad hasta el blanqueo de una actividad ilícita en una sociedad con desenvolvimiento de su objeto.

El Anteproyecto uruguayo del año 2021 mantiene la norma ordenatoria, sin duda imperativa del art. 159 ley 16.060, pero en la modificación por ley 18387 del 23 de octubre de 2008, que apunta como causales de disolución en su “ap. 1o) Por la realización continuada de una actividad ilícita o prohibida o por la comisión de actos ilícitos de tal gravedad que

se desvirtúe el objeto social.”. No modificada por el anteproyecto, que sobre responsabilidad preceptúa en el art. 164 de su ley original #Administradores. Facultades, deberes y responsabilidad. Los administradores de la sociedad, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración o al acuerdo de disolución o a la declaración judicial de haberse comprobado alguna de las causales, sólo podrán atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hará responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos (art. 39)” –por la nulidad del contrato, no sólo del grupo de control-.

Sin duda ninguno de los dos proyectos guarda la eficiencia de la norma vigente sobre actividad ilícita, que tampoco ha sido superada por los intrincados requisitos sobre la responsabilidad penal que nos impuso calladamente la OCDE receptados en la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas N° 27401.

La norma vigente es equilibrada. Claro que a nadie se le va a ocurrir sostener que es actividad ilícita una actividad no regulada ni prohibida en el mercado. Así el caso de la inmobiliaria con franquicias “REMAX”, o el caso “Veritran Holding TLD”, que recién después de definir esa actividad como no autorizada por la legislación argentina se podría pensar en titularla como actividad ilícita si se intentara mantenerla en el mercado.

Antijuridicidad societaria e imputabilidad de responsabilidad¹:

Una actividad ilícita puede ser realizada por una sociedad de cualquier tipo social, incluso de las referidas en la sección 4 de la Ley N° 19.550 y sus mod. (“LGS”). Ninguna sociedad va a adoptar como objeto una actividad ilícita, aunque lo prevé el art. 18 LGS. Sólo podría ocurrir que una actividad lícita fuera considerada legislativamente como ilícita en el futuro (fabricación de armas). En efecto, advertida la actividad ilícita la misma debería ser declarada de oficio, generando la liquidación de la sociedad con responsabilidad solidaria de administradores y socios, con limitados efectos respecto de los socios que acrediten buena fe, pues la antijuridicidad o ilicitud no les sería imputable a los mismos.

La LGS, en su última modificación aprobada por la Ley N° 26.994, mantiene una sanción para las sociedades de objeto lícito con actividad ilícita.

El artículo 19 de la LGS expresamente dispone: *“Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18 [...]”. El artículo 18 de la LSC señala respecto a los administradores y socios que: “[...] Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social, responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y por los perjuicios causados”.*

A su vez el mismo art. 19 de la LGS permite una desimputación de responsabilidad basada en la imputabilidad, exonerando de responsabilidad a *“Los socios que acrediten buena fe quedarán exceptuados”* de la responsabilidad –si el patrimonio social fuere insuficiente- o de la pérdida de la cuota de liquidación si hubiere remanente. Lo que resulta de la combinación de las previsiones de los arts. 18 y 19 de la LGS antes citados.

Se trata de una sanción que impone la liquidación de la sociedad que realizara objetiva-

1 En el referido ensayo Camerini-Richard “El caso CURATOLA y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita”, citado hicimos un análisis más amplio de supuestos de ilicitud realizados a través de sociedades que sugerimos consultar.

mente la actividad ilícita –catalogada así por la legislación civil, administrativa, impositiva o penal-, la responsabilidad ante la existencia de un patrimonio insuficiente y en caso de existir superávit patrimonial *“el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva”*. O sea, un incentivo para que el sistema federal vigile la legalidad de las sociedades en su jurisdicción. Sin duda una herramienta desperdiciada por los jueces penales o concursales en cuyos tribunales se ha constatado la actividad ilícita de una sociedad. Y sobran ejemplos.

Eficiencia de la norma bajo análisis:

Acabamos de ingresar en un tema sensible, el art. 19 de la LGS disponible en nuestro país desde el año 1972 en que inició su vigencia la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 (“LSC”), que presenta escasísima aplicación, pese a los innúmeros casos en que pudo haber sido aplicado, y de la invocación de actividad ilícita con la que se suele legislar.

En efecto, ello motivó el dictado de la Ley N° 27.401², mereciendo la opinión de penalistas y privatistas³, advirtiendo el maridaje entre lo público y lo privado en casos de corrupción. Se apunta *“[d]e un tiempo a esta parte (...) vienen saltando a la palestra casos tanto de consunción entre lo público y lo privado como casos de claras malas prácticas en el seno de sociedades mercantiles de todos los ámbitos y tamaños”*⁴.

Es que la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares; en ocasiones, del titular de esas potestades (funcionario público), pero muchas veces, también, de terceros (que no ocupan un rol funcional en la administración) relacionados con contrataciones estatales, prestatarias de servicios tercerizados, que pueden provocar estas malas prácticas⁵. Una estrategia consiste en establecer sistemas de doble imputación en donde se prevea formas de responsabilidad penal individual y paralelamente la imputación penal de la persona jurídica con conductas desviadas, y así previene la referida Ley N° 27.401 (Ley de Responsabilidad Penal Empresarial), de cuya eficacia hemos dudado.

En ese sentido rescatamos los dichos de Cesano⁶ que: *“[...] la casación nacional, en el mismo precedente “Peugeot Citroën Argentina S.A.”, a través de los votos de los jueces Riggi y Tragant sostuvo que: el argumento que dice que responsabilizar penalmente al ente ideal afecta el principio de personalidad por cuanto la sanción alcanza a socios inocentes “no tiene en cuenta que la pena recae sobre la sociedad, la que si tiene reconocida capacidad penal es una persona distinta de los individuos [...] que la componen”*. La misma línea argumental fue sostenida por dicha Sala en *“Inversora Kilmy S.A., s/Recurso de casación”*⁷, y está atendida por el art. 19 de la LGS.

2 Ver: Eduardo Barreira Delfino y Marcelo A. Camerini, “La abstrusa responsabilidad penal de las empresas”, diario El Derecho, ejemplar del 16/2/2020.

3 José Daniel CESANO – Carlos Julio LASCANO – Efraín Hugo RICHARD “EFICIENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PÚBLICO-PRIVADA”, comunicación al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica, Madrid, España, 22, 23 y 24 de noviembre de 2018, realizado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en la Sección 1 “Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción”, consultable en www.acaderc.org.ar, página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

4 Conf. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en Santiago MIR PUIG – Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), *Política criminal y reforma penal*, Coedición Edisofer – B de F, Madrid – Bs. As. – Montevideo, 2007, p. 401.

5 Sobre estos aspectos, conf. SÁEZ CAPEL, José, “Corrupción en el sector privado”, en David BAIGÚN – Nicolás GARCÍA RIVAS, *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pp. 73/74.

6 CESANO, José Daniel, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 132 y ss.

7 Casación Penal, sala III, 04/12/02, Inversora Kilmy S.A. s. recurso de casación

El diseño del sistema de imputación penal de las personas colectivas de esa ley parece prioriza un modelo de responsabilidad por defecto de organización, ello podría generar bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica, ya que una empresa podría contar con una perfecta organización que sirva de pantalla a la comisión de delitos desde el ente de existencia ideal⁸.

La posible limitada sanción que prevé para la sociedad con actividad ilícita debe estar precedida por una condena a un funcionario público y al defecto de organización de la sociedad. Dudamos que llegue a aplicarse y en caso positivo será después de muchos años de litigios. Es un texto legal inmaduro y una manifestación más de un Derecho Penal puramente simbólico.

Las normas contenidas en la LGS y su relación con esta problemática:

Pero volvamos a nuestra LGS con drásticas soluciones de liquidación de la sociedad, responsabilidad de administradores e incluso de socios que no acreditaran buena fe, y –en caso de sobrantes- la extinción de dominio en favor del Estado.

Ya hemos referido los efectos. La norma enfrenta una actividad contraria al sistema jurídico, al orden público. Similar a las previsiones y efectos de la nulidad absoluta del art. 397⁹ del Código Civil y Comercial de la Nación-, y acordes con la existencia de personalidad o sea de relaciones de organización personificadas, aparece la previsión de actividad ilícita.

Acercamos alguna doctrina tradicional. Al respecto Horacio Fargosi^{10[1]}, uno de los firmantes del proyecto de la LSC, señaló: “[...] el limitar la consideración al objeto ilícito [...] significa, por la pasiva, dificultar el perseguimiento y sanción de aquellas sociedades que, cumpliendo formalmente con el requisito del art. 1655 Código Civil –CC-, sustancialmente frustran la finalidad de licitud que se consustancia con la noción genérica del acto jurídico, a tenor de los arts. 944, 953 y concordantes del C.C.- Esa es la razón de ser del art. 19, aun cuando en una lectura ligera, superficial y prescindente del contexto general del orden jurídico, pueda aparecer como no conjugado con axiomas preestablecidos”. Agregando: “Corresponde a Ascarelli el haber introducido una noción de actividad enderezada a integrar la teoría general de los negocios jurídicos”.- Para luego afirmar: “[...] actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común” y cuya valoración debe ser hecha autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados [...]. Obviamente la actividad se presenta como un comportamiento que debe ser continuado y orientado [...]. La valoración de la actividad, entonces, debe responder a criterios axiológico-jurídicos, sea para reprimirla o para permitirla [...]”. De este modo^{11[2]} cuando en un supuesto concreto se trate de establecer si se configuran actividades ilícitas subsumibles en el dispositivo a que nos referimos, la valoración debe ser hecha objetivamente y teniendo en vista sí, por el conjunto de actos teleológicamente vinculados y coordinables entre

8 De Luca, Javier Augusto, Problemas contemporáneos de la delincuencia económica, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, “La reforma penal del nuevo milenio”, en el encuentro organizado por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 14 y 15 de septiembre de 2017, 3° Panel. Parte Especial, Delitos Económicos, inédita.

9 ART.- La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad.

10 FARGOSI, Horacio P. en “Estudios de Derecho Societario”, Editorial Ábaco Buenos Aires 1978, el artículo *Sociedad y actividad ilícita* pág. 49 y ss, particularmente p. 59 en adelante.

11 FARGOSI ob. cit. p. 66.

sí, se persigue una finalidad antijurídica. Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto^{12[3]}. La sucesión de actos orientados entre sí en finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

Por su parte Betti^{13[4]} remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud. Petrocelli^{14[5]} distingue entre actos que no van contra el derecho, sino que no van por el camino por donde obtiene la protección del derecho.

La ilicitud en este caso no se refiere al objeto social, sino a la actividad desplegada para su cumplimiento^{15[6]}. Se ha definido^{16[7]} “actividad” como una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común. Dado el tenor amplio de su redacción, resulta indiferente a los fines del artículo el hecho de que la actividad ilícita haya sido planeada originariamente o la ilicitud sea sobreviniente^{17[8]}. Normalmente no es suficiente un solo acto lícito, pero podría llegar a serlo atento su magnitud^{18[9]} o significado jurídico^{19[10]/20[11]}.

Hemos sostenido que un acto lícito individualmente puede considerarse en su reiteración, como actividad ilícita: v.gr. la actividad de intermediación financiera no autorizada^{21[12]}. La actividad no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados y esto marca una diferencia significativa con el acto jurídico, que naturalmente supone un destinatario, lo que hace necesario el establecimiento de pautas especiales de interpretación ya que se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad^{22[13]}. Por ello, al tratarse de un caso de desviación del objeto social^{23[14]}, no se declara la nulidad de la sociedad, sino que la misma se disuelve y se procede a su liquidación^{24[15]}. Respecto a las sociedades extranjeras cabe agregar que constatada la ilicitud de su actividad, corresponde la aplicación del art. 19 LGS, no sólo por el negocio ilícito en sí mismo sino también por la actuación irregular de esa sociedad violando el art.124 LGS^{25[16]}.”

Es importante señalar que es posible que la actividad empresarial lícita pueda conservarse,

12 OTAEGUI, Julio César Invalidez de los actos societarios p.365; ESCUTI, Ignacio *Sociedad e invalidez: algunos aspectos* RDCO VI n.53.

13 BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p.93.

14 L'antigiuridicità parte 1 p. 7.

15 ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo, SAN MILLAN, Carlos, “Cuadernos de derecho societario”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, t. 1, p. 259.

16 ASCARELLI, Tullio, “Iniciación al estudio del derecho mercantil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, p. 139.

17 HALPERIN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 197, p. 343..

18 Ej: Una enorme operación de contrabando.

19 Ej: Un monopolio prohibido.

20 HALPERIN, Isaac, “El régimen de nulidad de las sociedades”, RDCO, 1970, Año 3, p. 560.

21 RICHARD, E. H. “Actividad ilícita de sociedad extranjera (indirectoingbusiness) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)”, El Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 —Año XI— N° 2739, www.eldial.com.CNCom., 23/06/2004, Ballester, Rolando Alberto y otros c. Viparita S.A. s/ sumario, www.microuris.com: La actividad de intermediación en la oferta y demanda de recursos financieros desarrollada por la demandada sin que mediare autorización de autoridad de aplicación, en tanto prohibida por ley, ha devenido ilícita y, por tanto, subsumible en la normativa del art. 19 de la LS.

22 FARGOSI, Horacio, “Nota sobre Sociedades Comerciales y Personalidad Jurídica”, LL, 1988-E, p. 66.

23 COLOMBRES, Gervasio, “Curso de derecho societario”, Ed. AbeledoPerrot, Bs. Aires, 1972, p. 167.

24 HALPERIN, Isaac, “El régimen...”, cit., p. 560.

25 RICHARD, Efraín H. “Actividad ilícita...” cit..

liquidando en block –incluso con cargo a mantener los puestos de trabajo- la organización de bienes y servicios, obviamente eliminada la actividad ilícita.

Caso paradigmático es la causa “*Ballester Rolando Alberto y otros c/ Viparita S.A. s/ sumario*”, en la cual la Cámara Nacional en lo Comercial, sentencia del 23/6/2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3/4/2001), del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 11 a cargo del Dr. M. Bargallo, sec. N° 21), en la cual se dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la entonces LSC por actividad ilícita.^{26[17]} Ese fallo tiene connotaciones en torno a cómo calificar una actividad de ilícita, hoy aplicable a varias causas de exposición pública en los medios judiciales, como ser: a).- determinar que se trata de un tema de interés público, cuando no de orden público, por lo que el Tribunal puede actuar de oficio, lo que indirectamente señala en torno a la legitimación activa; b).- respecto al tema de la actividad ilícita en sí mismo, distingue entre acto y actividad; c).- que no necesita ser genética, sino que la sociedad puede asumir posteriormente una actividad ilícita, no necesariamente total sino de importancia en la genérica que desarrolla; d).- la ponderación de actividad ilícita que debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS; e).- que no se trata de actividad prohibida, regulada por el art. 20 LS; y que f).- la antijuricidad se objetiva y la responsabilidad sancionada es automática^{27[18]}.

El art. 19 LGS es técnica y doctrinariamente correcto. La remisión al art.18 LGS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitimos identificar el efecto sobre los socios que acrediten buena fe²⁸[20], y no estar alcanzados por la previsión integratoria del art.167²⁹ -in fine- del CCCN.

En una actividad catalogable como ilícita puede tipificarse dentro del sistema legal argentino aquella dirigida a violar las leyes de resguardo de la competencia, anti-monopolio o anti-trust, como también la destinada a violar leyes impositivas o previsionales, o registros de publicidad. Las que den prebendas a funcionarios públicos para obtener beneficios, o dejar fuera del mercado a competidoras. Estas reflexiones lo son sin perjuicio de que esa actividad pudiera tipificar un ilícito penal del régimen general o especial.

Importante es la manda legal del art. 19 LGS para aplicarse de oficio, por el juez de cual-

26 RICHARD, E.H. “SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)”, en libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos” Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

27 Richard, E. H. *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992 Actas tomo II Pág. 575; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en “Derecho y Empresa” Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo. Coordinación ANOMALIAS SOCIETARIAS, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; Banca de hecho. *Actividad ilícita* Comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario”, pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n° 7 Noviembre Diciembre 2000, Bs. Aires febrero 2001.

28 Richard, E. H. “Banca de hecho. Actividad ilícita”, Revista de las Sociedades y Concursos, Buenos Aires, 2000; “Nulidad absoluta de sociedades”, RDPC, 1997-274; “Actividad ilícita de sociedad extranjera (*indirectdoingbusiness*) y su quiebra en el país (en torno a importantísimo fallo de la Corte)”, el Dial. Express, Lunes, 16 de Marzo de 2009 - Año XI - N° 2739, www.eldial.com. SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?) en libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos” Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 101 y siguientes.

29 Art. 167: [...] En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.

quier competencia donde se acrediten actividades ilícitas, se trata de no cerrar los ojos. A su vez el derecho de defensa está asegurado con la recurribilidad de la resolución que dispusiera la aplicación del art. 19 LGS.

Conclusiones:

Que nuestra legislación tiene herramientas para enfrentar maniobras de magnitud en numerosas sociedades comerciales, accionando por la nulidad absoluta de las maniobras realizadas por sus administradores y accionistas, que generarán acciones de reintegro y responsabilidad en beneficio de esas sociedades y del erario público, y de la conveniencia del análisis en forma integridad del sistema jurídico como manda el art. 2³º del CCCN.

La complejidad de las prácticas ilícitas y su conexidad entre personas jurídicas, sus representantes orgánicos, socios de control, socios de buena fe y terceros, aconseja un prolijo examen de las normas dictadas y en análisis, sobre las que hemos formalizado las presentes reflexiones.

A su vez, las ilicitudes deben ser sancionadas rápidamente, desalentando la actividad contraria a derecho.

En definitiva, sólo nos guía una absoluta vocación por la plena vigencia de un orden jurídico integral en nuestro país, donde toda actuación de sociedades se encuentre compelida a dar estricto cumplimiento a la normativa vigente o en caso contrario sufrir las consecuencias que correspondan, todo ello de cara a una mayor seguridad jurídica integral. Objetivo que no se satisface castigando o persiguiendo tipos societarios (per se), sino la actividad ilegal que pueda desarrollar cualquier tipo de sociedad.

30 Art. 2º: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES: LA SOLIDARIDAD ES LA EXCEPCIÓN, NO LA REGLA

Ricardo Cony Etchart

1.- Adentrarse en el tratamiento de la responsabilidad de los directores de la sociedad anónima supone, a nuestro modo de ver enfrentarse a un régimen legal desarticulado, las veces contradictorio y que, sobre todo, no refleja una comprensión, por parte del legislador de la realidad de la administración societaria.

2.- Afirmamos cuanto precede por cuanto advertimos que, en materia de responsabilidad del directorio, tanto los juristas, los operadores jurídicos como los tribunales, pivotan sobre un axioma que estiman incontrovertible: la regla en materia de responsabilidad de los directores es la solidaridad

3.- Dicha solución en modo alguno es la que se desprende de la regulación que la LGS realiza en la materia. De la interpretación coordinada de los prescrito por el artículo 59 y el artículo 274 del ordenamiento societario, se concluye justamente lo contrario: la responsabilidad solidaria de los directores es la excepción.

4. En efecto, mientras el art. 59 de la ley societaria establece que *los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión, lo cierto es que el artículo 274 del mismo ordenamiento, si bien refiere a ese principio general, sin embargo lo modaliza y lo estrecha cuando establece que “Queda exento 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 síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”*

5. Una lectura de ambas normas permite concluir que se excluye del régimen de responsabilidad solidaria a un director cuando: (i) Habiendo participado en una deliberación del órgano de administración (ii) como resultado de la cual se haya tomado una resolución en la violatoria de los parámetros expuestos en el art 59 (iv) tal director hubiese votado en contra de dicha decisión (v) hubiese denunciado ello al síndico, o (vi) no habiendo participado de dicha decisión pero habiendo conocido ella, hubiese formulado dicha misma denuncia.

6.- De la mecánica descrita se desprende que el hecho generador de responsabilidad solidaria es la resolución tomada como el resultado de la deliberación del órgano de administración. Es decir, de un acto orgánico. Queda claro entonces, que la solidaridad de los directores predicada por la ley de sociedades se desprende de la colegialidad del acto orgánico. De acuerdo con dicha solución, los directores son solidarios porque actúan colegiadamente en la toma de una decisión dañosa.

7.- Este principio organizativo tiene como una de sus principales funciones proteger a los directores minoritarios en la toma de decisiones, el cual, oponiéndose a ella, logra que la imputación de responsabilidad se dirija, únicamente, a quienes participaron en el acto colegial.

8.- La colegialidad convierte la decisión de la mayoría en decisiones del directorio y, bajo esa inteligencia, la misma resulta imputable a todos los miembros del órgano hayan votado a favor o no, salvo que el director que votó en contra de aquella cumpla todos los requisitos exonerativos de responsabilidad que marca la ley.

9. Ahora bien, a poco que se advierte cual es la dinámica de actuación, en los hechos, de la administración societaria, se concluye que el número de actos colegiados que se realizan a los fines de la toma de decisiones es ínfimo. En efecto, quien se asome a un libro de actas de Directorio ha de confirmar que el número de actos colegiados de dicho órgano debe representar no más del 5 % de la vida social del ente que administra. Ello permite concluir casi la totalidad de las decisiones que toman los directores y sus actuaciones no es colegiala sino individual.

10. Así las cosas, la responsabilidad solidaria, prevista por la ley para la actuación colegiada de los directores, no se puede predicar, como regla, cuando en la realidad comercial el Director actúa en la enorme mayoría de las veces de manera no colegiada ni orgánica. Un acto del director no es un acto del Directorio.

11.- La prédica de responsabilidad solidaria del director que no actúa orgánica ni colegialmente, no tiene lugar a la luz de ninguna de los expedientes que los que se suele fundar la responsabilidad solidaria de los agentes, a saber: (i) La culpa in vigilando. El deber de vigilancia exigido para evitar la responsabilidad se concibe respecto de dependientes o subordinados, nunca respecto de pares como sería el caso de los Directores. (ii) La teoría de la representación. Nunca un director podría responder solidariamente por el acto (no colegiado) llevado a cabo por otro director, por invocación de que quien actuaba e hizo el acto dañoso representaba al resto de los directores. Nadie puede representar a otro en la comisión de un acto ilícito. (iii) La causalidad alternativa, que predica la responsabilidad solidaria de todos a los que se les atribuye haber actuado de manera grupal en un acto dañoso, cuando no se puede determinar quien de todos ellos es el responsable. Esta solución no tiene aplicación cuando el acto dañoso es individual y, en caso de no poder determinar quién fue el culpable, ello no puede suponer invertir la carga de la prueba. (iv) La teoría del riesgo creado. Conforme a ello, si la sociedad cometió un daño como consecuencia de una actividad riesgosa, todos los directores son solidarios por el daño causado. Esta solución supone predicar una responsabilidad objetiva, que ajena a solución subjetivista que la doctrina y la jurisprudencia predica en la materia.

12. Así las cosas, queda claro que siendo en una mayoría abrumadora la actuación individual de los directores, en el ámbito de la administración social societaria, la solidaridad no puede ser reputada una regla de responsabilidad, ya que solo ella se reserva para un número mínimo de actuación directoriales, como lo son los actos colegiados.

13. Asimismo, el régimen legal en la materia presenta una lógica insostenible: los directo-

res son responsables porque antes la ley ha predicado la solidaridad al respecto. En lugar de determinar la calidad de su actuación para luego predicar o no solidaridad, el régimen vigente invierte el esquema lógico en la materia. Esto supone establecer lo que se denomina solidaridad objetiva. Acorde a ella, determinado que un solo miembro del directorio produjo un hecho dañoso, el resto de los directores debe responder frente a los terceros perjudicados por dicho acto.

14. Esa lógica, demuestra la experiencia tribunalicia, es de usual aplicación a la actuación de los directores de sociedades, en virtud de ciertos pruritos que llevan a considerar que los directores son sujetos poderosos con control de todo lo que sucede en la sociedad y que, por ello, si existió una actuación daños de algún director el resto debió conocerlo y/o evitarlo.

15. Semejante solución objetiviza la responsabilidad de los directores, lesiona su derecho de defensa en juicio y distorsiona las soluciones societarias en la materia y, ante ello, debe ser apartadas de los criterios de juzgamiento en la materia.

LA EXCEPCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA. UNA LÍNEA ORIENTATIVA EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

Ariel Ángel Dasso

SUMARIO

La responsabilidad limitada que la ley atribuye al socio en la sociedad de capital es característica esencial, insoslayable del sistema por lo cual la ley debe reconocer su aplicación sólo excepcional o restrictiva en los casos de extensión de la quiebra (LCQ art. 162) y responsabilidad de administradores y terceros (LCQ art.173).

Las vías derogatorias son: a) en caso de sociedad in bonis la desestimación de la limitación de la responsabilidad (*piercing the veil of limited liability*) o inoponibilidad de la personalidad jurídica. y, b) en caso de concurso, la subordinación de los créditos internos y externos vinculados (*Deep rock doctrine*) y la legislación debe establecer en forma explícita el carácter eminentemente restrictivo de su excepción. Ello así porque el bien jurídico tutelado prevalente es el interés de terceros (*favor creditoris*) quienes tienen cubiertos con un sobreprecio el valor de su prestación generadora del crédito,

Los acreedores contractuales negocian con la sociedad con pleno conocimiento de los riesgos o, por lo menos, con la posibilidad del pleno acceso al conocimiento de antemano respecto de las perspectivas que son consecuentes a una relación comercial.

Pero además la excepción a la regla de la limitación de la responsabilidad en la sociedad de capitales impone también entonces realizar una diferenciación que corresponde distintos vínculos de la relación comercial contractual (y no sólo respecto de la responsabilidad extra contractual), y esto no es de ninguna manera simple cuando, como en la hipótesis de las relaciones laborales o las del consumidor por productos defectuosos, aunque puede hablarse (en ambos casos) de un contrato entre la sociedad y el tercero, los perjuicios guardan una marcada analogía con los de los de naturaleza extra contractual.

Y esto guarda relación con la apertura y transparencia del mercado. Difícilmente puede, v. gr., el trabajador elegir al empleador ni disentir las condiciones, del contrato de trabajo. Esto no es en teoría imposible, pero no fácilmente pensable en la mayoría de los escenarios económicos. Lo mismo puede decirse de los productos dañinos cuando se trate de aquellos que han logrado a través de la publicidad una ubicación preferente cuya adquisición, ante la inexistencia de productos en competencia, puede aparecer coactiva. En ambos casos la libertad en el consentimiento no existe en forma pura.

En cada caso sería menester determinar si el tercero pudo o no evaluar los riesgos inherentes a la relación social o si pudo conocerlos. En cuyo caso la apariencia engañosa podrá generar la idea de la derogación de la responsabilidad limitada.

Contra todas las críticas el beneficio de responsabilidad limitada es también útil a los acreedores porque les permite acceder a la óptima distribución de sus riesgos y también a

la reducción del coste de ejecución de las obligaciones a cargo de la sociedad. El traslado del riesgo de los inversionistas a los acreedores, que es precisamente la consecuencia de la limitación de responsabilidad debe ser considerado como económicamente eficiente porque son los acreedores quienes así están en mejores condiciones para analizar los riesgos financieros y a priori negociar una rentabilidad proporcionada al riesgo que están dispuestos a afrontar, lo que significa la obtención de mejor rentabilidad, en tanto mayor fuere el peligro en la frustración del negocio.

La responsabilidad limitada hace que tanto los acreedores como los socios procuren y exijan el mejor nivel de información. En cambio tratándose de responsabilidad ilimitada el acreedor debería reclamar en forma individual a cada accionista que hubiere incumplido sus obligaciones por lo que la ejecución coactiva sería, además de costosa, prácticamente imposible, especialmente en el caso de sociedades abiertas. Se concluye entonces que la responsabilidad limitada facilita la ejecución forzosa de los créditos de los acreedores y es más eficiente para la solución de los conflictos crediticios con la sociedad.¹

Visto el tema desde el prisma intrasocietario, la derogación de la limitación de responsabilidad sería injusta para el socio más solvente, respecto de aquel que no lo es, pues el acreedor elegirá a aquel en la ejecución de responsabilidad lo que implica, por lo demás, un desestímulo de la asociación bajo la forma capitalista porque, el socio-accionista con mayor capacidad patrimonial cargaría con igual responsabilidad personal por los hechos del socio-accionista (administrador o no) autor del comportamiento dañoso, sin que mediara otro factor de imputación que un disvalioso criterio objetivo de pertenecer o integrar un único, sujeto de derecho.

Se puede afirmar hoy, sin hesitar, que la abolición de la limitación de responsabilidad aparece claramente minoritaria, insuficiente en sus predicados para derogar un principio que, sólidamente establecido desde los albores de la sociedad anónima está constituido en instrumento medular del capitalismo y se encuentra afiatado con la clásica perdurabilidad de los principios e instituciones, cuya conveniencia está sedimentada a través del tiempo. La idea de una sociedad comercial vehículo fundamental del capitalismo tiene un incentivo imprescindible en la inderogabilidad del riesgo del inversionista que va ínsito en la limitación de responsabilidad.

Sin embargo, el grado de responsabilidad comunitaria de la sociedad-empresa no puede ser de ninguna manera soslayado y aparece potenciado en la misma medida en que esta se convierte en protagonista excluyente de la vida económica moderna. Digamos aquí que distintas soluciones entonces procuran, sin daños traumáticos a su esencia al sistema, paliar sus desvíos y estos son: la capitalización mínima, el seguro mínimo obligatorio y la responsabilidad del management, lo que no es materia de este ensayo, por lo que basta aquí con enunciarlos.

II.- LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El primero de los límites a la teoría de la responsabilidad limitada al aporte corresponde a una trabajosa elaboración de las Cortes Norteamericanas que en múltiples oportunidades, todas patológicas, determinaron casos en los que los socios responden por las obligaciones que originariamente se imputan a la sociedad. En tal sentido además de la desestimación

¹ Engracia- Antunes, Jose, *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU, an International and Comparative Perspective*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 129

de la personalidad jurídica (*piercing the corporate veil*) que aplica, en caso de concurso, la subordinación de los créditos de los acreedores respecto de los acreedores comunes (*equitable subordination*).

Se pone énfasis en desvirtuar el equívoco que surge de la expresión “desestimación de la personalidad jurídica” porque los únicos atributos de los que se prescinde con esta doctrina son los de la separación del patrimonio respecto de todo o alguno de los socios, en forma singular o plural, manteniendo subsistencia la personalidad jurídica y la consecuente diferenciación e incomunicación de los patrimonios de la sociedad y de cada uno de los socios individualmente conceptualizado. Técnicamente no existe desestimación de la personalidad jurídica ni pérdida de sus atributos, sino la extensión de la responsabilidad respecto de aquellos socios que singularmente, o en conjunto, hubieren caído en causas de reestablecimiento de su responsabilidad personal (individual).

Esto ha llevado a que con preferencia a la llamada desestimación de la personalidad jurídica se aluda, con mayor precisión, a la desestimación de la limitación de la responsabilidad (*piercing the veil of liability*).²

El instituto se ha mantenido en los Estados Unidos ajeno a la regulación legal. Para explicar sus alcances se advierte que se trata de decisiones judiciales conceptualizadas como recursos en equidad (*equity*) que, como es notorio, no constituyen un típico “derecho” del sujeto sino una especie de concesión discrecional al funcionario judicial que le permiten adoptar resoluciones que van más allá de los simples resarcimientos económicos (*damages*), subyacente siempre una amplísima evaluación de circunstancias de hecho. Entre los cincuenta Estados de la Unión Americana sólo recientemente el de Texas ha incluido normativa expresa respecto de la teoría de la limitación de responsabilidad en el art. 2.21 A (2) de su ley societaria, con causa en el fraude de los socios cuando el acreedor pruebe que se utilizó la sociedad en beneficio directo y personal del socio imputado.

De todas maneras es consenso en doctrina que la desestimación de la personalidad ya está consolidada en la conciencia jurídica y va ganando paulatinamente sistematización en el derecho positivo comparado, pero aún a pesar de sus dos siglos de antigüedad y de su aplicación en formas distintas de extensión de responsabilidad a los asociados por obligaciones de la sociedad en más de dos mil casos, el derecho societario estadounidense se muestra hasta hoy adverso a quedar atrapado por las fórmulas duras de la legislación positiva.³

La legislación de los países de la Unión Europea aplica la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica con distintos matices y en los de tradición romano-germánica, en algunos casos muy puntillosa y son muy pocos aquellos que no lo incorporan a su legislación. Debe acotarse también como nota fundamental la inexistencia de casos de desestimación en hipótesis de compañías cotizadas: con ello se pretende evitar el desestímulo que significaría la aplicación de la doctrina en quienes invierten en las bolsas de valores en razón de la lógica económica distinta que se advierte en las compañías cerradas respecto de las cotizadas, lo que obedece a la participación con mayor o menor grado de intensidad de los socios en la administración de estas últimas y en la ausencia de los accionistas en el manejo

2 Solomon, Lewis D. y Palmiter, Alan R. *Corporations, Examples and Explanations*, Second Edition, Little Brown and Company, Boston, 1994, p. 69

3 Rate, Howell y otros, *Business Law*, Third Alternate Edition, Chicago, The Dryden Press, 1986, p. 25 Cfr. Capítulo I, Supra; Thompson, op cit, p. 1042

de las cotizadas.

Así como en la doctrina estadounidense se admite la conveniencia de la no codificación de las distintas figuras en tanto a que por su naturaleza es inconveniente su reducción a rígidas fórmulas, en cambio en la Europa continental de la misma manera que en América latina, particularmente en Brasil, Argentina y Colombia se ha concretado una regulación destinada a aprender en la norma conductas típicas que autorizan a la desestimación de la responsabilidad limitada.

Reyes Villamizar⁴, pone de relieve las discrepancias de la doctrina y enuncia las consideradas por la mayoría de los autores.

El principio de la responsabilidad limitada resulta fundamental al funcionamiento societario estadounidense y se aplica con igual severa impronta, que impide filtraciones frecuentes en medida que aún en casos extremos, y hasta de responsabilidad extracontractual, ha sido negado.

En el citado caso *Walkovsky v. Carlton*, el actor fue investido por un taxi de propiedad de una compañía en la que el demandado actuaba como socio controlador. Carlton constituyó diez sociedades con dos taxis destinados al transporte de pasajeros, en todos los casos con un capital mínimo, limitándolos a cubrirlos con un seguro mínimo obligatorio de accidentes exigida por la ley de diez mil dólares por siniestro.

El actor alegó que cada sociedad, a pesar de actuar en forma independiente, constituía con las otras una única empresa porque sus suministros, reparaciones, empleados, financiación eran comunes y dirigió la demanda a las diez compañías. El máximo tribunal de New York, la Corte de Apelaciones, denegó la desestimación de la personalidad y afirmó que la infracapitalización no es suficiente para hacerlo: "Los operadores del servicio de taxi tienen el derecho de formar sociedad y, como bien lo ha afirmado la Corte, si la cobertura del seguro exigido por la ley no es adecuada para la protección del público, el remedio debe buscarse ante el órgano legislativo y no ante la Corte".

Sin embargo en el caso extremo de la carencia total de capital en *Minton v. Cavaney*, una sociedad constituida para administrar una piscina destinada al servicio público en el que resultó ahogada una menor, la responsabilidad directa del socio director y el fundamento fue

4 Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, Ed. Legis, 3ra. Edición. Cap. V p.

163/184 a) Operaciones del socio controlante: Se trata de realización reiterada de operaciones con la compañía que revelan en esta un mero instrumento subordinado para su propio interés. No interesan los beneficios económicos de la sociedad sino el valimiento de la misma para otros fines usualmente críticos. b) La violación reiterada de la ley o de los estatutos, falta de convocatoria a asambleas o de directorios, carencia de contabilidad, o de actas, o de auditorías estatutarias requeridas. Sin embargo dos caracterizados autores afirman que esta hipótesis es desventurada puesto que el desconocimiento de la forma rara vez tiene relación con el cumplimiento de las obligaciones, y son solo prueba indirecta de abusos de los accionistas.

c) Confusión de activos y pasivos: Se trata de una interacción y comunicación de los patrimonios que impide la distinción del socio y el de la compañía, lo cual priva de contenido económico fundamental a la consecuencia de la personificación jurídica que es la independencia patrimonial. d) Reestablecimiento de la equidad. Ya hemos dicho supra que se trata de un concepto diverso al derecho del sujeto y para ejercicio del mismo el afectado debe exponer la violación a su buena fe corazón puro y manos limpias: (pure heart and empty hands). e) Fraude a la minoría con fundamento en el voto del juez Keating de la Corte de New York: "La cuestión que debe desentrañarse en esta acción es si la política de este Estado, que garantiza a quienes desean participar en una sociedad comercial el privilegio de la limitación de responsabilidad, es tan fuerte como para permitir que tal beneficio se mantenga sin importar qué tanto se abuse de él, cuán irresponsablemente se ha manejado la compañía o qué tan alto sea el costo que el público deba asumir" -caso *Walkovsky v. Carlton*- (1966).

f) Infracapitalización. Como es notorio esta hipótesis constituye el motivo de mayor preocupación de la doctrina del último lustro en nuestro país. Se trata de la insuficiencia del capital para afrontar la actividad económica o en otra manera de decir, la insuficiencia de los medios económicos en forma de justificar la estructura jurídica que centra su aspecto dirimente en la responsabilidad limitada de la acción del socio, expuesta en el CCCN art. 163 en el elenco de las causales de disolución Las Cortes Norteamericanas coinciden en el rechazo a conceptualizar como fundamento de la derogación de la responsabilidad limitada al aporte la constitución de la misma con capital insuficiente, en tanto atribuyen a dicho capital la función exclusiva y excluyente de organización, de la cual la responsabilidad limitada del socio constituye característica típica insoslayable.

que “el capital aportado para el negocio era irrisorio en comparación con el riesgo asumido”. El caso es conceptualizado disvalioso por la jurisprudencia norteamericana que rechazó todo enfoque referido a la infracapitalización, salvo que, como en la hipótesis del caso *Minton*, aparezcan extremos de patología societaria inconcusos⁵.

La teoría de la desestimación de la limitación de la responsabilidad no sólo ha sido aplicada en defensa de los acreedores sino aún de los mismos socios. Así en Inglaterra es frecuente en doctrina la cita del caso *DHN v. Tower Hamlets LBC*: tres compañías eran propietarias de tres partes integrantes de un solo terreno sujeto a expropiación.⁶ Si el inmueble era considerado como de propiedad de personas jurídicas distintas, el valor de la expropiación habría sido inferior al correspondiente si se lo conceptuara como de propiedad del grupo, en forma independiente de las sociedades en particular.

Lord Denning magistrado siempre recordado por sus fallos, decidió que correspondía perforar el velo societario y decretó el pago de la indemnización más alta, que correspondía al grupo.⁷

III.- LA SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LOS SOCIOS

Aditada a la desestimación de la personalidad jurídica aparece, como otra defensa de los acreedores en hipótesis de insolvencia de la sociedad cuando los administradores o socios actúan en fraude de terceros, la postergación de créditos, conocido en doctrina estadounidense como “*equitable subordination*” o bien “*deep rock doctrine*”. Se trata de una de las construcciones jurisprudenciales que postula la sustitución de los indemnización de perjuicios por una subordinación o degradación en el orden de preferencia de los pagos que le habría correspondido al acreedor. Su antecedente es la causa *Taylor v. Standard Gas & Electric Co.* (329)

Deep Rock era el nombre de una sociedad vinculada, filial de su matriz *Standard Gas & Americana Electric Co.* La filial, próxima a la insolvencia, necesitaba fondos y su matriz, que pudo haber acudido a una capitalización, decidió la vía de una emisión de acciones preferidas a terceros. La capitalización no fue suficiente para superar la crisis y determinó un proceso de liquidación en bancarrota cuyo pasivo incluía los créditos de la propia sociedad controlante *Standard Gas & Electric Co.* la que tiene, conforme al ordenamiento general, en su carácter de acreedor, un rango de cobro preferente respecto a las obligaciones provenientes de pasivo interno esto es por concepto de capital, categoría esta que involucra a las acciones preferidas emitidas por decisión de la sociedad matriz. Aparecía patente que los suscriptores de las acciones emitidas en razón de la capitalización quedaban reducidos a una remota posibilidad de recupero en atención al grado de endeudamiento de la sociedad. Aplicando el criterio de equity el trustee in bankruptcy decidió la subordinación de los créditos con la matriz al total reintegro del capital de los accionistas preferidos, cuyo título accionario estaba causado en la capitalización. El precedente doctrinario quedó luego plasmado en norma positiva la Sección 510 , (c) , (1)] remite a los “*principios (de doctrina) de la subordinación crediticia, derivada del régimen de la equidad*”, usando curioso mecanismo legislativo lo que hace menester tener en cuenta los criterios doctrinarios

⁵ Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, Ed. Legis, 3ra. Edición ,

⁶ *DHN v. Tower Hamlets* [1976, 1 WLR 852, CA] 174.

⁷ El caso es citado por Reyes Villamizar Francisco en *Derecho Societario en Estados Unidos*, p. 175 con cita de Bons Elen J. y otros en *Business law*, London , Blackstone pres limited, 1990

generalmente expuestos en la doctrina judicial: a) cuando el responsable-subordinado hubiere participado en actos injustos o contrarios a la equidad ; b) hubiere ocasionado perjuicios a los otros acreedores o al deudor mismo u obtenido ventaja injustificada; c) que la subordinación no contradiga las disposiciones de la *Brankruptcy Code*.

Los hechos que determinan la aplicación de la subordinación acontecer cuando: a) el titular de deberes fiduciarios ante la sociedad aprovecha de su situación en detrimento de los demás acreedores; b) un tercero ejerce control sobre el deudor en perjuicio de los demás acreedores y; c) un tercero resulta comprometido en fraude de otros acreedores.

SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA CON OBJETO PROHIBIDO EN RAZÓN DEL TIPO

Franco Javier De Grandis

SUMARIO

La Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, prevé para la SAS un mayor campo de libertad en relación a su objeto social, al mismo tiempo que prevé ciertas restricciones vinculadas al objeto. Particularmente, en virtud de la remisión que el art. 39 de la LACE hace a los inc. 4 y 5 del art. 299 LGS, no es posible que la SAS realice operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requiera dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros ni explote concesiones o servicios públicos.

En ese contexto, el dictado del Decreto 690/2020, incluye a los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC como servicios públicos esenciales. En la presente ponencia, se analizan las implicancias derivadas del dictado de dicho decreto en relación a la SAS, y las eventuales consecuencias del incumplimiento de lo previsto por el art. 39 de la LACE.

PONENCIA

1. La Sociedad por Acciones Simplificada.

La Ley 27349, de Apoyo al Capital Emprendedor (en adelante, LACE), incorporó en el ordenamiento jurídico argentino la figura de la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante, SAS); la cual desde su llegada al ordenamiento jurídico argentino en marzo de 2017, ha sido objeto de acalorados debates y discusiones, tanto en su favor como en su contra.

La SAS queda regulada principalmente por el alcance y las características previstos en la LACE, y supletoriamente son de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), en tanto se concilien con las de la LACE, conforme lo establece el art. 33 de la LACE.

2. El objeto en la SAS

En este contexto, es importante destacar que la LACE (con sus modificaciones aprobadas por ley 27444, B.O. 18/6/2018) incorporó disposiciones en relación en torno al objeto social, las cuales exigen que el instrumento constitutivo de la SAS, debe contener como mínimo (art. 36 inc. 4 LACE):

La designación de su objeto, el que podrá ser amplio y plural. Las actividades que lo constituyan podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas.

Esto implicó una novedad en materia del objeto social, dado que las disposiciones de la LGS, establecen en el art. 11 inc. 3 que el objeto debe ser “preciso y determinado”.

De esta manera, cuando de SAS se trata, existe una mayor libertad al momento de consignar el objeto social, dado que si se lo contrasta con las exigencias incluidas en la LGS, los requisitos para la SAS son menores y posibilitan una mayor autonomía de la voluntad, tanto en el momento de constituirse la SAS, como al momento de llevar a cabo las actividades para las cuales fue constituida.

Sin perjuicio de ello, hay quienes sostienen que *“no obstante, ese objeto debe tener un grado de determinación tal que permita identificar las actividades enunciadas como rubros diferenciables, no pudiendo aceptarse enunciaciones genéricas. Tampoco se debería admitir una enumeración infinita de actividades que, dada su extensión, abrogue la regla del ultra vires que la legislación -todavía- consagra”*¹

3. Las limitaciones relacionadas con el objeto social.

Sin perjuicio de la amplitud de permite el art. 36 LACE, existe una importante limitación establecida por el art. 39 de la LACE, en virtud del cual la SAS no puede quedar comprendida en los supuestos previstos en los incisos 3, 4 y 5 del art. 299 de la LGS.

Es importante destacar que lo establecido por el art. 39 LACE, representa una limitación aplicable solo a la SAS, dado que la LGS no contiene restricciones similares para los demás tipos sociales, sin perjuicio que en algunos casos, establezca un mecanismo de fiscalización diferente, pero ello no implica una restricción o prohibición.²

En virtud del alcance del presente análisis, por su estrecha conexión con el objeto social, corresponde hacer foco en los supuestos de los incisos 4 y 5 del art. 299 LGS, que establecen que están sujetas a fiscalización estatal permanente aquellas sociedades que:

4º) *Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros;*

5º) *Exploten concesiones o servicios públicos;*

De esta manera, teniendo en consideración la restricción prevista por el art. 39 LACE, y por las actividades comprendidas en el art. 299 inc. 4 y 5 LGS, no es posible la existencia de SAS cuyo objeto sea la explotación minera, la actividad bancaria, la organización de medicina prepaga, por mencionar solo algunas.³

4. Las restricciones sobrevinientes

En esa línea, resulta relevante lo dispuesto por Presidente de la Nación mediante Decreto 690/2020, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 22 de agosto de 2020, que en su art. 1, resuelve incorporar como art. 15 de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones N° 27.078, el siguiente texto:

“Artículo 15- Carácter de servicio público en competencia. Se establece que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciarios y licenciarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad”

En relación al tema que nos convoca, la norma tiene gran trascendencia. Ello se debe a que, como consecuencia del dictado del Decreto 690/2020, los Servicios de las Tecnologías de

1 De las Morenas, Gabriel; “El objeto de la SAS. Propuesta de interpretación”. *Hacia un nuevo derecho societario: XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, - Advocatus, 2019, p. 1378

2 Por ejemplo, para la Sociedad Anónima, el art. 299 LGS, establece que en ciertos casos, la Sociedad Anónima quedará sujeta a fiscalización estatal permanente.

3 Existen ciertas disposiciones normativas que establecen requisitos particulares, por ejemplo, art. 2 de Ley 20091 (Ley de Entidades de Seguros), art. 3 de Ley 24083 (Administración de Fondos Comunes de Inversión), art. 9 de Ley 21526 (Ley de Entidades Financieras), art. 31 de Ley 26831 (actividad bursátil), que exigen que la figura adoptada sea una figura en particular -por ejemplo, la de sociedad anónima. Por su parte, existen otras disposiciones que establecen -de larga data- que determinadas actividades son consideradas como servicios públicos o que requieren concesión, por ejemplo, arts. 1 y 3 de Ley 24065, art. 1 Ley 26190 (Transporte y Producción de Electricidad); art. 2 del Código de Minería; art. 1 Ley 24076 (Transporte y Distribución de Gas Natural); art. 4 de Ley 17319 (Explotación y Transporte de Hidrocarburos), y -en consecuencia- quedan alcanzadas por los supuestos del art 299 LGS.

la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia.

Para ello, es necesario acudir a lo prescripto por la Ley 27078, relativa a Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que en su art. 6 establece una serie de definiciones. Entre ellas, en su inc. g, define: *Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Servicios de TIC): son aquellos que tienen por objeto transportar y distribuir señales o datos, como voz, texto, video e imágenes, facilitados o solicitados por los terceros usuarios, a través de redes de telecomunicaciones. Cada servicio estará sujeto a su marco regulatorio específico.*

Esto implica que todas aquellas SAS que, previo al dictado de mismo, hubieran incluido en su objeto social el desarrollo de actividades comprendidas por el Decreto 690/2020, quedaron automáticamente incluidas en la limitación que establece el art. 39 LACE.

Tal es el caso, por ejemplo, que aquellas SAS que se constituyeron adoptando los estatutos modelo aprobados por la autoridad de contralor, que incluían dentro de su objeto lo siguiente:

Comercialización y prestación de servicios de telecomunicaciones en todas sus formas, quedando excluido el servicio de telefonía fija.

5. Las alternativas para resolver dicha situación

No podemos desconocer que el segundo párrafo del art. 39, prevé una solución para este supuesto.

La solución propiciada por el artículo, establece que la sociedad deberá transformarse en alguno de los tipos regulares previstos en la LGS, estableciendo incluso que la transformación debe inscribirse en el Registro Público correspondiente en un plazo no mayor de seis (6) meses de configurado el supuesto.

Acto seguido, establece una excepción al cómputo de dicho plazo: si la SAS se encuentra en contradicción con la limitación dispuesta por el art. 39 LACE pero ello no resulta de un hecho o acto propio de la SAS, dicho plazo de 6 meses debe ser configurado desde que la SAS tomó conocimiento del mismo, estableciendo incluso que dicha transformación no es obligatoria si antes de ese plazo la SAS deja de estar encuadrada en alguno de dichos supuestos.

De esta manera, a los fines de definir el momento en que se “tomo conocimiento del mismo” corresponde acudir al art. 5 del Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone: *“Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.”.*

En el caso bajo análisis, es el mismo Decreto 690/2020 el que establece la entrada en vigencia, ya que en su art. 7 prescribe: *“La presente medida entrará a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.”.*

Adicionalmente, el art. 8 CCCN establece que inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes por su desconocimiento (*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico*).

Así, teniendo en consideración que el Decreto 690/2020 se encuentra vigente, fue debidamente publicado, y la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su incumplimiento, podemos colegir que todas las SAS que al 22 de agosto de 2020 incluyeran una actividad comprendida por el Decreto 690/2020, tuvieron un plazo de 6 meses para tomar las medi-

das que la LACE misma establece.

En ese marco, los caminos que tuvieron las SAS para aquel entonces, a fin de evitar las consecuencias que la misma ley establece, fueron:

Modificar su objeto social, a fin de eliminar la actividad que refiere al supuesto regulado por el Decreto 690/2020, lo cual solo hubiese sido posible en la medida en que la actividad que efectivamente desarrollaran, no estuviera incluida en el Decreto 690/2020. De esta manera, quedarían alcanzadas por la válvula de escape que prevé el segundo párrafo de Art. 39 LACE, y la transformación no sería obligatoria.

Transformarse en alguno de los tipos regulares previstos por la LGS.

En consecuencia, para el 22 de febrero de 2021, todas las SAS comprendidas en esta situación, deberían haber acogido alguno de los dos caminos anteriormente indicados.

6. Las consecuencias ante el incumplimiento

Es el mismo art. 39 LACE el que establece la consecuencia, dado que dispone:

Vencido el plazo indicado sin que se hubiera producido la inscripción de la transformación en el registro público correspondiente, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria.

Se ha señalado lo excesivo de la sanción cuando el socio no hubiera tenido noticia de la participación del ente en alguno de los supuestos del art. 299 LGS (operaciones de capitalización o la explotación de servicios públicos), por provenir ello de una decisión inconsulta del administrador.⁴ Vale aclarar que -en nuestra opinión- este supuesto se refiere a aquellos casos en que el administrador fuera una persona distinta de los accionistas, y en aquellos casos en los que la inclusión dentro del art. 299 LGS se deba a la actividad llevada a cabo de hecho, dado que solo en esos supuestos podríamos entender que el socio no hubiera tenido “noticia” de la actividad llevada a cabo por el administrador de manera inconsulta. De lo contrario, la decisión debería haber sido aprobada mediante la correspondiente modificación el objeto social.

Ramírez, por su parte, sostiene que una interpretación sistémica de la sanción, es que solamente responderán por los perjuicios que se produzcan a raíz de la falta de transformación, lo que no implica que deban responder solidariamente por el resto de las obligaciones de la sociedad. Esto se infiere del texto original de la norma, que diferenciaba las responsabilidades, al sostener en la última frase “*sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido*”⁵

No compartimos la interpretación propuesta, dado que se torna una dificultad demostrar cuales son específicamente los perjuicios que se produjeron “a raíz de la falta de transformación”, demostración que no podrá ser puesta en cabeza de un tercero perjudicado por la SAS infractora. Máxime, cuando la obligación que le impone el ordenamiento a la SAS es a transformarse de pleno derecho, sin que esa salvedad se encuentre consagrada en el texto legal.

En relación a este supuesto, Burghini⁶ expresa que “*más allá de la irregularidad que constituye para el organismo de control el acto de inscribir una sociedad con objeto prohibido*

4 Molina Sandoval, C., “Sociedad por acciones simplificada”, LL, 2017-B-991, citado por Balbín, S., “Sociedad por Acciones Simplificada”, Cathedra Jurídica, 2019.

5 Ramírez, A. Sociedad por Acciones Simplificada, Bdef, Buenos Aires, 2019, citado por Balbín, S., “Sociedad por Acciones Simplificada”, Cathedra Jurídica, 2019.

6 Burghini, L. Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), Hammurabi, 2021, p. 211.

por el tipo, corresponde preguntarse cuál es la sanción aplicable al supuesto. ¿Resulta aplicable el art. 20 de la LGS, que las declara nulas de nulidad absoluta, o el art. 39, última parte, de la LACE, que obliga a transformarlas y -para el supuesto de incumplimiento- dispone que los socios deberán responder frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria? El objeto prohibido en razón del tipo no implica ilicitud. La prohibición se refiere a objetos vedados a ciertos tipos de sociedades, no por cuestiones de fondo, sino de forma.⁷ En razón de esto, compartimos la posición de Manóvil, quien considera que cuando la norma especial (art. 39, última parte, LACE) establece una sanción específica distinta de la norma general (art. 20 LGS), prevalece la primera. Asimismo, el autor añade que esta interpretación es coherente con el criterio del art. 100 de la LGS, que hace primar el principio de conservación de la empresa.⁸ Dado que el art. 299, inc. 4., de la LGS dispone la prohibición sobre la actividad efectivamente desarrollada y no en potencia⁹, la sanción dispuesta por el art. 39 última parte de la LACE, solo podrá aplicarse cuando la actividad petrolera, gasífera, minera o eléctrica¹⁰ sea efectivamente realizada por la sociedad.”

En cuanto a lo manifestado por Burghini, coincidimos en que constituye una irregularidad que el organismo de contralor inscriba una sociedad con objeto prohibido por el tipo. En ese marco, sostenemos que la autoridad de contralor deberá de oficio denegar dicha inscripción, al mismo tiempo que debería advertir a cualquier SAS que -en virtud del Decreto 690/2020 analizado en el presente trabajo- haya sobrevenido en contradicción con la normativa, de manera tal que proceda a regularizar su situación.

No obstante, no compartimos en cuanto a que la sanción “solo podría aplicarse cuando la actividad sea efectivamente realizada por la sociedad”, dado que dicho rango de actividades es el definido por el objeto social, y no puede resultar una obligación de un eventual perjudicado, tener que demostrar que la sociedad que le ha causado un perjuicio, lleva a cabo efectivamente una actividad coincidente en el objeto social. Máxime, cuando la ley no establece dicha exigencia.

Como último, es importante destacar que la ley incluso refiere a que se deberá “inscribir la transformación en el registro público correspondiente, en un plazo no mayor a los seis (6) meses de configurado el supuesto”, y que “vencido el plazo indicado sin que se hubiera producido la inscripción de la transformación en el registro público correspondiente, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria”

En consecuencia, no solo requiere de la SAS que realice el correspondiente proceso de transformación, sino que el artículo le exige que logre la inscripción registral dentro de dicho plazo. Así, los socios no podrían alegar la eximición de su responsabilidad ni en aquellos casos en los que la transformación haya sido resuelta, pero no inscrita en el Registro Público correspondiente, dado que la LACE requiere que -dentro del plazo de ley- la SAS no solo se transforme, sino que también logre la inscripción registral de dicha transformación.

7 Nissen, Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, 2017, t. I, p.309, citado por Burghini, L. Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), Hammurabi, 2021.

8 Manóvil, La SAS y las normas generales de la Ley General de Sociedades, LL Online, AR/DOC/718/2019, citado por Burghini, L. Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), Hammurabi, 2021.

9 Romero, R. La enigmática Sección III del Capítulo I de la Ley General de Sociedades, LL Online, AR/DOC/5297/2015, citado por Burghini, L. Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), Hammurabi, 2021.

10 En el caso, Burghini refiere a actividad petrolera, gasífera, minera o eléctrica, dado que en ese marco analizaba Modelos de instrumentos Constitutivos de la SAS en distintas jurisdicciones, los cuales incluían en su objeto actividades que -en virtud de normativa específica- quedarían comprendidas en lo dispuesto por el art. 299 LGS, contraviniendo la restricción del art. 39 LACE.

7. Conclusión.

Teniendo en cuenta los puntos anteriormente analizados, no existen dudas de que la SAS tiene un mayor ámbito de libertad en relación a su objeto social. Sin embargo, no podemos dejar de tener presente que el art. 39 de la LACE impone -como contrapartida- considerables restricciones a esa libertad, las cuales no pueden ser dejadas de lado por la SAS.

En ese marco, es posible concluir que no hay razones para dar un tratamiento benévolo a aquellos socios de la SAS que la constituyeron contraviniendo las restricciones del art. 39 de la LACE, como así tampoco corresponde dar un tratamiento especial a aquellas SAS que, por razones sobrevinientes -e incluso ajenas- contravienen la restricción normativa, y no cumplimentan el procedimiento que prevé la ley, dentro del plazo establecido.

¿LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD DE LA SECCIÓN IV ES DIRECTA O SUBSIDIARIA?

Romina Di Salvo

SUMARIO

Una interpretación armónica y coherente del nuevo sistema impone aceptar que la responsabilidad de los socios de la sección IV es subsidiaria.

I. Introducción.

La sección IV se ocupa de regular la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley general de sociedades (art. 21 LGS).

En lo que aquí interesa, la responsabilidad de los socios es simplemente mancomunada y por partes iguales (art. 24 LGS).

Esta ponencia pretende aclarar lo que la ley no hizo: si estamos ante una responsabilidad directa o, por el contrario, ante una subsidiaria.

II. El art. 24 LGS y su compatibilización con el régimen de la sección IV en la LGS.

Vale comenzar por destacar que en materia de responsabilidad coexisten dos regímenes posibles para los socios. Uno, es el que tendrán frente a los terceros que hubieran conocido el contrato –pues de ello deriva la oponibilidad de sus reglas-. Y, otro, es el que regula el art. 24 LGS para regir frente a quienes, en cambio, no lo conocieron.

Lo que pretendemos delinear aquí es este último régimen, toda vez que si hay previsión contractual –conocida por los terceros-, a esas previsiones habrá que estar a efectos de dilucidar si la responsabilidad que asumió el socio es directa o subsidiaria.

Adelantamos que, a nuestro juicio, esa responsabilidad es subsidiaria.

Dos son, fundamentalmente, los argumentos que nos permiten justificar ese aserto: por un lado, la nueva mirada del legislador respecto de este tipo de sociedades y, por el otro, la interpretación que nos permitimos realizar de lo dispuesto por el art. 56 LGS.

III. El cambio de paradigma.

En aras de poder explicar la postura que sostenemos, vale la pena tomar dimensión de la reforma introducida por la ley 26.994 en materia societaria.

Bajo la sección IV están comprendidas las sociedades: a) atípicas, b) aquellas que hubieran omitido algún requisito esencial no tipificante, c) las irregulares y d) las sociedades de hecho. Las dos primeras eran consideradas inválidas en el anterior ordenamiento (ley 19.550), mientras que las dos últimas fueron reconocidas por el legislador, bien que de un modo muy distinto a aquellas que sí habían adoptado un tipo, al punto de que el contrato social no podía ser opuesto ni siquiera entre los mismos socios, la sociedad carecía de toda posibilidad de actuación orgánica y primaba la promiscuidad en materia de representación, en tanto cualquiera de aquéllos podía obligar a la sociedad y, por ende, a todos los demás.

Lo que la ley 19.550 quería era desalentar la conformación de este tipo de sociedades, instando así a los socios a inscribir su sociedad en el registro público, por entender que la inscripción registral, al otorgar publicidad, contribuía a la seguridad del tráfico¹.

Pues bien: la concepción del legislador ha cambiado tras la reforma.

Así resulta del régimen concebido en la sección IV para regular a las sociedades allí previstas; régimen del que surge que el contrato social siempre será oponible frente a los socios y que también lo será frente a terceros si éstos lo conocieron (incluso las cláusulas relativas de la representación social), que permite la actuación orgánica así como también que la sociedad adquiera bienes registrales a su nombre.

Igualmente de contundente es el cambio en materia de responsabilidad.

Específicamente y, en cuanto al tema elegido respecta, el régimen derogado del art. 23 disponía “...Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social...”.

La responsabilidad, por ende, pasó de ser considerada ilimitada, solidaria y directa (art. 23 LS) a mancomunada y por partes iguales (art. 24 LGS).

Este cambio, que se enmarca en el contexto que venimos describiendo, ha sido sustancial; hallando su justificación en el hecho de que la visión del legislador ha dejado de ser negativa respecto de las sociedades subsumidas en la sección IV, mutando de un régimen claramente sancionatorio a uno mucho más tolerante de la “informalidad”.

Más allá de que así lo prescribía la norma, la solución adoptada en el derogado régimen -esto es: la posibilidad del acreedor social de dirigir su acción contra cualquier socio sin necesidad de excutir primero los bienes sociales- resultaba coherente con la concepción del legislador respecto de las llamadas “sociedades irregulares o de hecho”².

Varias eran las vías en beneficio de los acreedores sociales: a) contra el ente societario, cuya existencia deberán probar; b) contra los socios (todos o algunos de ellos) en virtud de su responsabilidad ilimitada, solidaria y no subsidiaria; c) contra quienes contraten en nombre de la sociedad, pero no sean socios; d) contra la sociedad, socios y no socios “simultáneamente”³.

Esa solución excepcional no se reprodujo en el art. 24 LGS; lo que resulta también coherente con el cambio de paradigma que venimos delineando, según el cual, estas sociedades han perdido su carácter reprochable que justificaba aquel temperamento sancionatorio.

En este contexto y, ante la ausencia de previsión respecto de este punto, se impone el interrogante que pretendemos responder en este trabajo: ¿los socios de la sección IV tienen responsabilidad directa o subsidiaria?

La única respuesta posible, según nuestro ver, es que la ley 26.994 ha consagrado una **responsabilidad subsidiaria**: los acreedores sociales primero deberán atacar el patrimonio

1 Villanueva, Julia, “Acerca de la responsabilidad de los socios de las sociedades incluidas en la sección IV de la Ley General de Sociedades”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016).

2 Prestigiosos autores propiciaban, ya desde ese entonces, la separación patrimonial entre la sociedad y el socio. Anaya, Jaime Luis “La acción contra el socio de la sociedad irregular”, El Derecho, t. 133, pág. 151/58: “Coherente con el reconocimiento de la personalidad de la sociedad de hecho o irregular es la doctrina que niega al tercero acreedor de la sociedad una opción para demandar a ésta o a los socios en razón de su responsabilidad solidaria. Tal interpretación se robustece si se advierte la relevancia atribuible a un autónomo patrimonio social, siendo que éste no resulta embargable por las deudas particulares de los socios (Záldivar, Manóvil, Ragazzi, Rovira y San Millán, “Cuadernos de Derecho Societario”, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 124)”.

3 Etcheverry, R. A. “Sociedades irregulares y de hecho”, Buenos Aires, 1981, núm. 92 y sus abundantes citas en p. 200.

social y sólo ante su insuficiencia para atender la deuda podrán hacer lo propio con el patrimonio de los socios, los que responderán en la medida de su responsabilidad.

Una solución distinta importaría tanto como igualar -en el aspecto que tratamos- la responsabilidad de los socios de esta nueva sección IV a los de aquellas sociedades que el legislador ha pretendido dejar sin rumbo ni esencia.

Si la ley hubiese pretendido descartar la subsidiaridad del plano de estas sociedades así lo hubiese contemplado en el propio texto del art. 24 LGS, tal como lo había hecho en el derogado art. 23 LS, primera parte.

Es claro que al no reproducir el régimen, el legislador no quiso mantenerlo en forma coherente con el cambio que estaba introduciendo en la nueva concepción de estas sociedades. Rige aquí, como en todas las otras sociedades -sin distinción, porque la ley así lo quiso- el principio según el cual la sociedad posee un patrimonio diferente del de sus miembros y debe responder por sus obligaciones.

El principio es que la sociedad responde directamente y, cuando los socios también responden, lo hacen en forma subsidiaria; principio que surge del art. 56 en los términos que vemos más adelante.

Por definición y, dado que no corresponde presumir que la responsabilidad sea directa, consideramos que, en forma coherente con los nuevos principios, la reforma ha consagrado que la legitimada originaria de la deuda es la sociedad -sobre la que recae la sentencia condenatoria que hace cosa juzgada- y únicamente frente a la insuficiencia de ese patrimonio, debe responder el socio en forma “mancomunada y por parte iguales” o en la medida dispuesta en el contrato efectivamente conocido por los terceros.

IV. Interpretación del art. 56 LGS en la sección IV.

El art. 56 LGS dispone: “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate” (lo subrayado nos pertenece).

Diversas posturas se han esbozado en torno a cómo compatibilizar lo dispuesto en este artículo en las sociedades de la sección IV.

Así, autorizada doctrina considera aplicable lo dispuesto en este art. 56 a las aludidas sociedades y, de ese modo, dan sustento a su teoría de que la responsabilidad de los socios es subsidiaria⁴.

Ricardo Nissen, en cambio, sostiene que la previa excusión de los bienes sociales es admitida en el art. 56 LGS para las sociedades regularmente constituidas, en cuanto esa norma hace referencia al “tipo de sociedad de que se trate”, por lo que resulta exclusivamente aplicable, según su ver, a las sociedades típicas; de lo que deriva que los socios de la sección IV deben responder frente a los acreedores del ente en forma directa⁵.

Más allá de que arribamos al mismo resultado que la primera de esas posturas señaladas

4 Puliafito, Gladys Josefina, “La responsabilidad de los socios en las sociedades comprendidas en el capítulo I, sección IV de la LGS” y Dolores Guzmán, Tomás Capdevilla, Sebastián Heredia Querro y Hugo Efraín Ricard, “Ensayando sobre responsabilidad en las sociedades de la sección IV LGS”, ambas ponencias presentadas en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016); Francisco Junyent Bas – Carlotta Palazzo, “La responsabilidad en las sociedades de la sección IV, ley 19.550, y la extensión de la quiebra del artículo 160, ley 24.522”, RDO 275, 17/12/2015, 1593; Mauricio Boretto, “La insolvencia y las sociedades no constituidas”, RDCO 291, 17/08/2018, 721; Rafael Barreiro “Reformas incorporadas a la Ley General de Sociedades. Sociedades atípicas, informales y otros supuestos”, LL, ejemplar del 02/11/2016.

5 Ricardo Nissen, “Ley de sociedades comerciales comentada”, Tomo I, La Ley, 2017, pág. 525/26.

-en tanto concluyen que la responsabilidad que instauró la reforma es subsidiaria-, nos permitimos disentir con ambas interpretaciones.

En el derecho argentino, todas las sociedades son sujetos (art. 2 LGS): tienen sus propios patrimonios y constituyen centros de imputación diferenciados respecto de sus socios.

No implica esto que esos socios no responden, lo cual no depende de la personalidad societaria –que todas las sociedades tienen-, sino del tipo social elegido.

El citado art. 56 regula esa cuestión, es decir, frente a una sentencia dictada en contra de la sociedad remite al tipo a efectos de establecer cómo deben los socios responder.

No se ocupa, en cambio, del supuesto que estamos tratando, que no se confunde con los “tipos” allí referidos pues por definición la sección IV comprende hipótesis que son reguladas de modo independiente.

El art. 56 se ocupa de decir cómo responden los socios de las sociedades típicas, sin incursionar ni regular qué es lo que ocurre, en cambio, con las sociedades que tratamos.

Ahora bien, de esa afirmación -esto es: que la “subsidiaridad” dispuesta en el art. 56 no resulta aplicable al caso que tratamos- no se deriva la responsabilidad directa de los socios de la sección IV que, reiteramos, el legislador se ha ocupado de no reproducir en el art. 24 LGS; lo que guarda coherencia con el cambio de paradigma al que también ya hemos referido.

Así interpretado el sistema, cierta doctrina ha destacado que los socios de la sección IV se encuentran en una mejor situación por detentar una responsabilidad más atenuada que los socios de una sociedad colectiva o en comandita respecto de los socios comanditarios, en tanto que, reconocido para todas estas sociedades el “beneficio de excusión”, estos últimos mantuvieron, tras la reforma de la LGS, la responsabilidad ilimitada y solidaria que no conservaron los primeros⁶.

Sea cual fuere la situación de los socios de la sección IV –“mejor o peor”-, lo cierto es que la comparación efectuada no permite interpretar de otro modo la responsabilidad que a ellos se les ha pretendido otorgar.

Por un lado, es preciso señalar que el legislador ha querido mantener esos tipos sociales -seguramente porque habrá quienes pretenden contratar con sociedades que detenten ese tipo de responsabilidad-, y eso no es óbice a que existan las sociedades de la sección IV ni que se les permita a ellas gozar de una responsabilidad atenuada.

Por el otro, a *contrario sensu* de lo que otros autores ponderaron a su respecto, consideramos que el hecho de que ni siquiera haya establecido para esas sociedades (que de por sí denotan una responsabilidad agravada) la responsabilidad directa nos lleva a reconocer que el espíritu de la ley es otro.

Nos referimos a consagrar como principio fundante la responsabilidad subsidiaria, aplicable, por ende, también a los socios de la sección IV.

6 Pulifato, Gladys Josefina, “La responsabilidad de los socios...”, ob. cit., Nissen, Ricardo, “De las sociedades no constituida según.....”, ob. cit., Francisco Junyent Bas – Carlotta Palazzo, “La responsabilidad en las sociedades...”, ob. cit.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS EN EL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES URUGUAYO

Alicia Ferrer Montenegro

La ley 16.060 de sociedades comerciales actualmente vigente contiene normas de responsabilidad de administradores en su parte general que resultan aplicables a todos los tipos sociales, y también contiene disposiciones particulares sobre responsabilidad de directores de sociedades anónimas.

El modelo de conducta –obrar con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios– es común, pero en el capítulo de sociedades anónimas aparecen disposiciones especiales o particulares para el tipo.

Esta duplicidad de regímenes normativos de responsabilidad llevó a la doctrina a distintas construcciones, algunas de las cuales llegaron a defender la idea de una responsabilidad objetiva respecto a los directores de sociedades anónimas.

Como el régimen de responsabilidad resulta aplicable también a las hipótesis de concurso, y en el derecho positivo uruguayo se regula el incidente de calificación del concurso, esta idea de la objetivación de la responsabilidad volvió a ser centro de discusión.

Considerando las opiniones doctrinarias mayoritarias, analizando las normas de derecho comparado los redactores del proyecto de ley de sociedades comerciales modificatorio de la Ley 16.060, propusieron innovaciones sobre esta debatida cuestión.

La primera, establecer un régimen único de responsabilidad para todos los tipos sociales, derogando el régimen especial de las sociedades anónimas.

La segunda, la incorporación del administrador de hecho al régimen de responsabilidad. Esto fue consecuencia de la introducción de la responsabilidad del administrador de hecho en otras normas legales y su reconocimiento por la doctrina y por la jurisprudencia. Esto se incorpora en el Artículo 83 inciso final.

La tercera, fijar un concepto individual y subjetivo de la responsabilidad. El artículo 83 inciso segundo dice: Los administradores y representantes de la sociedad serán personalmente responsables frente a la sociedad por todas las violaciones que, con dolo o culpa grave, hubieran cometido a las normas de la ley, el estatuto o el reglamento, y a sus deberes de lealtad y diligencia, las cuales hubieran causado un perjuicio al patrimonio social. Su responsabilidad no es objetiva ni son garantes de las obligaciones sociales. Claramente el texto proyectado abandona toda idea de responsabilidad objetiva.

La cuarta innovación propuesta, es la incorporación del business judgement rule. El artículo 83 inc. 5 señala que los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión.

La quinta refiere a las decisiones tomadas en interés grupal y está consagrada en el inciso

6 del artículo 83. En los grupos societarios, a los efectos de la atribución de la responsabilidad, la afectación del interés social por parte de los administradores de la sociedad componente deberá juzgarse tomando en consideración la política general del grupo, con el criterio establecido en el artículo 51, lo que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integren.

Por último, el proyecto de ley regula la acción individual de responsabilidad por daño causado en forma directa en el artículo 83 quarter. Esta norma no hace más que recoger lo que la doctrina y la jurisprudencia vienen reconociendo desde hace muchos años, aún en ausencia de norma legal expresa en la Ley 16.060.

El proyecto, como se ha descrito, pretende terminar con discusiones y jurisprudencia contradictoria en materia de responsabilidad, requerirá una vez aprobado, revisar la aplicación de ciertas normas concursales sustentadas en la “objetividad” de la responsabilidad de los administradores, y sobre todas las cosas, permitirá que los más idóneos asuman los cargos de dirección y administración y los ejerzan si la presión de una responsabilidad que maniata y asusta.

LA ¿NO? RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DEL ESTADO

Santiago Nicolás Lorenzatto

SUMARIO

Para la responsabilidad de administradores, existe un régimen general previsto por la Ley General de Sociedades, particularmente en los arts. 273 y ss., de aplicación también para las sociedades del Estado, en virtud del artículo 2° de la Ley 20.705.

A lo dicho, se suma la responsabilidad del Estado. ¿Aplica este régimen jurídico por los hechos de los directores o administradores designados por el Estado que revistan el carácter de funcionarios públicos o equivalente?

Ello cobra especial relevancia porque el Estado Nacional por sí o a través de sus entidades y jurisdicciones, participa en distintas empresas y sociedades en las que designa directores, síndicos, consejeros y otros funcionarios que integran sus órganos sociales. En ese orden de ideas, mediante el Decreto N° 196 del 10 de febrero de 2015, el Estado Nacional otorgó indemnidad y asistencia jurídica a determinados funcionarios allí definidos en el ejercicio de sus funciones.

Así entonces, el Decreto N° 196/15 establece que la actuación de los funcionarios allí indicados encuentra fundamento en una designación estatal, en función de la cual deviene necesario que el Estado Nacional a través de la jurisdicción que corresponda, o de la entidad estatal involucrada, asuma la asistencia profesional correspondiente a la vez que las consecuencias de los eventuales procesos, cuando con motivo o en ocasión del cumplimiento de sus funciones los referidos funcionarios sean demandados, intimados, denunciados, querrellados, imputados o requeridos de cualquier otra forma.

PONENCIA

Introducción

A mediados del siglo pasado, nuestro país inició un proceso de traspaso de las empresas y sociedades del sector privado al ámbito público y, consecuentemente, el Estado creó distintos marcos jurídicos con el propósito de encauzar ese fenómeno. Así se instituyeron los regímenes de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta, regidas básicamente por el Derecho Público.

Luego se incorporaron a nuestro ordenamiento las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria (SAPEM), las sociedades del Estado (conceptualmente distintas de las empresas ya mencionadas) y, por último, las sociedades anónimas que pertenecen exclusivamente al Estado, sea a través de la tenencia accionaria de dos o más de sus agencias o bien bajo la recientemente incorporada figura de la Sociedad Anónima Unipersonal a la Ley General de Sociedades N° 19.550 (en adelante, la "LGS").

El foco del presente escrito es comentar sobre esa evolución y mencionar ciertas particularidades de cada uno de esos regímenes, para comenzar a buscar la respuesta al interrogante ¿cuál es el régimen que debe aplicarse a la responsabilidad de directores y miembros del

órgano de administración en sociedades del Estado y SAPEMs, junto con el régimen de indemnidad de los directores y administradores sociales designados por el Estado a la luz del Decreto 196/2015?

Existe un régimen general previsto por la Ley General de Sociedades, particularmente en los arts. 59, 273 y ss., a la que incluso remite la Ley 20.705 en su art. 2° (remite a sociedades anónimas) y el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 159 y 160.

A lo dicho, se suma la responsabilidad del Estado: ¿aplica este régimen jurídico por los hechos de los directores o administradores designados por el Estado que revistan, a su vez, el carácter de funcionarios públicos? Y en ese caso, ¿es su aplicación plena o deben considerarse factores adicionales y concurrentes a la calidad de administradores del derecho (societario) común?

El Estado Nacional por sí o a través de sus entidades y jurisdicciones, participa en distintas empresas y sociedades en las que designa Directores, Síndicos, Consejeros y otros funcionarios que integran sus órganos sociales. En ese orden de ideas, mediante el Decreto N° 196 del 10 de febrero de 2015 (el "Decreto N° 195/15"), el Estado Nacional otorgó indemnidad y asistencia jurídica a determinados funcionarios allí definidos en el ejercicio de sus funciones.

Así entonces, el Decreto N° 196/15 establece que la actuación de los funcionarios allí indicados encuentra fundamento en una designación estatal, en función de la cual deviene necesario que el Estado Nacional a través de la jurisdicción que corresponda, o de la entidad estatal involucrada, asuma la asistencia profesional correspondiente a la vez que las consecuencias de los eventuales procesos, cuando con motivo o en ocasión del cumplimiento de sus funciones los referidos funcionarios sean demandados, intimados, denunciados, querellados, imputados o requeridos de cualquier otra forma.

Dicho Decreto establece también que tal indemnidad no procederá cuando exista dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones por parte del funcionario, o cuando la actuación de éste no se hubiere ajustado a las normas, reglamentos, directivas, recomendaciones u órdenes emanadas de la autoridad que en cada caso corresponda.

El decreto prevé los requisitos que deberán seguir los funcionarios a los efectos de solicitar la indemnidad que garantiza la norma bajo análisis. Así, cada sociedad y/u organismo dependiente de la jurisdicción al que deba aplicarse esta norma podría reglamentar internamente los procedimientos que considere oportunos a los fines de regular los establecido mediante el Decreto N° 196/15.

Empresas y sociedades en el marco de las leyes recientes

Sin perjuicio de las figuras ya vistas, también se tiene en cuenta que la Ley de Reforma del Estado N° 23.696 declaró en emergencia la prestación de servicios públicos, la ejecución de los contratos del sector público y la situación económico-financiera de la administración central, descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y sociedades de economía mixta. Ello dio lugar a la privatización y a la concesión de servicios públicos. Si bien casi todas las empresas y sociedades estatales se vieron alcanzadas por esta política, algunas se mantuvieron en la órbita estatal y, consecuentemente, los regímenes antes mencionados –sin perjuicio del cambio radical de modelo–, no fueron derogados.

En este sentido, la Procuración tiene dicho que *[e]n el caso particular de las sociedades anónimas de propiedad estatal resulta claro que la elección de esa forma societaria supo-*

ne la decisión de que estas personas jurídicas sean reguladas por el derecho privado. Este temperamento reconoce como antecedente el régimen de Sociedades del Estado aprobado mediante la Ley N° 20.705, conforme al cual dichas entidades habrán de regirse por las normas de las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatible con la ley citada. A su vez, excluye la aplicación de las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos (arts. 2° y 6°). La adopción de la figura de la sociedad anónima regida por la Ley N° 19.550 importa un paso más en esa dirección. Sin embargo, la decisión de someter estas sociedades al derecho privado no permite prescindir de los principios del derecho constitucional. Ello es así porque existen razones derivadas de la Norma Fundamental que impiden asimilarlas completamente a las personas jurídicas privadas¹.

Por su parte, la recientemente promulgada Ley N° 27.561, referida al presupuesto nacional, dispuso en su artículo 21 la incorporación a la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto N° 11.672 (t.o. 2014) el siguiente texto: *[l]as empresas Aerolíneas Argentinas Sociedad Anónima y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur Sociedad Anónima y sus controladas se rigen por las normas y principios de derecho privado, y en particular en cuanto a su naturaleza, por los términos del capítulo II, sección V, de la ley 19.550, sin perjuicio del control que corresponde al Congreso Nacional y a la Auditoría General de la Nación conforme con el artículo 85 de la Constitución Nacional, y los capítulos I y II del título VII de la ley 24.156. Las mencionadas empresas recibirán el mismo tratamiento que el previsto para los entes alcanzados por la ley 26.741, a los fines de la aplicación de la ley 27.437 y sus normas reglamentarias y complementarias, y cualquier otro régimen que en el futuro lo sustituya. // Asimismo, se establece mismo criterio para las sociedades anónimas de capital estatal o con participación estatal mayoritaria.*

A su vez, la Procuración del Tesoro de la Nación ha manifestado que *[e]l alcance de las competencias de las sociedades anónimas del Estado se define por el principio de especialidad propio de las personas jurídicas del Derecho Privado; es decir, el sujeto puede desarrollar sus actividades en el marco de su objeto y finalidad, salvo que estuviese prohibido de modo expreso o implícito. En tal sentido, el Código Civil y Comercial dispone que las personas jurídicas tienen aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141). Los regímenes más recientes no solo señalan que el operador debe aplicar la Ley N° 19.550 sino que además excluyen las leyes de contrataciones estatales, procedimientos administrativos, obras públicas e incluso -en algunos supuestos- la aplicación de principios y reglas propios del Derecho Administrativo. Así, el legislador no sólo fijó el campo del derecho privado en términos positivos y precisos (Capítulo II, Sección V, Ley N° 19.550) y luego negativos (exclusión de las Leyes N° 19.549 y N° 13.064, el Decreto N° 1023/2001 y, en general, los principios y reglas del Derecho Público) sino que, además, ordenó enfáticamente aplicar los principios y normas del Derecho Privado. De esta manera, el derecho privado cubre la organización (estructuras materiales y factor humano) y las actividades (objeto) de estas sociedades.² Finalmente, y en línea con lo analizado, ¿cómo conciliar, en las sociedades donde el Estado es accionista, lo dispuesto por el artículo 279 LGS respecto de la posibilidad de los accionistas y los terceros de ejercer sus acciones individuales contra directores si dichos directores estuviesen cumpliendo directa o indirectamente instrucciones precisas dictadas*

1 Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 301:049.

2 Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 301:050.

por el Estado? En otros términos, hasta dónde aplicar la doctrina de los actos propios a las acciones del Estado en su faz privada (accionista que designa directores o administradores) sin desplazar al Estado como unidad de acción para los actos de la Administración Pública.

El problema de la aplicación práctica del Decreto 196/15

De lo reseñado hasta ahora se explica la naturaleza particular de las personas jurídicas en las que el Estado es accionista o titular, junto con la indemnidad prevista en el Decreto 196/15. Pero en los últimos años ha ocurrido, en ocasión de cambios del partido gobernante, que la nueva gestión decida suspender la aprobación de gestiones y estados contables (junto con la restante documentación prevista por el artículo 234 LGS) en pos de presuntos procesos de investigación sobre las prácticas de los administradores anteriores para su eventual reclamo.

Si bien al inicio de ambos períodos (2015-2019 y 2019-2023) resonaron muchos casos mediáticos sobre malas administraciones de sociedades estatales, la realidad es que no hubo mayores reclamos en sede judicial que estuvieran directamente ligados a la responsabilidad de administradores. Sin embargo, el hecho de tener las aprobaciones de gestiones pendientes o incluso rechazadas (con todo lo que implica en materia societaria para la persona jurídica en sí) nos lleva a pensar en cómo operaría la indemnidad en la práctica.

Es evidente que las normas no se modifican simplemente por quién detente el carácter de administrador, sin importar su línea política. Entonces, si una persona fue directora de una sociedad estatal en una gestión y siguió instrucciones del Poder Ejecutivo de ese momento, ¿cómo puede el siguiente juzgarlo si todo lo que hizo fue seguir las instrucciones, máxime si dichas instrucciones fuesen impartidas por asamblea?

Ante tal hipótesis operaría literalmente lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto 196/15 respecto de que la indemnidad opera *durante el ejercicio de esas funciones o luego de cesado en ellas*. En tal caso, si fuésemos a aplicar el decreto al pie de la letra junto con el resto del sistema jurídico del derecho administrativo (particularmente el Decreto N° 411/1980 sobre defensa del Estado en juicio), la Procuración del Tesoro de la Nación y/o el resto del cuerpo de abogados del Estado tendría a su cargo, simultáneamente, la demanda a quien fuera director de la sociedad en cuestión y su defensa en juicio.

No escapa a nuestro razonamiento que la persona demandada muy probablemente, y con razón, no querría ser defendida por el personal estatal que la está demandando. Tampoco que la parte actora argumentaría dolo para no proceder a la indemnidad. Pero lo pragmático o razonable, como sabemos, no necesariamente es lo que prima en la aplicación práctica del derecho. Se forma en este sentido una contradicción no tanto jurídica sino práctica que, sin embargo, no podría afectar el derecho de indemnidad de la persona demandada, siempre que se den los presupuestos requeridos por la norma.

Finalmente, respecto de la faz pública de dichos administradores, enseñaba Gordillo³ que los mayores desaguizados, los mayores daños y perjuicios a los habitantes no han sido jamás causados por funcionarios intermedios y mucho menos pequeños, sino por los más altos titulares del Poder Ejecutivo Nacional, quienes ejerciendo poderes que ni siquiera la Constitución les confiere, han cometido los más grandes daños a la economía del país y a sus habitantes.

3 GORDILLO, Agustín. Tomo IX, Capítulo 24. Consulta web: https://www.gordillo.com/pdf_tomog/libroi/capitulo24.pdf

Por su parte, al referirse al derecho común, la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos que revistan carácter de administrador mantiene su faz privada, como analizamos al inicio de este trabajo. No puede la faz estatal en este punto implicar una suerte de “fueros” para no verse afectados por las normas societarias ni por la responsabilidad civil prevista en el Código Civil y Comercial y normas complementarias. No hay un principio de “norma más benigna” para la responsabilidad civil como la penal.

Conclusión

Tras lo expuesto, puede concluirse que las normas societarias y de poder de policía actuales dan un tratamiento bastante exhaustivo a las sociedades con participación estatal. Sin embargo, el sistema jurídico actual no ha logrado unificar plenamente los criterios de atribución de responsabilidad a administradores de sociedades, especialmente cuando, simultáneamente, revisten carácter de funcionarios públicos. El foco, entonces, debería estar en buscar posibles formas de solución a este potencial conflicto que es de compleja aplicación práctica.

Bibliografía y literatura pertinente

- Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, consultados a través de <https://busquedadictamenes.ptn.gob.ar>.
- CAMELO, Gustavo, HERRERA, Marisa, PICASSO, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, págs. 289/290. Primera Edición, 2015. Editorial Infojus.
- FERNANDEZ MADRID, Horacio y otros. Práctica Societaria. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- GORDILLO, Agustín. Tomo IX, Capítulo 24. Consulta web: https://www.gordillo.com/pdf_tom09/libroi/capitulo24.pdf.
- NISSEN, Ricardo Augusto. Curso de Derecho Societario. Segunda edición. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- PISANI, Osvaldo E. Elementos de derecho comercial. Segunda Edición, 2006. Editorial Astrea, entre otros.
- VERÓN, Alberto Víctor. Ley General de Sociedades 19.550 - Comentada [en línea]. La Ley, 2015. Formato ebook. Disponible en sistema ProView de Thomson-Reuters.
- VERÓN, Alberto Víctor. Tratado de las Sociedades Comerciales y Otros Entes Asociativos [en línea]. La Ley, 2012. Formato ebook. Disponible en sistema ProView de Thomson-Reuters.
- Verón, Alberto Víctor, Empresas del Estado, responsabilidad y transparencia; TR LALEY AR/DOC/1178/2021.
- *Hacia un nuevo derecho societario: XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa / compilado por Gabriela Calcaterra [et al], Tomos I, II y III, 1era edición. Córdoba: Advocatus, 2019*

LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

José Fernando Márquez – Efraín Hugo Richard

Las relaciones de organización, particularmente las personificadas, generan un desafío metodológico ante la existencia de un nuevo patrimonio y su gestión por administradores y auditores en los órganos de administración y fiscalización, con la interacción de los socios que crearon el nuevo sujeto e intervienen a través del necesario órgano de gobierno. Particularmente por las disposiciones del art. 143 CCC y correlativo art. 56 LGS, que condicionarían las acciones de responsabilidad incoadas por terceros mientras la sociedad disponga de patrimonio.

1.-LA CUESTIÓN.

Remarcamos por un lado el freno a los ataques a eventuales responsables de las obligaciones sociales a través del art. 143 CCC mientras el patrimonio es suficiente.

Correlativamente, desde las FINANZAS CORPORATIVAS, se bosqueja que en una sociedad “in bonis” el riesgo empresario está en cabeza de los socios. Por eso sólo ellos pueden iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores sociales. Pero cuando caen en insolvencia (y es necesario distinguir cesación de pagos de insolvencia, eventualmente insolvencia financiera de insolvencia patrimonial), lo que acaece es una transferencia del riesgo empresario de los socios (que limitarían –lo decimos en potencial- sus pérdidas a lo aportado, conforme al tipo societario) a los acreedores. Ese es el motivo por el cual los acreedores (sea por sí, o a través de la sindicatura) pueden ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores ante la insolvencia del patrimonio. Además, en ese contexto de infrapatrimonización, INDIRECTAMENTE (razonan esos economistas), la propiedad se transfiere de los accionistas a los acreedores.

Se corresponde ello a lo dispuesto por el art. 99 LGS. La posición se ajusta a través de la posición, muy compartida, que los administradores deben siempre actuar en el interés social, y así se protege a los acreedores, pues los socios en el derecho americano son acreedores subordinados, se habla en interés de los stakeholders y no de los shareholders, socios.

2. LA CAUSA FINAL EN EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE SOCIEDAD.

El elemento caracterizante, causal, de la libertad para generar personas jurídicas societarias es “realizar aportes para aplicarlos..., participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. Es un elemento esencial tipificante, asegurado por normas imperativas de la ley, que motivan otra Comunicación a este Congreso y de lo que derivan efectos específicos¹.

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello y conforme el art. 1° LGS, pues “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causa del contrato de sociedad o sea la

¹ RICHARD, Efraín H., “CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” para Estudios de Derecho Concursal Uruguayo Libro V Coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo 2018, págs. 21 a 50

función económico-social del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reconoce como tal². Subrayamos la contundencia de esos artículos primero: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”.

Apunta Muíño³: “c) Como causa final, que es lo que las partes esperan obtener del acto: el fin esperado es la causa de haberse obligado, causa que, por otra parte, coincide en todos los actos del mismo tipo. Así, todos los compradores persiguen el fin de convertirse en titulares del dominio de las cosas compradas. d) La misma acepción, pero vista desde el ordenamiento jurídico, denota el propósito del legislador de regular los negocios típicos para alcanzar ciertos efectos propios (p.ej., en la compraventa, el dominio de las cosas). Puede decirse que, en tanto el *tipo* se refiere a la *estructura* del negocio, la *causa* contempla el *interés* perseguido por las partes. El sujeto es libre de elegir, entre varios, el tipo de negocio más adecuado para la satisfacción de sus intereses, pero no puede perseguir el logro de finalidades ilícitas o contrarias a las buenas costumbres. La causa del contrato es objetiva y, por lo tanto, independiente de la voluntad de los contratantes. Asimismo, es distinta de los *motivos* individuales que indujeron a cada uno de ellos a celebrar el negocio. Por “motivos” han de entenderse los elementos psíquicos personales que en cada caso concreto determinan la voluntad de las partes al concertar el acuerdo. Estos motivos, en principio, carecen de relevancia jurídica.⁴

De manera que, con Colombres, podríamos afirmar que la característica específica del negocio societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea, “la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho”. La participación en las ganancias y las pérdidas es la función objetiva que el “negocio jurídico sociedad” tiene, y que el derecho como tal estatuye y reconoce. El desvío de la causa determina la sanción de nulidad del art. 13 LGS.

En el caso típico, esas utilidades no se lograrán individualmente, sino en virtud de la actuación pre ordenada de un ente. Y esa pre ordenación es a través del objeto del ente.

Nos referimos al objeto social como la actividad o actividades para cuya realización la sociedad se constituye, lo que permite distinguirlo del fin social o fin de los socios, que puede ser la obtención del lucro. Pero, al hablar del objeto social surge inescindible lo “social” como perteneciente a un sujeto distinto al de las personas individuales o jurídicas que conciben la “sociedad”. Como fin inmediato de las partes aparece entonces un fin estructural, esto es, concebir un nuevo sujeto de derecho para el cumplimiento de la finalidad común a nombre común: el objeto social. Se trata de las relaciones de organización personificadas, que son bien distintas a las relaciones de organización no personificadas como lo son los “contratos asociativos”

El objeto social, como elemento causal, delimita (imputa) así los actos y negocios que puede realizar la sociedad, las facultades de sus administradores, el criterio para juzgar sus actos en orden a la inversión de su patrimonio.

Las múltiples “finalidades” de los socios se objetivan así en dos datos causales finalísticos, uno estructural, organizarse en un ente personificado, y otro funcional, el objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común por medio del ente constituido, que permitirá obtener la causa me-

2 COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

3 RICHARD – MUÍÑO *DERECHO SOCIETARIO*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1a. Edición 1997 pág.133 y ss., donde también pueden verse otras notas.

4 MARQUEZ, José F., *El interés del acreedor. Su importancia en la estructura y dinámica del derecho de las obligaciones. La incorporación al Código Civil y Comercial* • Márquez, José F. • LA LEY 19/06/2020, 1 • TR LALEY AR/DOC/1993/2020

diata y posible participación en las utilidades, bajo el riesgo de soportar las pérdidas. Ninguna de las dos causas (la inmediata y la mediata) puede ser desconocida. Ni la pretensión de la utilidad puede hacer sucumbir la causa de cumplimiento del objeto social, ni el perfeccionamiento del cumplimiento del objeto social puede impedir el goce de utilidades existentes.

La causa en el contrato de sociedad, desde el punto de vista objetivo, es la constitución, por los exteriorizantes de la voluntad negocial, de una nueva persona jurídica por medio de cuya actuación se obtengan utilidades, soportando el riesgo o pérdidas, por lo que el objeto de ese contrato son las prestaciones que, escindiéndose del patrimonio del socio, constituyen el patrimonio del nuevo sujeto de derecho, en virtud de una causa subjetiva exteriorizada, cual es el cumplimiento del objeto social, como dato del negocio constitutivo.

3.LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA: TIPICIDAD DE PRIMER GRADO.

Soportar las pérdidas que genere la nueva persona jurídica es parte de la tipicidad de la sociedad. No se configuraría una sociedad si los constituyentes decidieran que no van a soportar las pérdidas. Estaremos frente a un particular negocio participativo, pero no frente a una sociedad. Congruente con ello el art. 11 ap. 7 LGS dispone “Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa 8. Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros; 9. Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.”

Conforme a esa estructuración normativa el art. 13 LGS, ya comentado, regula la estipulación nula de liberación “de contribuir a las pérdidas”.

Esa regulación en torno a soportar las pérdidas establece, como causal de disolución, la pérdida del capital social –art. 94.5 LGS-, la forma de recomponer el patrimonio –art. 96 LGS- y en el marco de normas imperativas –que motivarán comunicaciones-, tendientes a asegurar que no se dañará a terceros con la generación de la sociedad persona jurídica. Así el art. 99 LGS señala la responsabilidad de los administradores, obvio en caso de déficit patrimonial, “respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Es la incorporación de la teoría general de la responsabilidad a las relaciones de organización personificadas.

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica –informe Winter- Ello tal como lo indica el art. 1º LGS y de otras legislaciones del derecho comparado⁵: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello.

A su vez “participando en los beneficios”, importa un derecho en expectativa a las utilidades líquidas y realizadas que genere la actividad societaria, determinada en sus estados contables, y que no pueda ser razonablemente retenida para cubrir necesidades de la sociedad, particularmente por la generación de reservas facultativas, conforme explicita e informe el órgano de administración al órgano de gobierno.⁶

5 RECAMAN GRAÑA, Eva *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, España 2016, pág. 264 y ss., Con Prólogo de Gaudencio Esteban Velasco.

6 Sobre ese derecho puede verse FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “Resultados no asignados en la Ley de Sociedades” publicado en La Ley 2010-B-pág. 839.

La retención de beneficios o dividendos podrá ser objetada sino se cumplen ciertos requisitos, intentar que la pérdida no sea asumida por socios sería de nulidad absoluta si la intentara la sociedad o los socios, y un fraude a la ley societaria si lo quisiera imponer un juez.⁷

4. CRISIS DE SOCIEDADES Y RESPONSABILIDAD.

El tema se vincula a lo que llamamos un derecho societario de crisis, que normalmente no abordan ni societaristas ni concursalistas.

Ante una crisis financiera, económica, patrimonial o productiva se genera la pregunta: ¿quién debe darle solución? Hoy quizá se conteste que debe ser el Gobierno, pero sin duda son los socios los que deben golpear sus puertas, y siempre con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197.2 LGS), también previsto en el art. 43 2° párrafo LCQ “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”. La LGS en su recordado art. 1° tipifica la sociedad por ser las “pérdidas a cargo de los socios”. Pero siempre son los socios los que deben atender esencialmente a su solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal sería un fraude a la LGS en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la “constitución de sociedad con los acreedores”, así como varias posteriores son exclusivamente para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo– son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

La temática, que se llamó a discutir en el XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, realizado en Viña del Mar –República de Chile–, en un panel que unió a Juan Esteban PUGA (Chile), Mariano Möller (México), Daniele VATTERMOLI (Italia) y Efraín Hugo RICHARD, se afrontó bajo una premisa básica que se propuso: “Mirar con amplitud el sistema jurídico para afrontar las crisis”, no limitándose al proceso concursal, pues es un tema que concentra la atención de muchos Miembros del IIDC y a la doctrina mundial, y ahora incorporamos a esta comunicación.

Se concordó en las meditaciones conclusivas en que el objetivo era la conservación de la empresa viable con intervención temprana ante la visualización de la crisis, extraconcursal o concursalmente. En ese panel se destacó el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano - introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (y ya en vigor) - bajo el cual: *“El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad”*. Deber reiterado en el artículo 3,

⁷ Art. 52.4 Ley 24522 conforme artículo sustituido por el art. 17 de la ley 25589 B.O. 16.5.2002. “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: “El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas”. Parece ser que el deudor tiene un verdadero “deber de reestructurarse”.⁸

En un panel realizado en la UBA en 2019 se recordó a Karsten Schmidt, quién poco antes decía en ese recinto las dificultades de la enseñanza de ese tema en Alemania, sobre que la legislación concursal fuera unitaria para personas humanas y jurídicas, y sobre 270 normas sólo 7 estaban dedicadas a las sociedades, y su predilección a la capitalización, y que las crisis societarias fueran solucionadas en silencio... para concluir textual “Pero mi lema sigue siendo “Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio”, sería bueno que siguiera siendo así”.⁹

Seguimos creyendo que quizá la cuestión viene por una introspección dentro de la organización empresarial que presente dificultades, hoy potenciadas, cual es el análisis de viabilidad prevista desde el año 15 en el art. 100 LGS, la actitud psicológica del dirigente –la necesidad de configurar el plan de negocios o de viabilidad para facilitar la posibilidad de renegociación, particularmente con los afectados por el desenvolvimiento que son los proveedores y los trabajadores de ambas actividades empresariales.

Se ha apuntado correctamente a la renegociación prevista en el art. 1011 CCC, para negociar de buena fe y explicitar el plan de viabilidad frente a algunos terceros, buscando la necesidad de un escudo protector y de dinero fresco¹⁰, al mismo tiempo que nos informábamos de las novedades y debates en El Arca, un sitio de reunión virtual por whatsapp organizado y dirigido por Daniel Truffat y a los conversatorios desde el Instituto de la Empresa de la Academia de Córdoba. Coetáneamente el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) se formalizaba en sus Recomendaciones.¹¹

Frente a una crisis económico patrimonial de sociedades suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfarán el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad –minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, terminaría –como ocurre actualmente- desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”; lo que es hoy habitual es que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

8 Lo expresado en ese panel de Viña del Mar puede leerse en el n° 20 de la citada Revista Electrónica “Ensayos de Derecho Empresario”.

9 NOTA DE EDICIÓN: El Dr. Efraín Hugo RICHARD había presentado antes un ensayo para el libro en homenaje al Profesor Alemán Karsten Schmidt “El concurso de Sociedades”.

10 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA COVID-19.” citado.

11 Veasse www.institutoiberoamericanodederechoconcursal.com

En este mismo sentido Karsten Schmidt¹²-en el coloquio referido- exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano¹³ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina¹⁴.

La viabilidad es un requisito organizacional y una exigencia jurídica –art. 100 LGS-¹⁵.

Si hoy los administradores de una sociedad negocian con sus acreedores pasados o futuros a conciencia de que la actividad no es viable, no lo están haciendo de buena fe –requisito del art. 9 CCC-

5. RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASO DE INSOLVENCIA. LAS NORMAS APLICABLES

El equilibrio de la legislación argentina en orden a la protección de la autonomía de la voluntad con el límite de no dar (“libertad bajo responsabilidad” lema del Congreso que organizamos desde la Academia y la Universidad para el 26 de octubre del corriente año y para el que formalizamos esta Comunicación), permite advertir que ante las alertas tempranas de la pérdida total del capital social, que implican un análisis matemático y quizá no realista de la situación patrimonial, los administradores deben hacer una apreciación del valor de los activos en caso de liquidación y actuar en consecuencia. De allí que las normas no impongan plazo alguno, pero apunten a la responsabilidad de administradores y socios de control (arts. 150 CCC, y arts. 99 LGS integrado por defecto por el art. 167 CCC).

Entonces, las normas propias de la Ley de Concursos y Quiebras –cuando la acción se proponga en ese fuero-, conjugadas con las de la Ley General de Sociedades y las del Código Civil y Comercial (tanto en la responsabilidad específica de administradores, órganos de gobierno y de fiscalización, cuanto las normas generales de la responsabilidad civil), serán material válido para atribuir o no atribuir a los órganos responsabilidad por los daños sufridos por los acreedores insatisfechos.

12 SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

13 SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV* directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

14 NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino 1993, 209 ss.

15 Por cuya inserción en el 2015 en la vieja norma hemos asumido responsabilidad Rafael Manóvil, Horacio Roitman y nosotros, sin expresar arrepentimiento hasta la fecha.

ACCIONES INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD, ¿POR QUÉ NO? ESPECIAL MENCIÓN AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

Miguel Gerardo Martínez

SUMARIO

La ley de Sociedades Comerciales cuenta con vías de acciones a los efectos de resarcir tanto a la sociedad como a los socios como consecuencia de la reprochable actuación de sus administradores. Esas acciones de responsabilidad pueden ser tanto sociales como individuales. Todo ello se encuentra plasmado entre los arts. 276 a 279 LGS. Ahora, las acciones individuales de responsabilidad, en la mayoría de los casos, no son receptadas. En gran parte, en virtud de fundamentos interpretativos, pues en rigor de verdad la ley nada dice en cuanto a requisitos para su procedencia. Por lo tanto, lo que se intentará expresar con esta ponencia es hacer ver al lector, cuáles son esas interpretaciones, como piensa la doctrina y sobre todo hacer ver también que la judicatura cuenta con una variada gama de herramientas (jurídicas), preceptos modernos, como para avanzar con la aceptación de esta acción, con el único fin de que quien administre responda por sus actos y quien otorgue facultades de administración, pueda apaciguar un futuro e hipotético perjuicio, siempre haciendo especial mención a los preceptos receptados en el nuevo Código de Procedimiento Civil y Comercial de mi provincia de Corrientes.

PONENCIA

I.- Introducción.

Disertando en mi provincia, mi queridísimo amigo Dr. Marcelo Camerini, dejó una frase como al pasar pero que me llamo la atención. La frase fue: “es difícil que hagan lugar a un planteo sobre la base de una acción individual de responsabilidad”.

La pregunta entonces es: ¿Por qué no?

Partamos de una base. Los arts. 276 a 279 de la Ley de Sociedades Comerciales 19550 (LS) prevén cuatro formas de ejercicio de la acción de responsabilidad (1): tres corresponden a la especie social y pueden ser ejercidas por la propia sociedad, en forma individual por los accionistas, o por el síndico concursal en caso de quiebra del ente (art. 175, Ley de Concursos y Quiebras 24522; [LCQ]), y una a la especie individual, cuyos titulares resultan ser accionistas y terceros. A partir de la sanción del dec. 677/2001, se ha incorporado -creado- una nueva especie de acción, erróneamente definida como social en el texto legal, y que conjuga caracteres propios con los de las especies ya conocidas.¹

¹ Balbín, Sebastián, Sobre un nuevo tipo de acción societaria de responsabilidad, Cita: TR LALEY 0021/000260.

Entonces el mal desempeño de los directivos da lugar a la acción social de responsabilidad, en cuanto la lesión atribuida a aquel comportamiento es de carácter general y procura la reparación del perjuicio sufrido por la sociedad, y no el específico y directo que pueda haber soportado el accionista a título individual.²

Como consecuencia, la acción individual de responsabilidad corresponde al accionista o terceros perjudicados directamente en su patrimonio y puede ser ejercida aun en aquellos casos en los cuales la sociedad hubiera desistido de iniciar o proseguir la vía prevista en el art. 274 del ordenamiento societario. De tal forma que esta acción resulta absolutamente independiente de la acción social de responsabilidad, inclusive en aquellas hipótesis en las cuales se hubiera pactado un quitus respecto de la responsabilidad que el accionista atribuye individualmente y como consecuencia del daño a su patrimonio particular.³

Por lo tanto, la acción de responsabilidad promovida de manera individual por alguno de los socios, lo hace de manera independiente de las demás acciones, sin necesidad de que intervengan ningún otra persona ni autorización de ninguna otra persona. Ahora bien, es conveniente destacar que no siempre se autoriza su interposición, tanto que la doctrina encuentra reparos en cuanto a su viabilidad, siendo casi uniforme su rechazo en la jurisprudencia.

II.- Distintas opiniones tanto en doctrina como jurisprudencia.

Esta acción individual del art. 279 LGS para algunos autores solo resulta aplicable o aceptable su interposición cuando se produce un daño directo en el patrimonio del socio, no así cuando el daño es indirecto, o sea cuando como consecuencia del perjuicio sufrido por la actuación del administrador, se daña a la sociedad y por ser accionista, en su participación accionaria resulta perjudicado.

Jorge Daniel Grispo en su trabajo ya destacado, efectúa un análisis de las diferentes opiniones respecto a cuándo resulta correcto su interposición. Propone las opiniones de autores de la talla de Gagliardo o Soros Jorge.

Gagliardo piensa que el resarcimiento por el obrar antinormativo de los administradores a raíz de la actuación en el patrimonio de la sociedad puede dar lugar a una acción social o bien individual. La primera persigue obtener la reparación del daño —llamado mediatto— ocasionado por la administración a la sociedad; la denominada acción “individuelle” apunta a resarcir el daño sufrido directamente por el accionista con motivo de un acto de administración (daño primario).⁴

Ahora bien Soros, dice que cuando se demanda a los directores o síndicos en los términos del art. 279 de la ley de sociedades no resulta suficiente la acreditación de un manejo irregular de la sociedad, ya sea producido por actos u omisiones de los mismos. Esto provoca otras consecuencias, pero no —por sí mismo— la procedencia de la acción comentada. **Para que la misma prospere, es necesario probar la producción de un daño, de un perjuicio concreto, directo y personal en el patrimonio del accionante.** Además, entendemos que dicho daño debe producirse por una violación dolosa o culpable del derecho individual del accionista o tercero. Recordemos que se trata de la “actio uti singuli” en la cual los socios

2 Verón, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales, Ley 19.550, Comentada, Anotada y Concordada*, Tomo 3, Editorial Astrea, p. 237, año 2007.

3 Grispo, Jorge Daniel, *Acción individual de responsabilidad en la ley de sociedades*, Publicado en: LA LEY 28/12/2010, 28/12/2010, 1 - LA LEY 2011-A, 638, Cita: TR LALEY AR/DOC/6265/2010

4 Gagliardo, Mariano, “Aspectos de la relación social de responsabilidad”, ED, 141-127.

y los terceros se encuentran impedidos de reclamar los daños indirectos producidos por afectación del patrimonio de la sociedad. Es decir, la actividad irregular de los directores y síndicos de la sociedad puede irrogar daños directos a la sociedad; lo cual, a su vez, podría significar daños indirectos al patrimonio de los socios y/o terceros. Pero estos daños se encuentran excluidos de la acción prevista en el art. 279 de la ley de sociedades, el que sólo contempla daños directos producidos en el patrimonio de socios y terceros.⁵

Por su parte de manera minoritaria, pero no por ello menos interesante de destacar encontramos opiniones como la de Ricardo Nissen quien afirma que la acción individual de responsabilidad puede ser promovida cuando el accionista haya sufrido daños en su patrimonio, sin distinguir entre daños directos e indirectos, comprendiendo aquellos que haya sufrido por una indebida disminución del patrimonio social. Para fundar este aserto pone de relieve el carácter independiente de la acción social y la individual y en tanto las acciones de una sociedad, como títulos- valores, son “una cosa de indudable valor económico”, no se encuentra fundamento serio que justifique la recomposición de su valor económico, en forma indirecta, por medio de la acción social de responsabilidad. En consecuencia, la doctrina interpreta que se trata de una acción directa y autónoma y no subrogatoria de la sociedad, por lo que todo quitus o aprobación asamblearia de la gestión administrativa resulta inoponible, ya que no está en las facultades del órgano de gobierno privar al interesado de una acción personal.⁶

Otros⁷, consideran que los elementos fundamentales a tener cuenta para poder discernir cuándo se está ejerciendo la acción social y cuándo la acción individual, son fundamentalmente dos, a saber: **la causa de la acción y el objeto de dicha acción. La causa de la acción tiende a discernir la naturaleza del derecho violado**, la acción será social cuando la falta cometida por el administrador sea contractual o de gestión, pues en estos casos se daña o perjudica la sociedad. En tanto será individual cuando el hecho violatorio del derecho implique un delito o cuasidelito, pues en estos casos no hay aprobación factible y esa conducta puede repercutir tanto en el ámbito social como el personal de cada socio.

Pues bien, jurisprudencialmente hablando, la situación se encuentra un poco más uniforme en cuanto a forma de interpretar su procedencia como acción.

En efecto, en el fallo dictado Rotger, Norberto R. c. Lococo, Oscar R. y otro s/ ordinario⁸, se adopta la doctrina mayoritaria que sienta que la acción individual sólo comprende los perjuicios personales sufridos por el accionista, es decir, los producidos a su patrimonio en forma directa e inmediata. Por tal motivo, los daños indirectos o mediatos que pudieran derivarse de la afectación del patrimonio social resultan ajenos a la previsión del art. 279 de la LGS.

Se destaca que los daños reclamados en ese proceso se basaban en: (i) la falta de distribución de utilidades; (ii) la disminución del valor de las tenencias accionarias; (iii) la devolución de las sumas percibidas por los directores como remuneración; y (iv) el cobro de honorarios.

5 Soros, Jorge J., Acción individual de responsabilidad en la ley 19.550: Daño directo en el patrimonio de un accionista o tercero, LA LEY, 1997-B, 132.

6 Nissen Ricardo, ponencia al VI Congreso de Derecho Societario, Libro de Derecho Societario, Mar del Plata, 1995, t. 1, p. 277.

7 Junyent Bas, Francisco, Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios, Cita: TR LALEY 0021/000056

8 “Rotger, Norberto R. c. Lococo, Oscar R. y otro s/ ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E(CNCom) (SalaE). **Fecha:** 12/02/2019, **Publicado en:** LA LEY 13/05/2019, 4, con nota de Ricardo A. Nissen; LA LEY 2019-B, 590, con nota de Ricardo A. Nissen; LA LEY 22/07/2019, 3, con nota de Lisandro A. Allende; LA LEY 2019-D, 76, con nota de Lisandro A. Allende; **Cita:** TR LALEY AR/JUR/2306/2019

Destaca este fallo que también se han expedido de manera unánimemente las restantes Salas de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, al decir que, a diferencia de la acción social de responsabilidad, la acción individual sólo atañe a los daños personales sufridos por el accionista, careciendo éste de legitimación cuando se trata de un daño que sufre en forma indirecta a raíz de un perjuicio padecido por la sociedad (véase en tal sentido, CNCom., Sala A, “Tchinnosian, Rosa M. y otro c. Felcaro, Jorge F. y otros s/ ordinario”, del 30/06/2017; ídem, ídem, “Reboiras, Raúl c. Rabago, Dionisio y otros”, del 18/11/2005; íd., íd., “Frutos de Dupuy, Graciela c. Carosi, Augusto M.”, del 27/06/2000; íd., íd., “Longueira, Eulogia c. Natale, Alberto”, del 10/07/1997; íd., íd., “Saunier, Gastón c. Peña de Prendes, Marta A. y otros”, del 10/06/1997; íd., íd., “Gómez, Humberto c. Confitería Los Leones SA y otros”, del 18/04/1996; íd., Sala B, “De la Cuesta, Daniel c. Anchu-bidart, Eduardo”, del 10/02/1993; íd. Sala B, “Pombo, María A. c. Cardoso, Hilda O.”, del 29/08/1992; íd., íd., “Schiuma, Marcela c. Microsoft SA”, del 06/08/1990; íd., Sala C, “Gómez, Humberto c. Confitería Los Leones SA y otros”, del 18/04/1996; íd., íd., “Biscossa, Carlos F. c. Elat SA”, del 19/12/1995; íd., Sala D, “Havanatur SA c. Navarese, Claudio y otros s/ sumario”, del 06/04/2017; íd., íd., “Pérez, Héctor P. y otro c. Scharer SAIC y otros s/ ordinario”, del 22/09/2010; íd. íd., “Industrias Record SA c. Calvo, Marta E.”, del 18/03/1998; íd., Sala E, “Bellotto, Héctor c. Laufgang, Sergio”, del 22/11/1996; íd., Sala E, “Etchart, Sergio c. Lecuona, José”, del 17/05/1996; íd., íd., “Peacan Nazar, R. c. Torres Astigueta SA”, del 16/05/1995; íd., íd., “López González, Manuel c. Belgrano 602 SA y otros”, del 11/03/1991; entre muchos otros fallos).

En el interior del país encontramos un fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba⁹ donde se rechazó parcialmente el planteo individual de daño frente a la pérdidas de aportes de capital, pérdidas de utilidades, y los correspondientes daños morales, pero con dos condimentos más.

- 1) considero viable como daño directo respecto a los daños derivados de la pérdida de aportes irrevocables, mientras que rechazó los restantes perjuicios por considerarlos propios de la sociedad.
- 2) fue aceptado el control de oficio respecto a la legitimación para interponer la acción, independientemente que la parte demandada nada digo.

III.- El nuevo Código de procedimiento de la Provincia de Corrientes. Conclusiones.

Junyent Bas, Francisco¹⁰, lo dice con suma claridad: “el criterio de distinción sigue siendo complejo, atento a la íntima conexión que hemos puesto de relieve entre el patrimonio social y el de los socios en orden a sus respectivas participaciones accionarias, y permanentemente se entremezclan las referencias al derecho violado con el daño o perjuicio sufrido.”. Lo que significa que la distinción entre el daño directo sobre el patrimonio de la sociedad y el de los socios no es una circunstancia sencilla de discernir o diferenciar. Repárese que todas las conclusiones jurisprudenciales son más una opinión o interpretación o más una adhesión al criterio mayoritario, cuando que, en rigor de verdad, la ley nada dice.

⁹ Bringas, Walter Rubén y otro c. Rocca, Miguel Ángel s/ acción ordinaria - acción de responsabilidad - recurso de casación. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala contencioso administrativa (TSCordoba) (Sala Contencioso administrativa), Fecha: 27/02/2013, Publicado en: LLC2013 (junio), 513. Cita: TR LALEY AR/JUR/2130/2013.

¹⁰ Junyent Bas, Francisco, Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios, Cita: TR LALEY 0021/000056

La ley establece que los accionistas “siempre” conservan sus acciones de responsabilidad (art. 279 LGS).

Entonces, ¿cuándo responden los administradores?, ya que de las opiniones vertidas como de las conclusiones jurisprudenciales no surge que no haya existido daño. Más bien, existieron, pero son interpretados como indirectos y por ende no corresponde imputarlos por no ser la vía adecuada del reclamo.

Creemos que resulta absolutamente injusto que así sea ya que incluso, en unos de los fallos reseñados, rechaza la acción individual porque el socio contaba con todo el camino societario de los art. 276 y siguiente LGS, esto es, mediando inacción de la sociedad en su interposición, podría hacerlo este socio de manera individual, pero en nombre y representación de la sociedad afectada, entre otros pasos previos. Incluso es tan fuerte la inclinación por el rechazo de este tipo de acciones que del otro fallo reseñado, el de la provincia de Córdoba, se ha efectuado un control de la legitimidad de manera oficiosa, sin la oposición de reprochado por su actuación.

No escapa a mi punto de vista que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación haya establecido en el fallo “Gagliardo, Osvaldo Eugenio y otro c. Moiguer, Fernando Marcelo y otro” - Recurso de Hecho - G. 3188. XXXVIII, del 14/06/2005, que la acción individual prevista en el art. 279 de la ley 19.550 es una acción personal y no societaria.

Pero también quiero expresar que la cuestión no puede ser resuelta teniendo en cuenta pura y exclusivamente la ley societaria, pues con ese criterio se estaría evitando que verdaderamente el causante del daño responda por su actuación. Hoy día el juez cuenta con una variada gama de herramientas (jurídicas), preceptos modernos, como para avanzar con la aceptación de esta acción.

El ya no tan nuevo código civil y comercial, por ejemplo, en su art. 1324 dispone de manera detallada cuales son las obligaciones de los mandatarios (representante – administradores). Ahora bien, el art. 1716 claramente dice que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

Se determina que es un daño, art. 1737, y sus requisitos, art. 1739, disponiendo que “la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente”. Por lo tanto, sobre la base de la normativa de fondo, no se dispone una distinción entre si corresponde indemnizar en uno u otro sentido. Si se causó un daño y debe responder, que lo haga.

No nos olvidemos de la distribución dinámica en la producción de pruebas (art. 1735), principio de suma importancia, sobre todo cuando el causante del daño cuenta con mayor posibilidad de acceso a elementos de pruebas.

De mas esta decir que también nuestro código en su art. 1710 habla de la prevención del daño. Dictar un fallo donde se ponga una disposición societaria por encima de todo el ordenamiento, no se previene absolutamente nada. Considero incluso, que se agrava, pues no le queda otro camino al socio damnificado que iniciar un nuevo reclamo ordinario de daños, con las consecuencias que ello acarrea.

A la luz de lo expresado, nuestro nuevo Código Procesal Civil y comercial (ley 6556/2021), dispuso máximas que deberán ser tenidas indefectiblemente en cuenta por el juez a la hora de resolver este como otras cuestiones. Serán nuevas y más herramientas con que podrá contar el juez a la hora de resolver, intentando buscar la verdad de los hechos, dictando sentencias que sean acordes con la realidad de las pretensiones planteadas y no meras

adopciones de criterios doctrinarios, jurisprudenciales o ya pasados de moda.

Tenemos entonces que, en relación a su naturaleza jurídica, el proyectante correntino incluyó en el título preliminar varias cosas, a saber: Algunos preceptos son garantías constitucionales aplicables al proceso, tales, verbigracia, la tutela judicial efectiva, la igualdad y el derecho a un proceso de duración razonable (art. 1º). Otros son principios procesales, vale decir, reglas que constituyen una concreción más o menos directa de las garantías y tienen, por lo tanto, jerarquía constitucional; así por ejemplo, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad (art. 1º), la bilateralidad y la congruencia (art. 4º) y la economía procesal (art. 7º).¹¹

Se receptan entonces, principios constitucionales que en la actualidad un juez ya no puede dejar de lado. Su visión ya no puede ser segmentada en una sola normativa, sino más bien integra con todo el ordenamiento jurídico. Por supuesto que esto traerá aparejado que deba primar la altura jurídica y la prudencia a la hora de sentenciar, pero siempre teniendo en mirar el dictado de sentencias, justas, acorde con la realidad de los hechos, las pruebas producidas y sobre todo la verdad jurídica.

Y resalto la verdad jurídica como fin último de la actuación jurisdiccional, pues nuestro código formal entre los deberes de los jueces, se destacan entre otros el de “conducir el proceso activamente, ejerciendo su libertad de criterio para lograr la solución del litigio de manera justa, eficiente y con la mayor celeridad posible, para lo cual tomará de oficio todas las medidas necesarias para concentrar las actividades procesales y evitar su paralización” (art. 56, punto c)

Por lo tanto, cuando al comienzo, me pregunte ¿porque no? respecto a la acción individual de responsabilidad, la respuesta considero que será, y como lo dice el correntino, porque no nomas.

11 Midón, Marcelo Sebastián, NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL de la provincia de Corrientes – Ley N°6556/2021, ConTexto, pag. 28, año 2021.

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV Y EXTENSIÓN DE QUIEBRA

Nicolás Lionel Musso

Breve referencia...

La Ley 26.994 aprobada y promulgada en el año 2014 fue sumamente significativa para el derecho comercial. Esta norma es el Código Civil y Comercial de la Nación, con este nuevo Código se producen muchos cambios de alto impacto en la que hoy denominamos Ley General de Sociedades, ley 19.550.

En 1972, fue aprobada la primer Ley que regulaba de manera específica al conjunto de las sociedades, la que tuvo como antecedente inmediato el Código de Comercio de la época. Esta Ley tiene características propias del contexto: en donde la inscripción en el Registro, la regularidad, el cumplimiento de las formalidades previamente establecidas junto a la existencia de los elementos esenciales tipificantes y no tipificantes eran determinantes a los fines de ser reconocidas por un tipo determinado.

La tipicidad era lo que marcaba la existencia misma de la sociedad o en su defecto la inexistencia. Con lo cual si esta sociedad no cumplía con los requerimientos establecidos por la Ley no encuadraba en un tipo societario por lo tanto era una sociedad atípica. Lo mismo ocurría con las sociedades de hecho. En este tipo de situaciones, lo que se buscaba era que este tipo de sociedades se regularizaran y no a la inversa.

Con lo cual, había una presunción de que el Estado iba a tener un mayor control de las sociedades que se constituían respecto de la existencia y de su funcionamiento. Además, los acreedores de las sociedades, con la inscripción registral, tenían mayor seguridad jurídica en cuanto la oponibilidad de la sociedad, lo que brindaba mayor protección a los acreedores.

Las sociedades que no encuadraban en un tipo, se encontraban reguladas en la Sección IV *“De las sociedades no constituidas regularmente”* (Art. 21 a 26 LSC), las sociedades incluidas en esta sección tenían un personalidad precaria y limitada. Es decir, en cualquier momento un socio podía exigir su disolución y, por otra parte, la sociedad no podía inscribir a su nombre ningún tipo de bien registral. Eran los mismos socios, los que oficiaban de titulares registrales de dichos bienes.

En materia de responsabilidad el Art. 23 establecía que *“Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social”*. Hecha esta referencia es importante destacar que la responsabilidad tanto de los socios, administradores y todo aquel que se encontraba en la gestión de la sociedad respondían de manera solidaria, ilimitada y directa.

A partir de lo descripto, cabe destacar la preponderancia de las normas imperativas en el derecho societario. Estas normas estaban presentes, al igual que hoy en día, en todo el ordenamiento jurídico legal. Cuyas características limitaban la autonomía de la voluntad estableciendo criterios rígidos los cuales tenía efectos sancionatorios, en caso de apartamiento. Concretamente las sociedades eran atípicas, ya que no encuadraban en ningún tipo so-

cietario; sociedades irregulares ya que no se encontraban inscriptas en el registro público; sociedades de hecho entre las que carecían de cualquier tipo de instrumento constitutivo. Todas se regían por el apartado de la Sección IV.

La responsabilidad de las sociedades incluidas en la sección IV –LGS.

Referencia en el Código Civil y Comercial (C.C.C.N.)

El C.C.C.N., en su Libro Primero – Parte General, en el Título II -Persona Jurídica, regula las cuestiones esenciales de las personas jurídicas, en el Art. 141 y ss. Temas que van desde su concepto, su personalidad diferenciada e incluso el criterio de prelación de leyes aplicables, entre otros.

Lo que queda claro, es que todas las personas jurídicas privadas, entre las cuales se encuentran las sociedades que se han constituido en la República. A todas ellas como primer criterio de aplicación de leyes especiales, rigen las normas imperativas de la ley especial, es decir las normas de LGS o en su defecto lo establecido por este Código – CCCN.

Referencia en la Ley General de Sociedades (LGS)

La LGS ha cambiado completamente su impronta en cuanto a la regulación de las sociedades de la sección IV. A partir de la reforma, la autonomía de la voluntad que comprende la libre decisión de los socios para constituir y/o modificar una sociedad consolida su posición por sobre la imperatividad y la rigidez del sistema regulatorio anterior. De esta manera, hoy no se requiere la regularización, ni la inscripción de la sociedad, para evitar que la misma sea disuelta.

Hoy prima la flexibilidad, por sobre la rigidez. Lo dinámico, por sobre lo estático. Lo simple, por sobre lo complejo, por lo que estos cambios generan las condiciones que son necesarias para la adaptación constante que requieren las Sociedades frente a los cambios constantes que vive el mercado, el comercio y la sociedad en su conjunto, en un mundo globalizado.

Con una particularidad: hoy el derecho promueve y comprendido esta flexibilidad para todo tipo de sociedades, con menores restricciones y mayores libertades contractuales. Al mismo tiempo, en un sistema que reconoce la existencia de un enorme sector empresarial que no encuadraba con lo establecido por la ley, con consecuencias perjudiciosas para dichas sociedades. Con motivo de un contexto social, económico, político e incluso tecnológico, que no atendía a sus necesidades desde el derecho.

El Art. 17, 21, 24 LGS y su vínculo con Art. 825 y 827 CCCN.

En el Art. 17 segundo párrafo de la LGS, se manifiestan los efectos en el caso de que se omitan los requisitos esenciales. En concreto: *“En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.”*

Con lo cual, si la sociedad no encuadra en ningún tipo social, no será disuelta, tampoco tendrá los efectos propios de su tipo sino tendrá todos los efectos de la sección IV, por lo que la sociedad será reconocida desde la constitución de la misma, frente a terceros y entre los mismos socios.

Este cambio de paradigma, lo encontramos presente en el título de la Sección IV: *“De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”* (Art. 21 a 26 LSC), antes denominada: *“De la Sociedad no constituida regularmente”*.

La sección modifico su nombre puesto que ahora se hace expresa mención a una pluralidad

de sociedades que están incluidas y que ampara multiplicidad de sociedades con diversas variables. El Art. 21 hace expresa mención de los señalado: *“La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita los requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades de la ley”*.

Profundizando en el tema de la responsabilidad de los socios establecida en el Art. 24 de la LGS encontramos una gran diferencia respecto de lo regulado en el anterior Art. 23 en materia de responsabilidad. Este es un tema por demás sensible e importante en una sociedad. Ya sea para los socios, para los acreedores de la sociedad, para los acreedores del socio e incluso para toda la comunidad que se vincula con el ente o con los miembros de dicho ente.

El patrimonio es la prenda común de los acreedores un axioma por demás reconocido y reproducido. Es decir, que frente a la insolvencia de una sociedad el acreedor debe tener algún tipo de garantía para lograr el cobro de su acreencia. Indudablemente esto le posibilita a los acreedores tener la seguridad de cobrar sus créditos.

El Art. 24 expresa cómo los socios van a responder frente a terceros. La regla es que lo hagan como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales. Es decir, pasamos de la solidaridad a la mancomunidad. De un extremo al otro, sin grises.

Sólo podrá estipularse otro tipo de responsabilidad en el caso de que los socios acuerden entre ellos o entre ellos y la sociedad, algo diferente. La ley prevé tres situaciones, en sus tres incisos que permiten flexibilizar esta regla.

Esta responsabilidad solidaria podría surgir de alguna relación contractual o conjunto de relaciones entre los socios o entre ellos y la sociedad; podría estar derivada de acuerdo a lo establecido en el contrato social (lo que hayan acordado oportunamente, según Art. 22) o en el caso de haber adoptado un tipo social sin que se cumpla con los requisitos sustanciales o formales.

Ahora es importante diferenciar que se entiende por lo mancomunado. Algo mancomunado es aquello que resulta de la acción de “comancomunar”, verbo que proviene del latín “mencomun” cuyo significado es “manos comunes o conjuntas”, aludiendo a lo que se hace de modo coparticipativo en vistas a un fin único¹.

En paralelo el C.C.C.N. art. 825 no deja lugar a dudas cuando conceptualiza las obligaciones simplemente mancomunadas, dejando en claro que la deuda o el crédito se divide en tantas partes como obligados se encuentren en la obligación, por lo que va a responder el socio por la parte en la que encuentra obligado y se podrá reclamar a cada uno solo por esa cuota parte.

Este art. reza lo siguiente: *“... el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros.”*

No obstante, se manifiesta que ... “Las solidarias, en cambio obligan a cada deudor a responder por el total adeudado, y permite que los acreedores le reclamen a cualquier deudor, la deuda íntegra” ...². En este caso, es exigible el cumplimiento íntegro de la obligación a uno de los socios para que responda por el todo, sin perjuicio de las acciones entre los socios.

1 Richard, Efraín Hugo “La responsabilidad de los Socios en las Sociedades Simples y en las con responsabilidad limitada” – publicado en RDCO 280, 539; Cita: TR La Ley AR/DOC/3092/2016, p.1.

2 Richard, Efraín Hugo “La responsabilidad de los Socios en las Sociedades Simples y en las con responsabilidad limitada”, publicado en RDCO 280, 539; Cita: TR La Ley AR/DOC/3092/2016, p.1.

Esto también se encuentra regulado en el C.C.C.N. en el Art. 827: *“Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores.”*

Esta distinción entre las obligaciones mancomunadas, respecto de las solidarias es de suma trascendencia. Es un cambio de 360 grados en las Sociedades de la Sección IV. Es decir: la responsabilidad “simplemente mancomunada” remite siempre a una proporción, por lo que, si esa responsabilidad simplemente mancomunada sólo puede ser agravada para establecer la solidaridad.³

A diferencia de lo que ocurría con anterioridad, hoy cada acreedor podría reclamarle a su deudor sólo su porción viril, considerada cada parte de manera independiente.

Además, si bien la responsabilidad de los socios es mancomunada, el artículo fija que lo es por partes iguales, es decir esta es la proporción que es asumida por cada uno de los socios porque así lo impone la norma. Lo que no impide que los socios de común acuerdo podrían pactar otra proporción.

Otra de las características, es que la responsabilidad es subsidiaria tal como se manifiesta en el Art. 56 de la LGS, con anterioridad era de carácter directo. Con lo cual aquí encontramos otra modificación de la LGS.

Es posible la excusión de bienes sociales previo al cumplimiento de una sentencia contra la sociedad. La excusión de bienes implica el derecho de los socios para exigir que primero se de cumplimiento de las obligaciones con los bienes de la sociedad, para que luego ir en contra del patrimonio de los socios.

Resumiendo: el beneficio de excusión de los bienes regirá de pleno derecho, el acreedor sólo podrá ir en contra de los bienes del deudor, luego de haber ejecutado los bienes de la sociedad (siempre que estos no fueran suficientes para el pago del crédito).

La responsabilidad en forma “directa”, por lo tanto, implicaba la abierta exposición del patrimonio personal de los sujetos involucrados frente terceros.⁴

En cuanto a la extensión de la responsabilidad, aquí la responsabilidad del socio es limitada por su parte viril o su cuota parte, a la hora de dar cumplimiento de sus obligaciones. Esto implica que el socio va a responder por su parte de manera ilimitada.

En todas las situaciones, se puede reclamar y exigir el cumplimiento en primer lugar a la sociedad y luego ir en contra del patrimonio del socio sólo por la parte que le corresponda de la deuda de manera ilimitada.

Previo a la reforma de la Ley en el Art. 23, se regulaba la responsabilidad de los socios y de quienes contratan por la sociedad, donde la responsabilidad era solidaridad, ilimitada y directa. *“Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social.”*

3 Villanueva, Julia, ponencia: “Acerca de la responsabilidad de los socios de las sociedades incluidas en la sección IV de la Ley General de Sociedades”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, p.1116.

4 Puliafito, Gladys Josefina, ponencia: “ La responsabilidad de los Socios en las Sociedades comprendidas en el Capítulo I, sección IV, de la Ley General de Sociedades ”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, p.1105.

Este cambio, dio lugar al reconocimiento desde su constitución de aquellas sociedades que antes se denominaban irregulares, de hecho o atípicas. Con anterioridad estaban sujetas a ser disueltas. Cualquier socio, podía exigir la disolución en cualquier momento. Se podía evitar si la mayoría de los socios resolvía la regularización.⁵

Vale la pena recordar que estamos haciendo referencia a la responsabilidad frente a terceros. Esta situación podrá ser muy diferente en términos intra societarios, ya que podrían establecerse algunos criterios diferentes siempre que esto emane de su instrumento constitutivo.

La responsabilidad y su extensión Art. 16o LCQ.

Art. 16o: *“Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”.*

El artículo 16o LCQ, es muy claro en cuanto a la extensión de la responsabilidad de los socios en el caso de la quiebra. En todos estos casos, los socios deben responder de manera solidaria e ilimitada. Aquí la responsabilidad de los socios esta comprometida con todo su patrimonio social por toda la deuda de la sociedad.

El art. 24 de LGS, es claro en cuanto al tipo de responsabilidad la que deja de ser solidaria e ilimitada para pasar a ser mancomunada y por partes iguales. Referencia necesaria para analizar la extensión de la quiebra a los socios.

A prima facie, es contradictorio sostener por lado una responsabilidad mancomunada y por partes iguales en la LGS y por otro una responsabilidad solidaria en la LCQ. Luego de la reforma de LGS se han genera voces controvertidas respecto a la aplicabilidad o no del art. 16o para con las Sociedades de la Sección IV.

Aquí debemos primero que nada aclarar que no es unánime la doctrina en cuanto a la aplicación del art. 16o de la Ley de Concursos y Quiebras. Encontramos algunos autores que marcan con énfasis la aplicación de dicho artículo para las sociedades de la Sección IV, ya que consideran que si bien la mancomunidad es la regla la responsabilidad es directa e ilimitada.⁶

Mientras que otros autores sostienen con fuerza la inaplicabilidad del art. 16o, ya que con los cambios que se han introducido en materia de responsabilidad mancomunada exime de la aplicación de dicho artículo.

“Los socios de las sociedades de la Sección IV ya no tienen una responsabilidad solidaria —como en el anterior régimen—, sino que, por el contrario, una responsabilidad mancomunada. Esta responsabilidad mancomunada entendemos que es suficiente para descartar la aplicación del art. 16o de la LC.”⁷

Con lo cual, no solo que se pone en duda la aplicación de manera automática del art. 16o de la LCQ en caso de quiebra de una sociedad, sino que se abre una discusión respecto de la conveniencia o no de ser socio de una sociedad regular o de una sociedad de la Sección IV.

5 Manóvil, Rafael Mariano, “La modificación de las sociedades irregulares y de hecho”, publicación: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro: 2, 2015, pág. 364.

6 Boquín, Gabriela F., “La extensión de quiebra y las sociedades de la sección IV”, en libro de Ponencias del IV, Ed. Fespresa, Congreso Argentino de Derecho Concursal, Córdoba, 2015, p. 343., t. IV; Graziabile, D. – Di Lella, N., ob.cit.

7 Gerbaudo, Germán E., “Las Sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades”, Publicado en: RDCO 286, 1403, Cita: TR LALEY AR/DOC/4053, 2017, p.9

Conclusiones

Celebro los cambios que se han introducido en esta Sección, eran necesarias muchas de las reformas que la comunidad jurídica promovió. Están se introdujeron para promover una mayor la libertad de contratación y lograr más flexibilidad en el ejercicio de sus actividades. Un régimen diferente que reconoce a la sociedad desde su constitución y le otorga un reconocimiento aun sin cumplir con los requerimientos establecidos para los tipos societarios. En un país donde los empresarios, los emprendedores y las pequeñas y medianas empresas en muchas ocasiones adoptan tipos o características no previstas en la ley, es trascendental reconocerlas y brindar herramientas desde el marco jurídico para permitir al conjunto de la sociedad tener mayor claridad y garantía respecto del tipo de normas que las rigen y que responsabilidad tienen, en el desarrollo de sus negocios.

Entiendo que aun queda mucho por recorrer. Es sustancial repensar algunas cuestiones que han quedado inconclusas o poco clara respecto de las sociedades de la Sección IV, las cuales se deberían precisar en una próxima reforma de la Ley.

CUESTIONAMIENTOS A LA PARTICIPACIÓN DEL SÍNDICO COMO REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD EN EL PROCESO PENAL

Ignacio Olivar

SUMARIO

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas estableció que las sociedades pueden ser imputadas por la comisión de conductas delictivas. Como sujetos de imputación penal también gozan de las garantías constitucionales que limitan el poder punitivo estatal, partiendo del derecho de defensa en juicio y el debido como pilares del ordenamiento procesal. Es muy frecuente que la convocatoria de las sociedades al proceso penal (generalmente al momento de prestar declaración indagatoria) se realice cuando la sociedad transita el proceso de quiebra. En tal caso la jurisprudencia, en la gran mayoría de los casos, sostiene que es el síndico concursal quien debe representar a la sociedad en el proceso penal. Ello genera a mi criterio un claro supuesto de intereses contrapuestos entre su representado - la sociedad- y la masa de acreedores del proceso concursal que afectan las garantías señaladas. Esta ponencia tiene como objetivo profundizar acerca de esta problemática, abordar la comprometida posición en la que se encuentra el síndico y exponer una posible solución del asunto.

1.- Introducción a la problemática

La expansión del derecho penal que se ha consolidado mediante la implementación de la responsabilidad penal de la persona jurídica obligó a todos los agentes que interactúan en la materia replantearse cuestiones comerciales hasta el momento poco discutidas en tribunales penales.

Sobre esta perspectiva, entiendo que estamos recorriendo un camino de evolución que modificará algunos conceptos y prácticas que no eran cuestionadas.

Sin entrar en detalles teóricos y al solo efecto introductorio, es importante recordar que los procesos comerciales de concursos y quiebras tienen la finalidad unificar reclamos patrimoniales en único un proceso judicial con el fin -entre otros- de satisfacer el crédito de cada uno de los integrantes de la masa de acreedores. Una vez declarada la quiebra el síndico tiene un rol fundamental en la administración y representación de la sociedad fallida. Sin embargo, a continuación expondré los motivos por los cuales la sociedad debe conservar representación ante una imputación penal. Específicamente, desarrollaré brevemente tres cuestionamientos a la convocatoria del síndico como representante de la persona jurídica (la sociedad comercial) que ha sido declarada en quiebra, y cómo ello expone un evidente conflicto de intereses contrapuestos que atentan contra las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso.

En líneas generales la jurisprudencia sostiene que la convocatoria al Síndico como representante en el proceso penal de la sociedad imputada surge de la siguiente normativa:

Art. 105 de la LSC. *“Los liquidadores ejercen la representación de la sociedad”*

Art. 110 de la ley 24.522. *“El fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico”,*

En este sentido la Cámara Nacional en lo Penal Económico sostuvo que *“...a partir de la declaración de la quiebra el fallido pierde la legitimación procesal para intervenir en todo litigio referente a los bienes desapoderados; en igual situación se encuentran quienes representan a la quebrada. El síndico designado es quien debe intervenir en aquellos casos”*¹

II.- Tres cuestionamientos al criterio predominante.

A diferencia del criterio sostenido hasta el momento entiendo que la propia normativa comercial es la que determina la conservación de la representación de la sociedad en este supuesto.

El Art. 275 de la Ley 24.522 establece taxativamente cuales son los deberes y facultades del síndico. En relación a la representación en juicio especifica en el último apartado especifica: *“...El síndico es parte en el proceso principal, en todos sus incidentes y en los demás juicios de carácter patrimonial en los que sea parte el concursado, salvo los que deriven de relaciones de familia en la medida dispuesta por esta ley.”*²

Aquí el primer impedimento. El límite es el litigio de carácter patrimonial. Expresamente la norma circunscribe el deber de asumir la representación a cuestiones patrimoniales, lo que es perfectamente compatible con su naturaleza jurídica. Es una ley que regula en su totalidad cuestiones netamente patrimoniales.

Justamente, la figura del síndico establecida en el ordenamiento concursal encuentra su fundamento y esencia en la protección de los derechos de la masa de acreedores y en resguardo de su patrimonio, brindándole una tutela individual de carácter exclusivamente patrimonial.

El proceso penal no tiene ningún tipo de similitud con aquel exclusivamente comercial. Los tipos penales por los que pueden ser imputables las personas jurídicas (establecidos taxativamente en la Ley 27.401) tienen como fin la protección de bienes jurídicos supraindividuales que no guardan relación con el interés patrimonial de un particular.

Ello con un agregado de mayor importancia aún. Se encuentra en juego un derecho personalísimo de la persona imputada como es lo es la libertad (en las personas jurídicas condenas de multas, liquidación y disolución – art. 8 de la Ley 27401).

El segundo impedimento es justamente que el art. 108 de la Ley 24.522 reserva en cabeza del *“fallido”* ciertas facultades que de ningún modo podrán ser ejercidas por el síndico concursal.

El art. 107 establece que *“...El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiriera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejerce los derechos de disposición y administración.”*

Sin embargo, el art. 108 establece explícitamente cuales son los bienes que quedan excluidos de dicha disposición:

¹ Sala 'B' de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico cfr. voto del Dr. Marcos Arnoldo GRABIVKER, Reg. 135/2016.

² La negrita me pertenece

- 1) los derechos no patrimoniales (...)

- 5) la facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento, y en cuanto por esta ley se admite su intervención particular;

Es claro que el derecho de defensa en un proceso penal es un evidente ejemplo de la disposición prevista en los inc. 1 y 5 antes señalados. Es un derecho personalísimo y fundamental de toda persona con especial tutela constitucional.

Si existe un derecho no patrimonial absolutamente indelegable es la posibilidad de defenderse ante la persecución estatal por la eventual comisión de un delito.

Sostiene la doctrina especializada en derecho concursal que el art. 108 “excluye del desapoderamiento a los derechos no patrimoniales, es decir, los que se denominan derechos inherentes a la persona o bienes indisponibles por su naturaleza, a saber: dignidad personal, intimidad, honor, imagen, integridad física y derecho a la familia.

La característica principal de los derechos de esta índole es su dependencia o su relación con la persona misma del titular, de manera tal que no puede ejercerlos ninguna otra persona, pues son inseparables de la individualidad del ser humano, tal como ya lo explicaba Vélez en la nota al art. 1445, CCiv. (...)

El inc. 1° debe integrarse con los incs. 5° y 6° en cuanto facultan al deudor fallido a actuar en justicia en defensa de los bienes y derechos que no caen en desapoderamiento y a reclamar las indemnizaciones que les correspondan por daños materiales o morales a su persona.”

En esta línea también se ha expedido la jurisprudencia de la Cámara Comercial al reconocer la legitimidad del fallido para actuar de manera personal en juicio por aquellos casos previstos expresamente en el art. 108.

“Si bien la sentencia de quiebra, en cuanto genera el desapoderamiento del fallido, lo priva de la facultad de administración y disposición de sus bienes, de ningún modo lo transforma en un incapaz privado de ejercer derechos, especialmente aquellos que no obstruyen el trámite principal del proceso y pueden contener una razonable expectativa de incrementar el activo falencial, siendo en tal caso su intervención adhesiva y de colaboración con la sindicatura (CNCom., sala D, 20-9-2013, “Cerealtaim SA s/Quiebra s/ Incidente de responsabilidad del síndico”, AR/UR 60449/2013)”.³

También sostuvo que “El fallido está facultado para intervenir en un proceso en el cual reclama el pago de una indemnización por daño moral, pues el desapoderamiento que provoca la quiebra no se extiende a esa clase de reparación Artículo 108 inc, 6, Ley 24.522- y por ende, cualquier tipo de acuerdo al que pudiera arribarse al respecto debe celebrarse indefectiblemente con su participación y su conformidad. (CNCom., sala A, 28-6-2013, “Ronco, Mario Antonio c/Bank Boston NA s/Ordinario”, AR/JUR/27809/2013). Extender la representación del síndico concursal (insisto, que tiene como único fin arbitrar los medios para que la masa de acreedores pueda satisfacer su crédito) es sencillamente una violación clara y evidente de uno de los derechos más importantes de cualquier sujeto de imputación.

La reciente incorporación como sujeto de imputación de la persona jurídica al proceso penal con las mismas reglas con las que se juzga a una persona física impone idéntico resguardo de las garantías constitucionales que el ordenamiento procesal prevé.

³ Ley de Concursos y Quiebras. Doctrina y Jurisprudencia. Daniel Vitolo. Rubinzal Culzoni. Pag. 426.

Más aún, si este derecho de defensa impacta directamente contra la masa de acreedores que justifican mi intervención como liquidadora forzosa.

El tercer y último impedimento es la expresa limitación impuesta por el art. 110 de dicha normativa. El texto refiere que: *El fallido pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico.* (la negrita me pertenece)

Aquí se da un supuesto de excepción. Es muy importante entender que llegado el momento de brindar explicaciones – en nombre de la sociedad y en calidad de persona imputada en el proceso penal- cualquier planteo que pudiere realizarse en defensa de la persona jurídica podría afectar los derechos de la masa de acreedores y viceversa, cualquier explicación que pudiere beneficiar a la masa de acreedores podría perjudicar la situación procesal de la persona jurídica.

Sucede que en numerosos casos los síndicos que se encuentran convocados a prestar declaración indagatoria en nombre de la sociedad, han iniciado acciones de responsabilidad contra los representantes de la persona jurídica que también suelen estar imputados en la misma causa penal (fueron éstos últimos quienes se encontraban a cargo de la empresa al momento de los hechos).

En definitiva, el síndico queda en medio de los intereses contrapuestos entre el debido cumplimiento de su función bajo las obligaciones establecidas por la LSC y LCQ y por otro lado, el deber de ejercer correctamente el derecho de defensa de la persona jurídica imputada.

Está a la vista que la persona jurídica presenta un derecho personalísimo en vilo. El principio de inocencia en jaque a partir de la formación del proceso penal impone un real y efectivo derecho defensa que podría contraponerse a ese rol.

Todo ello, sumado a que la intervención del síndico se da con posterioridad al momento en los que habrían sucedido los hechos.

De este modo, resulta imposible para el síndico convocado en representación de la sociedad brindar algún tipo de descargo que garantice el debido ejercicio del derecho de defensa.

3- Conclusión.

Entiendo que la representación en el proceso penal debe ser asumido por el representante de la sociedad imputada, quien conserva los derechos ya señalados.

Por último, no debe soslayarse que la doctrina y la jurisprudencia de la Cámara Comercial han admitido excepciones cuya afectación incluso, a mi criterio son mucho menos significativa que una eventual afectación al derecho de defensa en una causa penal.

Justamente así lo ha determinado la jurisprudencia comercial en estos casos ha entendido que corresponde preservar la legitimación procesal del fallido cuando se presenta un interés que se contrapone con la masa de acreedores: *“Cuando se trata de los intereses puestas en juego en un incidente de revisión, es plena la legitimación del fallido para intervenir en la discusión planteada, por cuanto el artículo 110 – Ley 24.522- limita la pérdida de la legitimación a aquellos juicios donde se encuentran interesadas cuestiones atinentes a los bienes desapoderados y en consecuencia , el fallido tiene plena legitimación en todo lo relativo a la determinación de la masa pasiva, pudiendo hacerse parte en los incidentes de revisión y de verificación tardía”* (SCJBA, 16-2-2011 “Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires s/incidente de revisión en – Garofalo Alfredo s/ concurso preventivo” C

94090, Rubinzal Online, RC J 5483/11)⁴

Sostienen los especialistas en materia concursal que el fallido pierde la legitimación procesal en los litigios exclusivamente referidos a los bienes desapoderados. No así en aquellos en los que conserva su potestad para defender sus intereses: *“La ley impone una interpretación estricta respecto de la “ausencia de legitimación del fallido”, y su sustitución por la sindicatura, en lo que toca a las facultades del deudor, relativas a los bienes desapoderados, una vez decretada la quiebra. Sin embargo, también cabe admitir el criterio de que existen excepciones, no sólo en los supuestos en los que por disposición de la ley o por aplicación analógica de los textos legales se le acuerda al fallido esa facultad-poder, sino también:*

i) Cuando sea necesario defenderlo en su interés subjetivo;

ii) cuando se protejan mejor los intereses del concurso;

iii) cuando el juez del proceso -artículo 274- lo disponga, y

iv) cuando sus propios intereses se encuentren en colisión con los intereses de los acreedores del concurso, de la sindicatura y del órgano jurisdiccional. En tales supuestos, dado el deber de colaboración que se le imputa al deudor fallido, se le reconoce legitimación para intervenir en el proceso en calidad adhesiva.”⁵⁶

El derecho de defensa es un derecho inherente a la persona y por ende es indelegable. a quien solamente reviste la facultad de intervenir en cuestiones netamente patrimoniales. Es evidente que además de la colisión de intereses mencionada también se da en el caso una de las excepciones que prevé la actuación de la persona jurídica mediante sus representantes.

4 *Idem* 3. Pag. 430:431.

5 *Idem* 3. Pag. 429.

6 *La negrita me pertenece.*

RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LA SOCIEDAD DISUELTA Y NO LIQUIDADADA QUE CONTINÚA DESARROLLANDO SU OBJETO

Efraín Hugo Richard - Fernando Pérez Hualde

SUMARIO

Resulta razonable afirmar que los socios, fuera de la “responsabilidad societaria” general conforme el tipo, no adquieren responsabilidad conforme a la teoría general de la responsabilidad, sino sólo aquellos que en infracción de normas imperativas generan daño, pudiendo llegar a ser solidarios e ilimitadamente responsables frente a acreedores perjudicados por los actos que continúan el giro social, en infracción a la normativa del artículo 99 LGS, interpretada en los límites del art. 167 CCC, o sea sólo a aquellos que hubiesen conocido, avalado o consentido dichos actos, a sabiendas de la existencia de la causal disolutoria.

PONENCIA

Planteo del tema. El art. 99 de la *Ley General de Sociedades*

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC - Ley 26.994), fue relevante la controversia doctrinaria respecto del régimen de responsabilidad aplicable a los socios de una sociedad en la que, habiendo acaecido una causal de disolución, sus administradores hacían caso omiso de ello y, en lugar de limitarse a realizar los actos urgentes y adoptar las medidas necesarias tendientes a la liquidación del ente, continuaban ejecutando la actividad encaminada al cumplimiento de su objeto social.

La discusión tuvo su origen en la oscuridad de la parte final del art. 99 de la (hoy) Ley General de Sociedades (LGS), que después de aludir a la responsabilidad de los administradores que así actuaban (solidaria e ilimitada frente a terceros y a los propios socios), se limita a decir que dicha responsabilidad (la de los administradores) lo es *sin perjuicio de la responsabilidad de estos* (los socios).

Aquéllos que, en línea con un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, entendieron que correspondía aplicar al caso los arts. 21 a 26 LGS, encuadrando a la entidad en tal situación dentro de los supuestos de irregularidad (Farina, Nissen). En consecuencia y conforme al régimen vigente a ese momento, los socios cargaban con responsabilidad ilimitada, solidaria y directa.

El argumento invocado se sostenía en la convicción de que la sociedad inscripta era oponible a terceros mientras esa inscripción tuviera vigencia, no pudiendo ello ocurrir una vez acaecida la causal disolutoria. Sostenían también que la última parte del art. 99 L.G.S., imposibilitaba a los socios oponer el beneficio de excusión del art. 56 LGS.

En contra de dicha postura se encontraba la doctrina para la cual no era de aplicación el régimen otrora sancionatorio del art. 23 LGS (Quintana Ferreira, Romero, Escuti, Etcheverry, Zaldivar). Para ellos cuando el art. 99 LGS se refiere a la responsabilidad de los socios, debe interpretarse que se trata de la que corresponda a los mismos según el tipo social adoptado. Fundaban la postura en que según el art. 21 LGS, no correspondía aplicar el régimen de la irregularidad a sociedades registradas, en tanto ello implicaba la tasita reconducción, prohibida

en nuestro derecho. Sostenían asimismo que las sanciones que imponen responsabilidad ilimitada a los socios, deben surgir de una norma expresa de la ley, no siendo ese el caso. Existió una postura intermedia, en la que se encontraban aquellos que entendían que era necesario analizar el caso concreto distinguiendo entre los socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con la ejecución de los actos que excedían los urgentes y necesarios para la liquidación (supuesto en que debían responder solidariamente), de aquellos que no conocieron el cumplimiento de la causal disolutiva, bien sea porque les fue ocultado o porque simplemente no tuvieron conocimiento, debiendo estos últimos responder según correspondiera conforme al tipo social elegido (Roitman, Richard¹).

El Código Civil y Comercial de la Nación. Su solución.

Con el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación, quienes suscribimos la presente nos pronunciamos en idéntico sentido entendiendo que la discusión había sido finiquitada. Lo hicimos de manera autónoma y, paradójicamente, sin citarnos entre sí²³. Enterados hoy de nuestra postura coincidente en este aspecto, decidimos unir nuestras voces en esta comunicación con el fin de así manifestarlo ante este calificado auditorio.

Entendemos que el Código Civil y Comercial de la Nación, adoptando la tercera de las posiciones expuestas, dio solución a la discusión existente hasta ese momento a través del texto de su art. 167.

La norma contiene matices que la distinguen del art. 99 LGS. No habla de la posibilidad de los administradores de ejecutar actos urgentes, sino que se enfoca en el proceso de liquidación de la sociedad, ordenándoles concluir en el mismo los actos pendientes de ejecución. Incluso, describe en qué consiste la liquidación, pronunciándose también sobre cuál debe ser el destino del remanente.

En su parte final, al regular la situación cuyo tratamiento en el art. 99 LGS genera discusión, textualmente reza *“En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”*.

Se pronuncia estableciendo la necesidad de analizar cada caso en particular, para así determinar si los socios tienen o no responsabilidad por la conducta ejecutada por los administradores, una vez ocurrida la causal de disolución.

De este modo, podremos encontrarnos ante una situación en la cual ciertos socios deban responder solidariamente e ilimitadamente con los administradores, en tanto que otros no. Los recaudos a acreditar para imponer la responsabilidad agravada a determinados socios, son dos. En primer término, acreditar que conoció o debió conocer la situación. No pretendemos analizar en el presente las obligaciones del socio, en particular respecto del *debido* conocimiento que este debe tener de la suerte que corre la sociedad en su día a día, pero

1 Analizado en diferentes trabajos, entre los que se puede destacar Richard, Efraín Hugo, *El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)*, RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013; *Responsabilidad de socios por pérdida del capital social. Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)*, Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinado por Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, T. II, pag. 1397.

2 Borgarello, Luisa Isabel – Richard, Efraín Hugo, *La pérdida del capital social y la responsabilidad de socios*.

3 Pérez Hualde, Fernando, *Régimen legal aplicable a la sociedad disuelta y no liquidada que continúa desarrollando su objeto*, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016), en <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/7800>

nos atrevemos a anticipar que no resultará fácil al mismo acreditar la ignorancia de la situación, en sociedades cerradas o de familia.

En segundo término, requiere la norma que él o los socios en cuestión cuenten con el poder de decisión necesario para poner fin a la situación irregular. De este modo alude de manera expresa a quien cuente con el control suficiente de la sociedad para así lograrlo.

La norma resulta novedosa en tanto incorpora un supuesto de responsabilidad del controlante por omisión. Algo que contaba con algunos antecedentes jurisprudenciales⁴. Bien podríamos enmarcar la norma dentro de los supuestos tratados por el art. 1710 CCC (deber de prevención del daño).

Los requisitos estipulados impondrán analizar en cada caso concreto no solo la conformación del capital social, votos, etc., sino también el desenvolvimiento de sus socios respecto de la actividad de la sociedad, como así mismo la naturaleza de la causal de disolución acaecida (en particular si es de vigencia ipso iure o no).

Como podemos observar, la actuación del ente en estado de disolución por cumplimiento de la causal prevista en el inc. 4º (imposibilidad de cumplir el objeto) o 5º (pérdida del capital social) del art. 94 LGS, pondría en plena vigencia la aplicación de la norma en cuestión. No obstante, no escapa a nuestro conocimiento el desafío que plantea la valoración del cumplimiento de estas causales de disolución frente a la exigencia legal actual de capital mínimo (arts. 186 LGS y 4º LACE), lo que ha puesto en evidencia la pérdida de la función de garantía que el capital pudiese haber tenido.

Aplicación del régimen del art. 167 CCC al supuesto del art. 99 LGS

Resulta esclarecedora la previsión del art. 150 CCC, que previendo la aplicación de normas imperativas de la ley específica de la persona jurídica, en el caso el art. 99 de la ley de sociedades, ante el defecto referido en el apartado anterior, impone aplicar las normas imperativas del propio Código Civil, en el caso el art. 167 CCC, sin duda una norma imperativa. La que fuera una discutida situación, ha recibido una solución normativa específica, conforme norma imperativa del CCC, que se refunde con esa norma imperativa del art 99 LGS.

Conforme lo dispuesto por el art. 150 CCC, es de aplicación la parte final del art. 167 CCC referida a una cuestión similar a la prevista por aquella norma societaria (la continuidad del giro sin iniciar la etapa de liquidación ni remediar la causal de disolución).

La única duda que podría existir es si ambas normas son compatibles. Ello no ocurriría si el art. 99 LGS, de prelación indudable, descartara la posibilidad de aplicar la otra norma imperativa que sólo sería aplicable “en su defecto”. Pero todo lo contrario, esa norma del CCC perfecciona la inteligencia de la norma societaria, en congruencia de como la ha interpretado la doctrina y hemos referido en párrafo precedente. “Defecto” conforme el Diccionario de la Real Academia es “a falta de algo, especialmente de algún requisito”. Y justamente viene a llenar el “en su caso” de la primera norma, dándole alcance y contenido exacto, absolviendo a los socios que no tuvieron tal conducta e imputando la responsabilidad a aquellos de cuya omisión u acción se generó el daño.

Conclusión

Resulta así razonable afirmar que los socios, fuera de la “responsabilidad societaria” ge-

4 CNCom, sala D, “Kleio S.A. s/ quiebra c/ Iglesias, Rogelio s/ ordinario”, 7/5/2003.

neral conforme el tipo, no adquieren responsabilidad conforme a la teoría general de la responsabilidad, sino sólo aquellos que en infracción de normas imperativas generan daño, pudiendo llegar a ser solidarios e ilimitadamente responsables frente a acreedores perjudicados por los actos que continúan el giro social, en infracción a la normativa del artículo 99 LGS, interpretada en los límites del art. 167 CCC, o sea sólo a aquellos que hubiesen conocido, avalado o consentido dichos actos, conociendo la existencia de la causal disolutoria. Siempre quedará algún tema a dilucidar, por ejemplo, la concurrencia de responsabilidad solidaria entre administradores que llevaron la cuestión a los socios de éstos que omitieron resolver. Tenemos opinión sobre el punto, pero es aconsejable dejarlo para otra oportunidad.

LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA SINDICATURA EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Carlos Alberto Raffo¹

SUMARIO

La sindicatura se encuentra legitimada para solicitar la intervención judicial de la sociedad, pues la naturaleza del instituto y el bien jurídico protegido junto con las normas que regulan la sindicatura hacen posible dicha solicitud. El síndico posee legitimación activa para solicitar la intervención judicial de aquella sociedad que fiscaliza.

Siendo la intervención judicial una medida cautelar accesoria de la acción de remoción del administrador, todos aquellos que pueden promover dicha acción de remoción se encuentran legitimados para solicitar precautoriamente la intervención. Si el síndico puede solicitar la remoción judicial del directorio, no existe impedimento jurídico para que, accesoriamente, solicite la intervención judicial de la sociedad.

El bien jurídico protegido por las normas en el instituto de la intervención judicial y las facultades/deberes de la sindicatura son el fundamento medular para la legitimación activa en la solicitud de intervención por parte del síndico. El fundamento último de su legitimación radica en la defensa de la sociedad y sus intereses.

La finalidad de las normas cobra vital importancia, siendo su interpretación la llave para desentrañarlas; de esta manera los intereses protegidos por las normas societarias del instituto bajo análisis y su espíritu son el faro que alumbró la interpretación y que habilita la legitimación activa de la sindicatura.

INTRODUCCIÓN:

La Ley General de Sociedades regula la intervención judicial de la sociedad en la Sección XIV del Capítulo I, en los artículos 113 a 117. Dice el primero de los artículos mencionados que *“cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta Sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad”*. De esta manera la norma parece circunscribir el instituto bajo estudio a la mencionada Sección, pero con la aplicación de las normas específicas de los distintos tipos societarios.

Como veremos en el presente trabajo, distintas normas y específicamente la naturaleza jurídica y el bien protegido con la intervención judicial de la sociedad, permiten que el síndico posea legitimación activa para solicitar la mencionada intervención.

La intervención judicial es una medida cautelar adoptada en mérito a la potestad judicial dirigida a proteger los derechos del socio y de la sociedad mediante la intromisión o control de un órgano jurisdiccional dentro del órgano administrativo, por una persona (interventor, adminis-

¹ Profesor Adjunto Regular, Semi Exclusivo, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Río Cuarto, docente Responsable de la Cátedra de Derecho Privado V (Sociedades, Cooperativas y Mutuales), docente Colaborador en Derecho Privado II (Obligaciones) y Derecho Privado Económico; Investigador Categorizado; Secretario del Centro de Investigaciones y Estudios Jurídicos (CIEJ), dependiente de la Facultad de Ciencias Humanas. Consejero Docente, Facultad de Ciencias Humanas, UNRC.

trador o veedor) auxiliar del juez, restringiendo así el derecho a la libre gestión patrimonial².

Se trata de una medida cautelar dentro del juicio de remoción, de carácter general y excepcional, que se adopta sobre el órgano de administración en los casos de urgencia y necesidad que denoten una gravedad tal que se vea afectado el interés social³.

Se deberá tener en cuenta que es una medida de carácter excepcional, adoptada por el juez en base al requerimiento fundado de parte legitimada, con invocación de causas graves que pongan en peligro la sociedad o le puedan causar un daño actual o inminente, vinculadas con la actuación de la administración social, tendiente a sustituir, limitar o controlar el órgano en sus funciones societarias, para evitar las consecuencias de tal actuación⁴.

No cabe dudas que las normas autorizan a interponer dicha medida al socio (art. 114) y al órgano de contralor estatal (art. 303), pero como analizaremos en el presente trabajo la sindicatura también se encuentra habilitada para ello.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

El bien jurídico tutelado es el interés societario y quien tenga una conducta contraria al mismo no obtendrá amparo del ordenamiento. La ley con la regulación del presente instituto pretende evitar que el administrador en el ejercicio de sus funciones desvíe o lesione el interés tutelado. De esta manera dota a los legitimados activos de esta acción cautelar, con el fin de impedir un daño inminente o su agravamiento en perjuicio de la sociedad.

El interés jurídico protegido es el interés social y no el interés particular de cada uno de los socios que han solicitado la medida; ni el interés de la mayoría, ni de la minoría; ni el particular, sólo el interés de la sociedad⁵. Es el interés del sujeto de derecho sociedad donde convergen el desarrollo o cumplimiento del objeto social y la obtención de utilidades para los socios, pero que significa también la prosperidad de la empresa⁶. Esto es de suma importancia pues dicho interés protegido será el que permitirá la solicitud de la medida por parte del síndico; sumado esto a otras facultades y deberes que posee y permiten la conexión que hace viable la interposición de la acción bajo estudio.

Podemos afirmar que, en la intervención societaria, siempre debe prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés⁷.

NATURALEZA JURÍDICA:

La intervención judicial societaria reviste características singulares, pues es una medida cautelar de excepción a la que puede acudir luego de agotar las instancias internas con el fin de evitar un daño al interés de la sociedad o su agravamiento, derivado de una acción y omisión de los administradores y en el marco de su remoción.

El instituto de características singulares se erige como una cautelar societaria de excepción⁸. Por último, al tratarse de una medida cautelar, a los fines de su concesión deben reunirse los requisitos propios de estas: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contra-

2 Verón, Alberto Víctor, *Ley de Sociedades: comentada y anotada*, Ed. La Ley, Bs.As., 2010, pág. 295.

3 Richard, Efraín H – Muiño, Orlando Manuel, *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, Tomo 1, pág. 307.

4 Roitman, Horacio, *Intervención Judicial, RDPC*, 2001, citado por Molina Sandoval, Carlos A., *Intervención Judicial de Sociedades Comerciales*, Ed. La Ley, Bs.As., 2003, pág. 4.

5 Grispo, Jorge Daniel, *Ley General de Sociedades*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo II, pág. 113.

6 Junyent Bas, Francisco, *Responsabilidad de los administradores societarios*, *Advocatus*, 1998, pág. 156, citado por Grispo, Jorge Daniel, ob. cit., pág. 113.

7 Grispo, Jorge Daniel, ob. cit., pág. 113.

8 Grispo, Jorge Daniel, ob. cit., pág. 116.

cautela. Otorgada la misma, es provisional y revocable.

Por otro lado, la decisión adoptada por el juez, otorgando o negando su concesión es susceptible de recurso de apelación, recurso que también podrá versar sobre la contracautela que se requiera, sobre la graduación de la intervención o por las facultades del interventor, incluso por el plazo por el cual se la haya decretado⁹.

LEGITIMADOS ACTIVOS EN EL PEDIDO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL:

La ley general de sociedades en su artículo 114 indica al socio como legitimado activo para peticionar la medida, debiendo acreditar su calidad de tal conforme el tipo social al que pertenezca.

En cuanto a la posibilidad de peticionar la intervención judicial por parte del síndico, en aquellas sociedades donde el mismo se encuentre a cargo de la fiscalización (sea optativa u obligatoria) algunos autores niegan dicha facultad¹⁰; mientras que otros autores¹¹, en posición que compartimos, afirman que la sindicatura está legitimada para solicitar la intervención judicial de la sociedad.

Estamos convencidos que el síndico posee legitimación activa para solicitar la intervención judicial de aquella sociedad que fiscaliza. Ello por cuanto siendo la intervención judicial una medida cautelar accesoria de la acción de remoción del administrador, todos aquellos que pueden promover dicha acción de remoción se encuentran legitimados para solicitar precautoriamente la intervención.

Si el síndico puede solicitar la remoción judicial del directorio (v. gr. 265 LGS), no existe impedimento jurídico para que, accesoriamente, solicite la intervención judicial de la sociedad, pues quien puede lo más (remoción) puede lo menos (intervención)¹². Entonces, siendo la intervención judicial una medida precautoria accesoria a la acción de remoción de los administradores, parece evidente que todos aquellos que se encuentren legitimados para promover dicha acción de remoción, pueden solicitar la intervención como cautelar de dicha acción¹³.

También, como indica Molina Sandoval, la legitimación surge de la propia inteligencia del artículo 294 inc. 9, que atribuye al síndico la facultad/deber de vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias. Debiendo entenderse que el término “vigilar” incluye en su extensión la facultad de solicitar la intervención de la sociedad; pues, de nada sirve que el síndico pueda vigilar el funcionamiento del órgano de administración si no puede asumir algún tipo de medida en cumplimiento de su deber de vigilancia¹⁴.

9 Cornes Sangiao, Santiago, *Sociedades*. Según las reformas de la ley 26.994, Dir.: Gebhardt, Marcelo, Coord.: Romero Miguel Álvaro, Ed. Astrea, 2016, págs. 110.

10 Entre otros: Sasot Betes, M y Sasot, M, *Sociedades anónimas*. El órgano de administración. Ed. Abaco, Bs. As., 1980, t. 2, pág. 397; Cámara, Héctor, *Derecho Societario*, Ed. Depalma, 1985, pág. 651; Zunino, Jorge Osvaldo, *Régimen de Sociedades*. Ley general 19.550, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, pág. 112; Cornes Sangiao, Santiago, ob. cit., págs. 108 y 109.

11 Entre otros: Nissen, Ricardo Augusto, *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. La Ley, 2017, Tomo II, págs. 256 y 257; Verón, Alberto Víctor, *Ley de Sociedades*, Ed. La Ley, Bs. As., 2010, pág. 301, del mismo autor en, *Tratado de los Conflictos Societarios*, Ed. La Ley, Bs.As., 2006, págs. 451 y 452; Molina Sandoval, Carlos A., *Intervención Judicial de Sociedades Comerciales*, Ed. La Ley, Bs. As., 2003, págs. 132 a 134; Roitman, Horacio, *Intervención judicial*, en RDPC, N°2001-1, Rubinzal Culzoni, pág. 244; Palomino, Luis Alberto, *Intervención judicial de sociedades comerciales*, en LL:1996-D-1502; Romano, Alberto Antonio, *Código de Comercio, Comentado y Anotado*, Dir. Rouillón – Coord. Alonso, Ed. La Ley, 2006, pág. 264.

12 Molina Sandoval, Carlos A., ob. cit. pág.134.

13 Nissen, Ricardo Augusto, ob. cit., pág. 257; del mismo autor: *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. Abaco, Bs. As., 1997, Tomo 2, pág. 291.

14 Molina Sandoval, Carlos A., ob. cit., pág. 132 y 133.

Como refiere Nissen, la función principal de la sindicatura es la vigilancia de los órganos sociales, mal podría dicho funcionario cumplir con sus funciones si sus obligaciones concluyen con sólo asentar su protesta en el caso de que los administradores, violando la ley, estatuto o reglamento, pusieran a la sociedad en peligro grave; pues, como custodio de la legalidad del funcionamiento de todos los órganos sociales, no le cabe otro camino, para cumplir adecuadamente sus responsabilidades¹⁵.

Además, la legitimación del síndico social, o de quien ostente la fiscalización privada del ente, ha sido reconocida ante el agotamiento de los recursos legales y estatutarios previstos; con fundamento en la responsabilidad solidaria por la omisión de los directores y frente al deber del síndico de actuar como un “buen hombre de negocios”¹⁶.

Creemos que es de vital importancia el interés jurídico protegido, esto es, el interés social. Pues, el síndico debe velar por el cumplimiento de los otros órganos de dicho interés y la desviación o afrenta contra dicho interés autoriza a utilizar los mecanismos o institutos regulados por el ordenamiento societario en post de hacer cesar dicho incumplimiento que produce un daño a la sociedad o lo agrava.

Entonces, el bien jurídico protegido por la norma y las facultades/deberes de la sindicatura son el fundamento medular para la legitimación activa en la solicitud de intervención societaria por parte del síndico.

Siendo que la intervención no necesariamente implica la separación del administrador, pues puede consistir en una veeduría o coadministración, no se advierte cual es el perjuicio para la sociedad o los socios que sea el síndico quien interponga la acción, acreditando el resto de los extremos que hacer procedente la medida. El fundamento último de su legitimación radica en la defensa de la sociedad y sus intereses.

Así, la finalidad de la norma cobra vital importancia, siendo su interpretación la llave para desentrañarla. Conforme lo normado en el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta no solo sus palabras, sino también sus finalidades. De esta manera los intereses protegidos por las normas societarias del instituto bajo análisis y su espíritu son el faro que alumbró la interpretación que habilita la legitimación activa de la sindicatura.

15 Nissen, Ricardo Augusto, ob. cit., pág. 257.

16 Palomino, Luis Alberto, Intervención judicial de sociedades comerciales, en LL:1996-D-1502, pág. 1505.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. CARACTERÍSTICAS DE LA LEY 27.401 Y SU CRITERIO DE IMPUTACIÓN PENAL

Nicolás Daniel Ramírez

SUMARIO

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas si bien ha tenido un desarrollo importante en estos últimos años, no es una cuestión novedosa dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia. La ley 27.401 ratificó una situación que ya había iniciado varios años antes mediante la relativización del principio de *societas delinquere non post*. Esta ley incluyó tanto aspecto de Derecho Penal nuclear, como los criterios de imputación penal, como también aspectos procesales. Además, de manera novedosas, se incluyó el *compliance* en nuestra legislación. Este nuevo sistema implica nuevos desafíos tanto desde el Derecho Penal nuclear como el procesal. La jurisprudencia deberá definir los criterios de imputación penal y sus diferencias con las personas físicas. Además deberán resolverse cuestiones procesales no contenidas en nuestro sistema procesal.

1.- Introducción

La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (en adelante RPPJ) si bien ha tenido un desarrollo importante en estos últimos años, no es una cuestión novedosa dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia. La ley 27.401 ratificó una situación que ya había iniciado varios años antes mediante la relativización del principio de *societas delinquere non post*. Tradicionalmente existieron dos posturas respecto de la RPPJ. Por un lado, una postura que al día de hoy se encuentra en clara minoría que rechazaba la RPPJ por entender que no era compatible con los principios básicos del derecho penal. Esta postura, que se encuentra reflejada en el voto minoritario de Zaffaroni en el precedente *Fly Machine*¹, exponía que la RPPJ no se condecía con el principio de culpabilidad ya que la persona jurídica no respondería por hechos propios sino ajenos. En segundo lugar, tampoco podría hacerse un juicio de reproche penal respecto de la conducta, razón por la cual tampoco podría analizarse conforme la culpabilidad en sentido estricto conforme la teoría del delito.

Por otro lado, existe una postura no sólo mayoritaria sino, sin dudas, triunfante que entiende posible la RPPJ. El principal fundamento en el que se basa esta teoría es en una clara necesidad de política-criminal. Las personas jurídicas son un actor fundamental no sólo dentro de la sociedad sino, particularmente, en la comisión de delitos. No sólo a través de las personas jurídicas se realizan conductas penales sino que se hacen en su beneficio.

Con anterioridad a la ley 27.401, se establecían sanciones a las personas jurídicas en los siguientes delitos:

- Ley de desabastecimiento

¹ CSJN, *Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario*, 30/05/2006.

- Código aduanero
- Ley penal cambiaria
- Ley Penal Tributaria
- Ley de libre competencia
- Lavado de activos y otros delitos contra el Orden Económico

La gran diferencia entre estas leyes y la ley 27.401 es que con anterioridad no se lograba definir con precisión la verdadera naturaleza de la sanción penal y su necesidad.

Ahora bien, más allá de esta clara tendencia mundial a favor de la RPPJ no se resolvía una cuestión fundamental: si la pena establecida a las personas jurídicas era de naturaleza penal o administrativo-sancionador. Si se entiende que se daba el primer supuesto no sólo debería existir una protección total de los principios constitucionales sino que también debería seguirse la estructura de la teoría del delito (acción, típica, antijurídica y culpable) para llegar a una consecuencia punitiva.

La ley 27.401 resolvió esta cuestión no sólo al aceptar la RPPJ sino al darle una clara naturaleza penal a la sanción contra las empresas.

Ahora bien, el aspecto que no ha sido resuelto satisfactoriamente por esta ley es el aspecto procesal. Indudablemente, someter a proceso a una persona jurídica tiene particularidades distintas a las previstas en nuestra legislación procesal, la que fue pensada para personas físicas. Por ejemplo, no se ha resuelto con suficiencia la representación de la persona jurídica cuando su representante natural también se encuentra imputado y existen intereses contrapuestos.

Por ello, más allá de este avance legislativo, que entendemos positivo para nuestro sistema, debe tenerse en cuenta que la RPPJ tiene particularidades muy distintas al derecho penal tradicional. Cualquier cambio que se quiera dar al respecto no puede ser únicamente agregar sanciones a las personas jurídicas sino que implica un cambio sustancial tanto procesal como de fondo.

2.- Características generales de la ley 27.401

En primer lugar, la ley de RPPJ se encuentra limitada a ciertos delitos vinculados al crimen organizado y a los delitos transnacionales. Solamente existirá RPPJ en los siguientes casos:

- Cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional,
- Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas,
- Concusión,
- Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados,
- Balances falsos con el fin de ocultar el cohecho

En segundo lugar, se incorpora a nuestro sistema la colaboración de las empresas por medio de programas de cumplimiento o compliance. Los programas de cumplimiento son el *“conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos”*. Esta novedad consiste en un sistema de cooperación privada para la investigación de delitos. Al igual que ocurre con la ley de lavado de activos con los sujetos obligados a informar, el estado pone en cabeza de las personas jurídicas privadas la obligación de investigar y denunciar ciertas prácticas.

Asimismo, deben agregarse los siguientes rasgos distintivos de ley en cuestión:

- Es extraterritorial: incluye la comisión de delitos de soborno transnacional (art. 1º)
- Las únicas causales de extinción de la acción penal son amnistía y prescripción (art. 4º)
- Plazo único de prescripción: no importa cuál sea el delito cometido o la participación de la persona jurídica la acción penal contra la empresa prescribe a los 6 años. Esta cuestión, al alejarse del sistema utilizado por el Código Penal², puede traer aparejado el problema de ciertos supuestos donde la acción prescriba para la persona física y no para la jurídica o viceversa. (art. 5º)
- Independencia de acciones entre persona jurídica y física (art. 6º)
- La RPPJ es sucesiva: se transmite en caso de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria (art. 3º)
- Responsabiliza a todas las personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, con o sin participación estatal: es importante resaltar este aspecto ya que en el Congreso se dio un debate importante respecto de no incluir a las Pymes dentro de este régimen (art. 1º)
- Responsabiliza a los entes ideales más allá de los que se cometan por sus representantes naturales: no sólo será responsables los que cometan el delito en su nombre sino también terceros que hubieren actuado en su representación. (art. 2º)
- Tiene un sistema de penas distinto al del Código Penal

3.- Criterios de imputación en la ley 27.401

En la legislación comparada se pueden encontrar dos sistemas de criterio de atribución para la RPPJ:

- Sistema Vicarial: la responsabilidad del ente se deriva automáticamente de la de las personas físicas. Si bien tiene algunas diferencias, es similar a una responsabilidad objetiva.
- Sistema autónomo: la RPPJ proviene de la falta de organización eficiente de la persona jurídica.

Nuestro sistema si bien a primera vista parecería autónomo tiene rasgos muy fuertes vicariales

La ley 27.401 prevé el sistema de imputación en el art. 2º. Si bien de un primer análisis parecería existir un sistema autónomo de responsabilidad, un análisis más exhaustivo de la nueva legislación nos lleva a la conclusión de que el sistema previsto es mixto. Para ello será necesario analizar cada uno de los párrafos del art. 2º.

El primer párrafo establece que **“Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio”**.

Este párrafo es donde se ve con mayor claridad la responsabilidad autónoma de la persona jurídica. Al mencionar la intervención directa sin lugar a dudas se trata de aquellos casos donde intervienen los representantes de la empresa o sus dependientes en la comisión de alguno de los delitos previstos. Más allá de que existe una clara intervención de la empresa, no debe olvidarse que la intervención directa se da a través de una mala organización interna y no necesariamente de una conducta dolosa de todo el ente para la comisión del injusto.

Ahora bien, los problemas se dan cuando uno avanza en el análisis del párrafo. El primer párrafo también incluye como criterio de atribución cuando exista intervención indirecta.

² Según el art. 62 del CP la acción penal prescribe al transcurrir el máximo de la pena con un mínimo de 2 y un máximo de 12 años.

En este supuesto el legislador buscó incluir dentro del régimen aquellos casos donde existe cierta distancia entre la voluntad empresarial conforme la LSC y el sujeto activo que efectivamente cometió la conducta. Si la persona que actuó es representante legal su intervención es directa, pero por el contrario si no lo es, conforme el régimen societario, no tendría representación alguna por lo cual no sería ni siquiera indirecta. Y aquí por ello se empieza a ver que el sistema se distancia del régimen de RPPJ autónomo para acercarse a un sistema vicarial. Se incluyen supuestos de terceros sin vinculación formal a la empresa pero cuya conducta se encuentra vinculada a la empresa.

Lo mismo ocurre en este párrafo cuando se habla de haber actuado *en nombre, interés o beneficio*. En estos casos no se habla del representante natural de la sociedad ya que este se encuentra incluido en el supuesto de *intervención directa*. En estos casos, el legislador incluyó supuestos de terceros que, sin vinculación formal con la empresa, actúan en su nombre o en beneficio.

El segundo párrafo, por su parte, establece que *“También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.”*

Este párrafo trae aparejado todavía más problemas ya que amplía de manera considerable el espectro de sujetos que pueden responsabilizar al ente. En este supuesto, el texto legal expresamente se aparta de los representantes naturales para incluir a terceros cuya gestión haya sido ratificada. Más allá de esta ampliación punitiva, no queda claro el alcance que se le buscó dar al concepto gestión.

El art. 1781 del CCyC establece *“Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente”*. Entendemos que en este caso, se buscó dar un alcance más amplio que la simple gestión, al incorporar a este supuesto cualquier tipo de acto jurídico realizado por un tercero que tenga la posterior ratificación de la empresa. Un segundo aspecto a considerar es la cuestión de la ratificación tácita. En este caso, parecería que estamos en presencia de una estructura similar a los delitos de omisión pura, ya que el simple no hacer podría generarle responsabilidad al ente.

Por último, el tercer párrafo establece que *“La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella”*.

Este último párrafo agrega la llamada teoría de la utilidad. Solamente existirá responsabilidad penal si no hay un provecho para el ente.

4.- Conclusión

Como se puede apreciar, la RPPJ establece un nuevo criterio de imputación penal totalmente distinto al que se aplica en los delitos cometidos por personas físicas. Yo no se puede hablar de una responsabilidad directa por el acto propio sino que en el caso de las personas jurídicas responderán por los riesgos ocasionados por su estructura deficiente.

No solamente serán responsables las empresas criminales, sino también aquellas con objetivos lícitos pero prácticas delictivas o a las que toleren la realización de conductas criminales. Es decir, que la imputación no se dará por factores externos (la conducta exteriorizada) sino por factores internos (la organización empresarial).

Y aquí es donde entra en juego el *Compliance*. La empresa debe demostrar que actuó diligentemente para evitar las prácticas corruptas. Si no lo hace, aún cuando no existiese un dolo directo de cometer el delito, responderá como si lo hubiera hecho.

En conclusión, la empresa no responderá por haber cometido el delito sino por no haber tomado los recaudos para que este no se cometa. Es decir que la empresa asumiría una situación similar a una posición de garante donde debe velar porque no se cometan prácticas delictivas dentro de su organización.

Por ello, este régimen de RPPJ no solamente implica las eventuales consecuencias penales que pueda tener, sino que será un cambio esencial en cualquier empresa ya que se le agregarán responsabilidades que al día de hoy no existen.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS POR EL “DAÑO INDIRECTO” A LOS SOCIOS¹

Pedro Sánchez Herrero

SUMARIO

- La acción social de responsabilidad contra administradores ejercida por un socio es raramente planteada, debido a sus requisitos y riesgos.
- Conceptúo como “daño indirecto” en esta ponencia la pérdida o disminución de valor de la participación a raíz de una conducta antijurídica del administrador que daña a la sociedad.
- La jurisprudencia rechaza la acción individual del socio por el “daño indirecto”. La doctrina está dividida actualmente.
- Si el daño indirecto del art. 1739 del Cód. Civ. y Com. contiene el denominado “daño indirecto” de los socios, es una norma explícita que admite su reclamo por acción particular, sin una norma especial prohibitiva que la invalide o impida.
- La regla general en responsabilidad civil es la reparación de consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (art. 1726 del Cód. Civ. y Com.). En el particular caso de los administradores societarios, es obviamente previsible el daño al socio cuando el administrador daña el patrimonio social. No hay ninguna norma explícita que impida su reclamo por el socio.
- El art. 76, párr. 1.º, de la ley 26831, aunque ambiguo, admite que un socio ejerza una acción para ser reparado por el “daño indirecto”.
- No es razonable prohibir el ejercicio de una acción por el riesgo de su ejercicio abusivo.

PONENCIA

1. Introducción

La sociedad puede demandar la responsabilidad por la actuación del administrador mediante la acción social. A su vez, cualquier otro damnificado por una conducta indebida de los administradores puede instar la acción individual o particular, sea tercero o socio. En ocasiones, la dificultad está en establecer la relación entre la acción social de responsabilidad y la individual.

La importancia práctica de la cuestión para los socios es evidente, puesto que, a diferencia de la acción social, la individual no requiere agotar la vía interna ni cumplir con ningún requisito previo. Además, solo reclama el daño que sufre en su patrimonio. En su lugar, cuando insta la acción social, exige todo el daño generado por la actuación del administrador. Esto genera costos inmediatos (sellados o tasas) o potenciales (honorarios) muy relevantes y, lógicamente, muy desalentadores.

Con ese trasfondo, doctrina y jurisprudencia debaten la cuestión del “daño indirecto” del socio. En los Tribunales hay cierta uniformidad en cuanto a rechazar que los socios recla-

¹ Basada en el siguiente artículo de mi autoría: “Responsabilidad de los administradores societarios por el ‘daño indirecto’ a los socios. Casuística”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1425/2022.

men ese daño a través de acciones particulares. En la doctrina esta también era una idea aceptada por la mayoría, pero, en los últimos años, parece abrirse paso la contraria. No es que se haya volcado decididamente por la postura afirmativa, sino que, cuanto menos, no hay ya esa cuasi homogeneidad que mencioné.

Analizaré qué es el “daño indirecto” y la factibilidad de exigir su reparación judicialmente (y las vías, en su caso). Trataré de dar una noción sobre el estado de la doctrina y la jurisprudencia.

2. Tipos de acciones de responsabilidad

La persona jurídica supone una complejidad adicional a las típicas acciones de responsabilidad por el hecho de que, justamente, tiene una personalidad jurídica diferenciada de sus miembros. Si dos, tres o más personas celebran un contrato, cada uno tiene un interés particular involucrado. Cuando lo ve afectado, puede recurrir al Poder Judicial para evitar mayores daños o repararlos. La sociedad suma otro interés: el de esta misma. A su vez, ese interés está vinculado con sus socios, ya que la sociedad, en definitiva, es un medio para que logren sus fines. No es un fin en sí mismo o, cuanto menos, convive con los fines de los socios. Sin profundizaciones, lo menciono porque es decisivo para entender por qué, ante los mismos hechos, pueden nacer distintos tipos de acciones.

Las acciones de responsabilidad contra los administradores pueden tener dos objetivos: reparación o prevención. En ambos casos hay un daño (actual o potencial) que funda la legitimación de quien insta la acción. En tal sentido, podemos distinguir tres afectados: la sociedad, sus socios y los terceros. En este contexto, podemos establecer dos tipos de acciones: las sociales y particulares.

Es fácil comprender que las últimas son las utilizadas para demandar que los administradores reparen un perjuicio que provocaron a un sujeto que no es la sociedad. Por su parte, la acción social también es sencilla de comprender en la teoría: es la utilizada para reparar o prevenir el daño que produjo o puede producir un administrador a la sociedad. Quienquiera que inste la acción, lo hace en beneficio de la sociedad. Esta será la acreedora de la eventual reparación de los administradores. Dado que el objeto de la acción social es la protección del interés de la persona jurídica, es lógico pensar que la sociedad la instará. A tal efecto, básicamente, el órgano de gobierno decide instar la acción social contra los administradores y el representante la inicia ante el Poder Judicial.

Por otra parte, las conductas de los administradores que perjudican a la sociedad afectan a sus socios. No obstante, hay conductas antijurídicas de los administradores que perjudican solo a los socios personalmente. Son acciones u omisiones que afectan al socio que tienen directa relación con su vínculo como tal con la persona jurídica (por ejemplo, no inscribir las transferencias de sus participaciones sociales). Desde el punto de vista del socio, las acciones individuales son las dirigidas a prevenir o reparar los daños que puede sufrir en virtud de las inconductas de los administradores. Por supuesto, el socio puede verse perjudicado por estos debido a hechos que no tienen una relación jurídica necesaria con su calidad de socio (por ejemplo, su contrato de trabajo). En tales casos, es obvio que tienen acciones particulares como cualquier tercero que se relaciona con la persona jurídica.

En suma, para distinguir el tipo de acción de responsabilidad habrá que ver cuál es el sujeto afectado. Si el objeto de la prevención o reparación es el patrimonio del ente, es una acción social; si es el de un socio o un tercero, es particular. Sin embargo, la cuestión no es tan simple cuando se trata del denominado “daño indirecto” del socio. En nada colabora

para resolverlo el método de la ley 19550 sobre las acciones de responsabilidad. No contamos con un régimen de acciones de responsabilidad en la parte general. La cuestión no mejora mucho en las normas especiales. Hay sociedades en las que no hay ni siquiera una referencia indirecta (por ejemplo, en las sociedades del art. 21). En el otro extremo, la sociedad anónima cuenta con normas específicas relativamente detalladas (arts. 276 a 279). No obstante, incluso este régimen es objeto de un sinfín de interpretaciones, lo que demuestra sus falencias. Por lo tanto, ni siquiera sería una solución óptima su aplicación por analogía (si eso fuese correcto).

Con todo, la normativa societaria no deja dudas sobre la existencia de la distinción entre acciones sociales y particulares. El régimen de responsabilidad de los directores es un ejemplo significativo, puesto que el art. 276 prevé la acción social y el 279 la particular. Y hay otras (incluso, fuera de la ley 19550). Sin embargo, carecemos de una regulación homogénea, general y relativamente acabada. Son normas aisladas, con enormes vacíos, que perjudican particularmente a los socios minoritarios. Para estos, por momentos, tan solo lograr instar una acción social de responsabilidad puede requerir un esfuerzo y una paciencia muy significativos. Y sin ninguna previsibilidad sobre el resultado (sin importar lo manifiestos que sean los incumplimientos del administrador). Todo esto termina en que toleren los más alevosos excesos de los administradores de la mayoría, dado que es posible que, de protestar, se vean más perjudicados aún por el fracaso de su acción. Esta imprevisibilidad también puede ser motivo de preocupación para los administradores. Reglas claras le darían mayor certidumbre a la hora de asumir y ejercer su cargo (incluso, al concluirlo). De todos modos, la realidad indica que el más perjudicado es el socio minoritario².

3. Noción del “daño indirecto” y planteo del debate

Está claro que el socio puede instar una acción particular de responsabilidad cuando sufre un “daño directo” en su patrimonio. Los siguientes son tres ejemplos de conductas del administrador que pueden generarlo: 1. impedir al socio que participe en un acto del órgano de gobierno o votar; 2. obstaculizar que el socio ejerza el derecho de suscripción preferente, y 3. demorar la inscripción de la transferencia de las participaciones sociales y, con ello, impedir la porque se inscribe una medida cautelar de inhibición al socio transmitente.

La cuestión debatida es si el socio puede reclamar el denominado “daño indirecto” mediante la acción individual. El “daño indirecto” del socio es el perjuicio producido por el administrador al patrimonio social que, a su vez, afecta el patrimonio del socio en cuanto tal. Uso esta fórmula muy amplia porque, al no haber una definición legal, advierto que la noción es utilizada para aludir a diversos perjuicios. Así, veo denominado como daño indirecto a la pérdida de los aportes por la insolvencia de la sociedad, la frustración en la percepción de dividendos por la falta de ingreso de ganancias que son retenidas por los ad-

² No cuento con una estadística seria al respecto. Fundamentalmente, me baso en las conclusiones de un importante sector de la doctrina especializada. Es recurrente leer sobre la impotencia de los socios minoritarios ante los abusos de las mayorías (y sus administradores). En ese marco, y con la informalidad, falta de profesionalismo e, incluso, mala fe que en ocasiones (no las más, pero sí en gran cantidad) se observa en algunos administradores sociales, es inexplicable la irrisoria cantidad de causas judiciales por responsabilidad civil iniciadas por sociedades o socios contra sus administradores. Creo que la falta de un régimen claro para instar las acciones de responsabilidad es un motivo relevante. Cito un autor por todos: “La consecuencia global del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de los administradores es que, aunque es ampliamente conocido que las conductas dolosas de éstos contra el patrimonio de las sociedades en las que actúan son frecuentes, raros son los casos en que se los condene a resarcimientos civiles o penales” (Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho Societario. Parte general. Los órganos societarios*. Tomo 4, Buenos Aires, Heliasta, 1996, p. 399, nota al pie de página número 679).

ministradores y la disminución del valor de la participación social de los socios, entre otras. Por mi parte, voy a unificar el concepto en esta última denominación o descripción. La participación social es un bien conformado por un conjunto de derechos y obligaciones. Su valor está determinado por el valor del patrimonio social (puede haber otros factores específicos, como el hecho de que la participación de un socio permita controlar la sociedad o que sea suficiente para designar un administrador por voto acumulativo). Entonces, si el patrimonio social sufre un daño, otro tanto sucede con las participaciones de cada socio, sea por una disminución de su valor o por no aumentar como debería haberlo hecho. Naturalmente, hechos como la pérdida de sus posibles frutos (los dividendos) o de la expectativa de la cuota de liquidación inciden sobre su valor. De allí que, sin ingresar por ahora en los pormenores de la determinación y cuantificación del “daño indirecto”, insisto, voy a referirme a este como a la pérdida o disminución de valor de la participación.

4. Tesis restrictiva

Una tesis que voy a calificar como “restrictiva” sostiene que el “daño indirecto” no puede ser reclamado por el socio mediante la acción individual³. El administrador gestiona el patrimonio de la sociedad. Por consiguiente, esta es la damnificada por los perjuicios a su patrimonio y solo una ley expresa podría hacer que el socio (en cuanto tal) sea también acreedor de esa obligación de reparar⁴.

Esta tesis postula un riguroso respeto por la personalidad diferenciada de la sociedad con respecto a sus socios. En tal sentido, el ente manifiesta su voluntad social mediante una estructura orgánica prevista en la ley y en sus estatutos, y esos mecanismos deben ser acatados. El interés o derecho del socio respecto del daño al patrimonio social fue regulado en la ley 1950, que es especial y desplaza a la regulación general (art. 150 del Cód. Civ. y Com.). Allí se establecieron los mecanismos para contrarrestar el posible abuso de la mayoría. Aun teniendo presente el interés de los socios en la causa fin del negocio, la sociedad es una estructura jurídica destinada a proveerles organización. Al ingresar en esta, los socios aceptan canalizar ese interés suyo a través de esa organización reguladora de sus derechos, que impone sus propias soluciones⁵.

El temor es que las sociedades queden a merced de acciones abusivas de los socios minoritarios. También, entiendo yo, desvirtuar el sistema de responsabilidad civil de la normativa societaria, que cuenta con sus propias pautas para establecer cuándo un administrador será demandado o *perdonado*.

Señalo a continuación otros argumentos para sostener esta tesis restrictiva:

a) Podría producirse una superposición de acciones con la acción social.

3 V. Isaac Halperin, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 459; Juan M. Farina, *Tratado de sociedades comerciales. Parte Especial. Tomo II-B*, Santa Fe, Zeuz, 1977, p. 401; Jorge M. Santillán, “Responsabilidad civil de los directores y síndicos de la sociedad anónima”, en *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, 1990-A, pp. 240; Ernesto E. Martorell, *Los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 425; Jorge J. Sörös, “Acción individual de responsabilidad en la ley 19.550: Daño directo en el patrimonio de un accionista o tercero”, en *La Ley Online*, AR/DOC/8750/2001; Leonardo G. Rodríguez, “Aprobación de la gestión del directorio y posibles acciones de responsabilidad contra los directores”, en *La Ley Online*, 0003/008256; Sebastián Balbín, “Sobre un nuevo tipo de acción societaria de responsabilidad”, en *La Ley Online*, 0021/000260; Alberto V. Verón, *Tratado de las sociedades anónimas. Tomo III*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 587; Germán L. Ferrer, *Responsabilidad de los administradores societarios*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 171; Jorge D. Grispio, “La acción individual de responsabilidad en la ley de sociedades”, en *La Ley*, 2011-A, p. 638; Juan M. Farina, *Derecho de las sociedades comerciales. 2. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 561; Horacio Roitman, “Ejercicio de acciones societarias en la sociedad anónima”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1060/2018.

4 V. Roberto Goldschmidt, *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima. Su fundamento jurídico en el derecho comparado*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 58.

5 V. Julia Villanueva, “La responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia social”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2586/2019.

- b) Los derechos de los socios están suficientemente garantizados por mecanismos legales para instar la acción social (por ejemplo, lo previsto en los arts. 276 y 277 de la ley 19550).
- c) El legislador previó que la sociedad puede perdonar al administrador su responsabilidad. Tal el caso de la aprobación de la gestión por la asamblea que extingue la responsabilidad del director (art. 275 de la ley 19550). Si, pese a esto, permitiésemos que un socio accionase contra los administradores, distorsionaríamos el sistema legal⁶.

5. Tesis amplia. Mi opinión

Me inclino por la tesis opuesta. Esto es, por la que denomino “tesis amplia”. De acuerdo con esta, es indiscutible que los socios pueden reclamar el “daño indirecto”⁷. Esta postura encuentra en el art. 1739 del Cód. Civ. y Com. un argumento señalado como contundente. La norma explícitamente establece que es daño resarcible el “perjuicio directo o indirecto”⁸. Respecto de esto último, Manóvil apunta que en todos los ejemplos que da la doctrina de daño indirecto “[...] es un daño distinto al del daño directo. O sea, siempre en estos ejemplos, el daño indirecto no desaparece con la reparación del daño directo y por ello tiene acción el damnificado indirecto”⁹.

De acuerdo con el autor, cuando hay daño al patrimonio de la sociedad y es reparado, desaparece el daño del menor valor de las participaciones del socio. Con lo que concluye que el Cód. Civ. y Com. “[...] no da pie alguno para sostener una ampliación de los legitimados para permitir que, bajo la calificación de haber sufrido un daño indirecto, se demande la reparación del mismo e idéntico daño sufrido por el sujeto pasivo del daño directo”¹⁰.

Entiendo que, en términos generales, el damnificado indirecto es quien sufre la lesión de un interés jurídico propio como consecuencia de la lesión de un bien jurídico ajeno¹¹. No obstante, nuestra normativa común no explica la distinción entre el daño directo y el indirecto. Tampoco la societaria hace la diferenciación. La doctrina y jurisprudencia que adhie-

6 V. Germán L. Ferrer, “La acción de responsabilidad de directores por el daño social que se traslada de forma indirecta al accionista (en el proyecto de reforma a la Ley de Sociedades Comerciales argentina)”, en *Abeledo Perrot Online*, 0003/010835.

7 Los siguientes autores participan de la idea de que el socio puede reclamar todo perjuicio que sufra por una conducta del administrador mediante la acción individual de responsabilidad (incluida la disminución del valor de sus participaciones sociales): Ricardo A. Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada. Tomo 4*, 2.ª ed., Buenos Aires, Abaco, 1994, p. 411, e “Interpretación sobre la prescripción de las acciones societarias a la luz de las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en A.A.V.V., *Cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, FIDAS, 2016, p. 293; Francisco Junyent Bas, “Las acciones de responsabilidad de los administradores societarios”, en *La Ley Online*, 0021/000056, p. 169; Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho...*, cit., p. 408; Miguel C. Araya, “Responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, en Laura Filippi y María L. Juárez (directoras), *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001, p. 652; Osvaldo Solarí Costa, “Acción individual de responsabilidad. Afectación del patrimonio del accionista en forma indirecta”, en *La Ley Online*, AR/DOC/5602/2001; Roberto S. Reggiardo, “La acción individual de responsabilidad en el proyecto de reforma y el resarcimiento al accionista por daño al patrimonio social”, en *La Ley Online*, 0003/010836; Martín E. Abdala, “Las acciones individuales de responsabilidad en contra de los administradores societarios”, en *Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR*, 253 (2008), pp. 1.187-1.191; Gabriela Boquin, “Responsabilidad de los directores. Presupuestos”, en Diego A. J. Duprat (director), *Tratado de los conflictos societarios. Tomo III*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, p. 2031; Alberto A. Romano, “Acciones de responsabilidad. Exención y extinción de responsabilidad”, en Diego A. J. Duprat (director), *Tratado de los conflictos societarios. Tomo III*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, p. 2.292; Ernesto E. Martorell, “El Código Civil y Comercial agrava la responsabilidad de los administradores de sociedades”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2291/2016; Lisandro A. Allende, “Poniéndose del lado equivocado”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2161/2019.

8 V. Ricardo A. Nissen, “Interpretación...”, cit., p. 293; Ernesto E. Martorell, “Los administradores de sociedades ahora deberán responder por los malos resultados”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1521/2016 y “El Código...”, cit.; Gabriela F. Boquin, “Reformas a las acciones societarias y concursales según las normas del Libro III, Título V, Capítulo I del Código Civil y Comercial”, en *Cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, FIDAS, 2016, p. 277.

9 Rafael M. Manóvil, “Algunas incidencias del Código Civil y Comercial sobre la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, en *La Ley Online*, AR/DOC/3449/2016.

10 Ídem.

11 V. Aldo M. Azar y Federico Ossola, en Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), *Tratado de derecho civil y comercial. Tomo 3*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 199.

ren a la tesis restrictiva aluden al “daño indirecto” sin mayor explicación que el supuesto en sí. Por eso, no está claro si es una noción técnica o más bien descriptiva. Ante estas carencias normativas, es difícil establecer con certeza si lo que el *ámbito societario* entiende por daño indirecto es el previsto por el art. 1739.

Para quien el daño indirecto del art. 1739 contiene al daño que sufre el socio en forma *refleja* por el daño producido en la sociedad, no hay dudas respecto de que los socios pueden instar la acción individual de responsabilidad para que reparen aquel. Si, efectivamente, la norma se refiere a la lesión de un interés jurídico propio como consecuencia de la lesión de un bien jurídico ajeno, podría subsumirse el “daño indirecto societario” en el general. De ser así, habría una norma general que avala el inicio de la acción y ninguna norma especial que indique lo contrario.

Aun para quien no lo interprete de este modo, creo que hay otros argumentos. La relación entre una sociedad y sus socios es particular. Nada tiene de extraño que no esté entre los ejemplos habituales de los autores que analizan la responsabilidad civil. El sistema general de responsabilidad tiene que ser aplicado con adaptaciones en función de las particularidades de cada vínculo. La normativa permite que las personas humanas creen personas jurídicas. Por supuesto que debemos reconocer y respetar que hay un ente diferenciado de sus socios. No obstante, esa creación jurídica tiene que ser aprehendida en términos equilibrados. ¿Qué duda cabe sobre que un acto ruinoso del administrador contra el patrimonio de la sociedad puede afectar negativamente el valor de las participaciones de los socios? Es justamente por reconocer la personalidad jurídica que este daño puede ser calificado como “indirecto”. De otro modo, sería claro que es “directo”, en tanto inmediato, puesto que la acción dañosa del administrador se refleja automáticamente en los derechos patrimoniales del socio.

Un mismo hecho puede generar muchos damnificados. No obstante, no todo daño es jurídicamente resarcible. En tal sentido, no hay nada que temer porque un socio reclame la reparación del “daño indirecto”. Y no es cierto que no hay normas que avalen su pretensión. En realidad, al convalidar la reparación del daño indirecto del socio no haríamos más que aplicar el sistema de responsabilidad civil tal como está previsto en nuestra normativa común. La regla general es la del art. 1726 del Cód. Civ. y Com.: se indemnizan las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, excepto que haya una disposición legal en contrario. En el particular caso de los administradores societarios, la previsibilidad del daño para estos es idéntica respecto de los socios y de la sociedad, ya que el daño sobre esta última se *refleja* inmediateamente en el patrimonio de los primeros¹².

En síntesis, el denominado “daño indirecto” del socio es un perjuicio tangible y cuantificable (aunque no sea sencillo hacerlo, en su caso). El administrador que es civilmente responsable frente a la sociedad cubre todos los requisitos para serlo también respecto del socio, dada la particular vinculación entre la sociedad y los socios (o entre el patrimonio de aquella y el de estos). Para que este socio no sea reparado tendría que haber una norma expresa. Norma que no existe, por lo que no encuentro ninguna razón seria para derogar (implícitamente) el sistema general de responsabilidad.

Cabe agregar lo siguiente al análisis:

a) El art. 76, párr. 1.º, de la ley 26831, prevé para los accionistas de sociedades que hacen

12 V. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho...*, cit., p. 405.

oferta pública que “[...] la acción de responsabilidad prevista en el artículo 276 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, cuando correspondiere ser ejercida por los accionistas en forma individual, podrá ser ejercida para reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento del daño total sufrido por ésta o para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio”.

La importancia de la disposición está en que prevé el “daño indirecto” del socio de una sociedad y permite que el afectado inste una acción judicial para reparar su perjuicio. No obstante, dicha acción es calificada como social, lo que también permite utilizarla en contra de la tesis amplia. Podría argumentarse que solo mediante una norma explícita el socio podría reclamar el “daño indirecto”.

Lo significativo es el reconocimiento de este daño al socio en nuestro sistema. Al existir, no habría razones para no permitir el reclamo de su resarcimiento, atento a que no hay ninguna norma prohibitiva. También es relevante la admisión del reclamo de este daño en sociedades en las que puede haber miles de socios. Si la norma no produjo la temida parálisis de la administración por el temor a esas acciones o la huida de los administradores, cuánto menos cabe suponer que eso sucederá en sociedades cerradas.

b) No creo que exista el riesgo de superposición de acciones entre la social y la particular. Es claro que, si la sociedad es reparada, también lo estará el socio porque su participación social recobraría su valor. A su vez, de no haber acción social y sí, en cambio, acción individual del socio, aunque el valor de la participación no sea recuperado, el socio estaría reparado por los bienes que ingresan en su patrimonio personal. Lo complejo es qué sucede cuando ambas acciones son instadas a la vez. Es obvio que el administrador no va a afrontar una doble indemnización. Por consiguiente, habrá que vincular los procedimientos a través de la acumulación de acciones¹³, ya que habría un litisconsorcio entre el socio y la sociedad¹⁴. En cualquier caso, entiendo que es una cuestión de procedimiento que debe ser resuelta en cada supuesto, según sus particularidades.

c) El riesgo de que las minorías utilicen abusivamente este derecho existe, por supuesto. Con todo, no creo que pueda ser argumento para restringir el ejercicio de derechos. También existe el riesgo del abuso de las mayorías, y no por eso invalidaríamos el sistema de toma de decisiones basado en ellas. En todos los casos, es cuestión de analizar cada supuesto para establecer si hay un abuso. Por cierto, sería interesante poder medir qué produce más daños al sistema societario: si el abuso de las minorías o de las mayorías. Tanto se habla del primero para restringir y limitar acciones *a priori* sin verificar cuánto *perdemos* con un sistema que inutiliza a las minorías y las torna impotentes frente a la mayoría. ¿Qué incentivo puede haber para invertir en un sistema así? No tengo conocimientos especializados al respecto para dar una respuesta. Como sea, sin desmerecer la importancia del análisis de la eficacia del sistema, el respeto al derecho de propiedad de los socios y de no sufrir un daño antijurídico es suficiente, a mi juicio, para reconocer la acción por el “daño indirecto”. En particular, cuando, reitero, no hay ninguna norma explícita que indique lo contrario y, en su lugar, el sistema común de responsabilidad civil nos orienta en un sentido afirmativo.

¹³ V. Lisandro A. Allende, “Poniéndose del lado equivocado”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2161/2019.

¹⁴ V. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho...*, cit., p. 406.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES ORGÁNICOS DE LA SAS¹

Pedro Sánchez Herrero

SUMARIO

- A los administradores y representantes orgánicos de la SAS se les aplican las normas sobre responsabilidad de los gerentes de la S.R.L.
- La distribución de la responsabilidad entre los responsables prevista en el art. 157, párr. 4°, de la ley 19550 solo tiene efectos internos.
- Se aplica el mecanismo de exención de responsabilidad del art. 274, último párr., si la organización del órgano es colegiada y la decisión es tomada en reunión.
- Es irrazonable que los administradores de hecho respondan objetivamente porque su actividad es habitual (art. 52, último párr., de la ley 27349).
- Se aplica el sistema de los arts. 276 a 279 de la ley 19550 referido a las acciones de responsabilidad.
- El accionista de la SAS puede instar la acción social individual de responsabilidad, aun en supuestos no previstos expresamente por la ley 19550.

PONENCIA

1. Introducción

La ley 27349 incorporó la SAS como un nuevo tipo societario. A mi entender, la ley tiene un contenido confuso en varias de sus partes, empezando por cuál es la normativa aplicable. Con todo, el tema específico que trato en este trabajo no presenta este problema de base, puesto que es relativamente claro cuál es la normativa aplicable a la responsabilidad de sus administradores. Es decir, no presenta inconvenientes o vacíos mayores a los de otros tipos societarios.

2. Pautas fundamentales de responsabilidad de administradores y representantes de la SAS

Todas las dudas que genera la normativa aplicable a la SAS (fundamentalmente, por el confuso art. 33 de la ley 27349) *desaparecen* en lo que respecta a la responsabilidad de sus administradores y representantes. Es que el art. 52, párr. 1°, de la ley 27349 prevé lo que sigue: Deberes y obligaciones de los administradores y representantes legales. Les son aplicables a los administradores y representantes legales los deberes, obligaciones y responsabilidades que prevé el artículo 157 de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984. En su caso, le son aplicables al órgano de fiscalización las normas previstas en la mencionada ley, en lo pertinente.

La norma es precisa y despeja cualquier vacilación respecto de la posible *autonomía* de la SAS en el tema. Quiero decir que es claro que en esta materia rigen las normas de la gerencia.

¹ Basada en el siguiente artículo de mi autoría: "Responsabilidad de los administradores y representantes orgánicos de la SAS", en *La Ley Online*, AR/DOC/1786/2021.

Los deberes generales de conducta de estos administradores son idénticos a los de las otras sociedades, conforme con lo establecido en el art. 59 L.G.S. A su vez, a los gerentes se les aplican las obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades de los directores de sociedades anónimas (art. 157, párr. 3°, L.G.S.). Esto hace aplicables normas tales como la prohibición de contratar con la sociedad, votar con interés contrario o competir (arts. 271, 272 y 273, L.G.S., respectivamente) también a los administradores de la SAS.

En lo que tiene que ver con la estructura y el funcionamiento de los órganos en la SAS cabe tener presente lo previsto en el art. 49, párr. 1.º, de ley 27349. De acuerdo con este, son aplicables supletoriamente las normas de la S.R.L. y las generales de la L.G.S. con respecto a la estructura orgánica de la sociedad y demás normas sobre el funcionamiento de los órganos sociales. En consecuencia, las disposiciones del estatuto prevalecen con respecto a las normas de la L.G.S. (en particular, de la gerencia de la S.R.L.). Con todo, recordemos que los socios de la S.R.L. tienen mucha libertad para organizar la gerencia. Aun así, es mayor todavía en la SAS, empezando por el hecho de poder prever dos órganos diferenciados de administración y representación.

Respecto de esto último, pese a ser único respecto de los otros tipos societarios, las normas sobre responsabilidad son suficientemente amplias para poder resolver toda situación práctica. En definitiva, tanto el art. 59 como el 157 de la L.G.S. obligan a analizar la conducta de cada integrante del órgano en el supuesto dado. Dicho de otro modo: un administrador o representante no es responsable por ocupar un cargo. Lo será si su comportamiento no es acorde con la lealtad y diligencia debidas. De modo que, en principio, habrá que analizar en cada caso quién intervino en el acto (o si omitió una conducta debida) para determinar si es responsable. En este sentido, tener órganos diferenciados solo puede facilitar el análisis.

3. Responsabilidad en función de la organización

La norma especial más significativa respecto de la responsabilidad de los gerentes es la prevista en el art. 157, párr. 4°, L.G.S. Esa establece ciertas reglas generales razonables, pero prevé una facultad judicial poco clara, que es la de “fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios” cuando más de un administrador participa en el hecho antijurídico, según cuál fue su actuación personal.

Literalmente, la norma indicaría que, ante un hecho dañoso del que participa más de un administrador, un juez podría distribuir la responsabilidad a los efectos de reparar el perjuicio². Si esta fuese la interpretación de la disposición, sería completamente asistemática. Por un lado, porque las normas generales sobre la responsabilidad civil prevén que todos los causantes de un daño afrontan la totalidad del daño respecto de terceros (art. 1751 del Cód. Civ. y Com.). Por otro lado, las normas especiales sobre la responsabilidad de los administradores disponen que es solidaria e ilimitada (arts. 160 del Cód. Civ. y Com. y 59 de la L.G.S.).

Lo razonable y coherente es que esta facultad judicial de distribuir la responsabilidad solo tenga efectos *internos*. Es decir, que, frente a terceros, la responsabilidad sea solidaria. Como siempre. Esta interpretación hace intrascendente la disposición analizada. Así no lo estableciese, el administrador también podría repetir lo pagado en exceso, conforme con

² En el sentido de que la facultad judicial de distribuir la responsabilidad de los gerentes tiene efectos respecto de terceros: Ricardo L. Gulminelli, *Elementos del conflicto societario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2011, p. 280; Mauricio Boretto, *Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 119.

las normas generales sobre responsabilidad solidaria. Por consiguiente, es obvio que el juez podría establecer el grado de participación de cada administrador a tal efecto. Pese a esto, lo cierto es que la otra interpretación es absurda (o más absurda aún). Como señalé, la regla general y la especial determinan que los administradores son solidariamente responsables cuando participan de un hecho dañoso. Sin embargo, por el solo hecho de ser gerente de una S.R.L., un sujeto podría sustraerse a esas normas y responder frente a terceros en proporción a su participación en el acto³.

4. Exención de la responsabilidad

Eximir es librar de cargas, obligaciones o culpas. Utilizo este término como comprensivo de todos los supuestos en los que un administrador no es responsable de actos del órgano o de otros administradores que generan responsabilidad civil. También en materia de exención de responsabilidad de los administradores de SAS aplicamos las normas de los gerentes que, a su vez, están relacionadas con las de los directores. El directorio de la S.A. tiene prevista la exención de la responsabilidad en el art. 274, último párr., L.G.S.

A mi entender, esa norma regula una noción limitada de la exención, reducida a designar una de esas formas con las que el administrador exime su responsabilidad. El directorio de la S.A. es un órgano colegiado, por lo que las decisiones, se supone, son tomadas en reuniones. El art. 274 L.G.S. está pensado para esta situación. De allí que la norma trate la forma de exención propia de ese tipo de decisiones. Sería la exención en sentido estricto, por la cual, en esencia, un director exime su responsabilidad si deja constancia escrita de su protesta y denuncia el hecho al órgano de control o, a falta de este, al de gobierno. Lo previsto en esa norma es aplicable al órgano de administración colegiado de la SAS.

Sin embargo, hay muchos actos del órgano de administración que dañan a la sociedad que no son resueltos en una reunión del órgano (por ejemplo, que un administrador sustraiga bienes de una caja de seguridad). Por eso, el catálogo de actos (por comisión u omisión) que pueden generar responsabilidad en los administradores excede el supuesto de la decisión tomada en una reunión del órgano. Sería irrazonable que el administrador no pueda librarse de la responsabilidad simplemente porque solo está prevista la exención para ese supuesto. De ahí que distingo la exención en sentido amplio del estricto.

La exención del art. 274 puede ser tomada como referencia sobre la conducta diligente y leal de los integrantes del órgano de administración y aplicarse, con sus adecuaciones, a otros supuestos de organización del órgano. En todos los casos, habrá que tener presente que el administrador responde por un hecho propio (comisivo u omisivo), y no por uno ajeno. Así, si el órgano es plural, el administrador que no denuncia la falta de otro incurre en culpa propia, violando el deber de lealtad impuesto por el art. 59 L.G.S. Si, pese a no ser colegiada, los hechos surgen de una reunión del órgano de administración, también queda exento si deja constancia de su disconformidad en las actas respectivas, dando noticia a la sindicatura o, en su defecto, a los socios. Se trata, en definitiva, de que quien desee verse liberado de la responsabilidad deje asentada expresamente su posición personal y su protesta por la actitud omisiva o negligente de los otros administradores, de modo tal que esto pueda ser considerado por los socios.

Para finalizar, cabe hacer una aclaración. Decir que el administrador puede eximir su res-

³ V. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho Societario. Parte general. Los órganos societarios. Tomo 4*, Buenos Aires, Heliasta, 1996, p. 353.

ponsabilidad en un sentido amplio no implica presumirla ante todo hecho dañoso de la administración de la sociedad. Siempre hay que probar su conducta antijurídica. Más allá de la directa aplicación del mecanismo para los supuestos de decisiones tomadas en reuniones del órgano colegiado, su utilidad como instituto entendido en un sentido amplio está, fundamentalmente, en la responsabilidad por omisión. También, cuando es razonable entender que hay una decisión dañosa del órgano que no fue *formalizada* en un acto jurídico (tal el supuesto de una empresa que registra defectuosamente a sus empleados en forma general y por años). En todos los casos, el administrador tiene que actuar con lealtad y diligencia y esto requiere una conducta positiva para tratar de evitar el daño. Si no se da ninguno de los supuestos mencionados, el administrador nada tiene que hacer para eximir su responsabilidad porque, simplemente, no habrá conducta antijurídica de su parte.

5. Extinción de la responsabilidad

La extinción de la responsabilidad de los gerentes (y, por ende, de los administradores de la SAS) no tiene ninguna norma especial en el régimen de la S.R.L. Por consiguiente, debemos recurrir a la norma sobre extinción prevista para los directores en el art. 275 L.G.S. Por un lado, la remisión es expresa en el caso de la gerencia colegiada (art. 157, párr. 4°, L.G.S.). No parece razonable hacer una diferencia en este sentido con otro tipo de organización de la gerencia si, en definitiva, el modo de organizarla no incide sobre la norma de extinción de la responsabilidad. Además, la aplicación de los derechos y obligaciones de los directores a los gerentes (art. 157, párr. 3°, L.G.S.) fundamenta el uso del 275⁴, puesto que la responsabilidad puede considerarse un aspecto relacionado con las obligaciones del administrador. Y la posibilidad de su extinción puede ser entendida, incluso, como un derecho del mismo. Por último, dado el vacío legal, la aplicación por analogía es razonable.

6. Responsabilidad de administradores y representantes de hecho

La normativa de la SAS tiene una disposición relativamente novedosa respecto de los administradores y representantes de hecho. Es el art. 52, último párr., de la ley 27349, que cito a continuación:

Las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual.

Las figuras del administrador de hecho y del representante orgánico de hecho tienen como característica común que son sujetos que cumplen esas funciones, pese a no estar formalmente legitimados para hacerlo⁵. Pese a no contar con un régimen general, entiendo que el administrador y el representante de hecho son conceptos predicables y con consecuencias en toda especie de persona jurídica.

Como pauta general, lo que sucederá cuando haya un administrador o un representante orgánico de hecho será la aplicación de las mismas normas que se utilizarían de haber sido un administrador o un representante orgánico de derecho. En materia de responsabilidad, esto supone que los terceros podrán reclamar a la persona jurídica las consecuencias daño-

4 V. cit., p. 416.

5 V. Gabriela S. Calcaterra, *La responsabilidad civil en los grupos de sociedades*, Buenos Aires, Ábaco, 2007, p. 212.

sas de lo actuado por sus administradores y representantes orgánicos de hecho en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 1763 del Cód. Civ. y Com.). Además, pueden dirigir sus acciones contra el administrador o el representante orgánico de hecho por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión (art. 160 del Cód. Civ. y Com. y 59 L.G.S.). Con respecto a la persona jurídica y sus miembros, el administrador y el representante orgánico están sujetos a las mismas acciones de responsabilidad que los administradores de derecho.

El art. 52, último párr., de la ley 27349 es útil para nuestro sistema porque establece expresamente la pauta general implícita que señalé, pero limitada a la cuestión de la responsabilidad: al administrador de hecho se le aplicarán las mismas responsabilidades que a los administradores de derecho. La disposición prevé dos supuestos, que son los siguientes:

a) El de las personas humanas que no son administradoras o representantes legales y las personas jurídicas que intervienen en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad.

b) El de las personas humanas que no son administradoras o representantes legales y las personas jurídicas que tienen una actuación administrativa habitual.

Con respecto a *a*, recordemos que en la SAS solo pueden ser administradores y representantes las personas humanas. De allí que no sea necesario aclarar que la consecuencia de la norma se aplicará a las personas jurídicas “sin ser administradoras o representantes legales” como lo prevé para las personas humanas. De modo que quedan incluidas las personas jurídicas cuyos representantes realicen actos de gestión, administración o dirección. La consecuencia, como dije, será la aplicación de las mismas normas sobre responsabilidad que tienen los administradores de derecho. Para que suceda, esos sujetos deben realizar una “actividad positiva” de gestión, administración o dirección, expresión que refiere a una conducta comisiva (lo que descarta la responsabilidad por omisión).

En cuanto a *b*, ya no trata del sujeto que realiza alguna “actividad positiva” para la sociedad, sino al que tiene una actividad habitual como administrador hecho. Lo controvertido es la consecuencia: se extiende su responsabilidad a los actos del órgano de administración en los que no intervinieron. Literalmente, la extensión de responsabilidad es a todos los actos. Esto implicaría una responsabilidad objetiva, puesto que la habría aun sin una conducta desleal o negligente. En este sentido, ni siquiera los administradores formales tienen ese grado de responsabilidad por el solo hecho de administrar habitualmente la persona jurídica. Así, en un órgano de administración de actuación indistinta, el responsable es el que realiza el acto; no todos los integrantes habituales del órgano. Recordemos, en este sentido, que el art. 157, párr. 4.º, L.G.S. (al que remite el art. 52, párr. 1.º, de la ley 27349) establece que los gerentes responden individual o solidariamente, según la organización de la gerencia.

La interpretación más razonable y coherente con el sistema es que esa extensión de responsabilidad debe hacerse dentro del marco de las pautas generales de responsabilidad de los administradores societarios. Por consiguiente, no basta con que haya actividad habitual; es necesaria la conducta antijurídica para que sea responsable⁶. Dado que la norma refiere a los actos en los que no intervinieron, esa conducta solo podría hacerlo responsable si es una omisión culpable. No obstante, reitero que la literalidad de la norma permite inter-

6 V. Julia Villanueva, “El administrador de hecho en la SAS”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2213/2019.

pretar que hay una responsabilidad objetiva, impuesta como sanción por la actuación sin designación formal (como el supuesto del socio comanditario que ejerce la administración con habitualidad, según el art. 137, párr. 2º, L.G.S.)⁷.

7. Acciones de responsabilidad

7.1. Acción social

En cuanto a la acción social de responsabilidad (esto es, la que tiene como objeto prevenir o resarcir el daño de un administrador al patrimonio social), vimos que, en materia de responsabilidad civil de administradores y representantes de SAS, hay una reiterada vinculación en la ley con los gerentes de la S.R.L. Sin embargo, llegar a instar una acción social es un acto complejo que involucra distintos aspectos de la organización de la sociedad. Me refiero a que la regla es tratar la cuestión en el órgano de gobierno. Y establecer las normas sobre este y su relación con los otros órganos no es nada sencillo en la SAS. Puntualmente, no hay en esa materia una remisión obligatoria a las normas sobre la S.R.L. como la hay para los deberes y la responsabilidad de los administradores de la SAS. Por lo tanto, muchos aspectos del tema pueden variar según el estatuto de la sociedad.

Hecha la prevención, entiendo que es razonable aplicar lo previsto respecto de la acción social de responsabilidad contra los gerentes de la S.R.L. Ese régimen, a su vez, está diseñado, fundamentalmente, a partir de las normas especiales de la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas. Estas tienen previsto un sistema en los arts. 276 a 278 L.G.S. que es sumamente controvertido. Paso a señalar algunas cuestiones fundamentales de la acción social.

A) Si la sociedad la pretende instar, el punto de partida es una resolución del órgano de gobierno (art. 276, párr. 1º, L.G.S.). El administrador no puede votar como socio (art. 241 L.G.S., por remisión del art. 157, párr. 3º, L.G.S.). La aprobación del inicio de la acción de responsabilidad implica la remoción automática del administrador o representante (art. 276, párr. 1º, L.G.S.).

B) Con respecto a la legitimación a otros sujetos que no sean la sociedad para instar la acción, simplificando, hay dos tesis: una restrictiva y otra amplia. La primera la limita a los supuestos literalmente establecidos en la ley. Más en particular, a las normas expresas para los directores de sociedades anónimas (puesto que no hay otras). Me refiero a los siguientes supuestos de la L.G.S.:

1. La instada por un accionista por el transcurso de 3 meses (art. 277).
2. La iniciada por el socio que se opuso a extinguir la responsabilidad (art. 276, párr. 2º).
3. La instada por el “representante del concurso” o, en su defecto, por los acreedores individualmente en ocasión de la quiebra de la sociedad (art. 278).

Adhiero a la tesis amplia, que legitima a los socios (en este caso, de la SAS) a iniciar acciones sociales, pese a no ajustarse estrictamente a lo previsto en una norma expresa de nuestro sistema. Por cuestiones de espacio, no puedo profundizar en las razones.

C) En los supuestos previstos en 1 y 2 que anteceden, el socio no tiene nada más que hacer para instar la acción social (si cumple con los requisitos de esas disposiciones, por supuesto). En su lugar, cuando se trata de situaciones no previstas legalmente, debe agotar la vía interna. El socio debe lograr que el órgano de gobierno considere la responsabilidad del ad-

⁷ V. Alejandro H. Ramírez, SAS. *Sociedad por acciones simplificada*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 256.

ministrador y el inicio de la acción social. Si la moción no es aprobada, estarían legitimados para instar la acción social de responsabilidad, por lo menos, los socios que votaron a favor, así como los ausentes. Otro tanto creo respecto de los abstenidos. Su no manifestación en contra de la responsabilidad hace que no haya contradicción con sus propios actos al momento de instar la acción social. En ocasiones, las circunstancias permiten sostener la previsible ineficacia de los actos tendientes a lograr la resolución de responsabilidad. En virtud de ello, podría excusarse al socio de agotar la vía interna. Sin embargo, creo que esto debe ser excepcional.

Por otro lado, el socio que pretenda instar la acción social debe impugnar la resolución del órgano de gobierno cuando rechaza esa moción. Es decir, tiene que impugnar el acto del órgano de gobierno antes o simultáneamente con el inicio de la acción social de responsabilidad. Si se trata de uno de los socios que se opuso a la extinción de la responsabilidad, no es necesaria la impugnación porque la ley lo legitima sin más (además de que no hay extinción de la responsabilidad cuando sucede esa oposición). No así en los otros supuestos (por ejemplo, un socio ausente), dado que sería contradictorio que exista una resolución que extingue la responsabilidad cuya validez no sea cuestionada.

7.2 Acción individual o particular

En lo que respecta a las acciones individuales de responsabilidad, no hay mayores diferencias con los otros tipos societarios. Cualquier damnificado que no sea la sociedad puede instar acciones de responsabilidad contra los administradores, sin tener que cumplir ningún requisito especial con respecto a otras acciones de responsabilidad. La gran mayoría de las sentencias de nuestra jurisprudencia que admiten acciones individuales son, lamentablemente, las del ámbito laboral. En general, por el indebido registro de la relación laboral. En realidad, son también mayoría si computamos todo tipo de acciones de responsabilidad contra administradores. Por otro lado, al igual que en las otras sociedades, habrá controversia en la SAS sobre si el socio puede instar una acción individual para reclamar el denominado “daño indirecto”. Este concepto abarca distintos perjuicios a los socios. El más significativo es el del menor valor de las participaciones sociales a raíz del perjuicio producido al patrimonio social por la acción u omisión indebida del administrador. Me inclino por la procedencia de esa acción del socio como acción particular, pero, de nuevo, excedería la extensión razonable de este trabajo por lo que no trataré los argumentos para llegar a esa conclusión.

¿PUEDEN DEJARSE SIN EFECTO LOS DEBERES DE LEALTAD Y DILIGENCIA EN LAS SAS?

Lorena R. Schneider

1. Notas iniciales

Poco expresa la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) con relación a los administradores sociales en la Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) más que: *“la administración social estará a cargo de una o más personas humanas, socios o no, designados por plazo determinado o indeterminado en el instrumento constitutivo o posteriormente”*, a lo que adicionalmente dispone: *“les son aplicables a los administradores y representantes legales los deberes, obligaciones y responsabilidades que prevé el art. 157, de la Ley N^o 19.550”*.

Precisamente, el art. 157, LGS hace ver que los gerentes tienen los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que los directores de la Sociedad Anónima, no pueden participar por cuenta propia o ajena, en actos que importen competir con la sociedad, salvo autorización expresa y unánime de los socios. Establecido ello, cabe admitir que el régimen aplicable a los administradores de las SAS será finalmente el contemplado por los arts. 59 y 274, LGS, ccchts.

El escaso marco regulatorio pone en resalto la necesidad de analizar algunos interrogantes: ¿Podrán los socios en la SAS prescindir de un órgano de administración? La propia LACE en el art. 49 dispone que: *“los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales*. La norma es imperativa, no pudiendo las partes prescindir de tal órgano.

En este escenario, cabe indagar ¿Podrán los socios en las SAS –o en cualquier otro tipo societario? *reglamentar contractualmente* los deberes a cargo de los administradores de manera general? ¿Podrán disponer de los deberes de lealtad y diligencia? Más aún ¿Qué ocurre si la sociedad resultare beneficiada con el actuar desleal del administrador?

La respuesta no es tan simple: la potestad de reglamentar tales deberes encuentra su razón de ser en las siguientes premisas básicas: (i) la *autonomía de la voluntad*, naturalmente sometida a límites, pero no sin antes cumplir con el orden de prelación normativo de la misma LACE dispone, y (ii) el *tipo de conducta que se desee reglar o dejar de lado* (negligencia, culpa o dolo), en tanto no toda acción u omisión del administrador podrá ser válidamente dejada de lado. Esto último cobra mayor relevancia si tenemos especialmente en cuenta que la responsabilidad de los administradores es *subjetiva y personal*, en tanto importa la conducta del sujeto para atribuirle tal responsabilidad.

De modo preliminar cabe admitir que el principio de la autonomía privada nunca podrá ser absoluto, se encuentra limitado –al menos-, por el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Este instituto ampliamente reconocido y que tanta importancia tiene hoy encuentra como antecedente al art. 1134 del Código Civil francés que expone: *“las convenciones legalmente formadas tienen lugar de ley”*. Nuestro ordenamiento lo recoge en gran cantidad de nor-

mas y encuentra asimismo reconocimiento expreso en la Carta Magna (art. 19¹). Es una posición jurídica, y como tal integra el concepto de propiedad constitucionalmente protegida (art. 17 CN). El contrato importa la disposición de derechos y en este sentido es asimilable a la propiedad². Por su parte, el CCyCN sancionado en el año 2015 no en pocas de sus normas hace prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes. ¿Cuáles son, entonces, las limitaciones a la autonomía de la voluntad?

La fuerza obligatoria del contrato podrá ceder si las partes han echado mano a normas imperativas o indisponibles, atendiendo al plexo de normas contenidas en el CCyCN que en conjunto deberán allí observarse: *orden público* (art. 12), *renuncia de ley* (arts. 13 y 944), *nulidad absoluta y relativa* (art. 386), *libertad de contratación* (art. 958), *efecto vinculante* (art. 959), *carácter de las normas legales en los contratos* (art. 962, que establece las normas supletorias), *prelación normativa* (art. 963) y *derecho de propiedad* (art. 965). Los efectos de haber acudido a normas imperativas o indisponibles dependerán de los intereses tutelados -privados o el interés general-, (*nulidad absoluta o relativa*, art. 386). A ello puede añadirse la anulación del contrato viciado de lesión (art. 332) o un contrato celebrado en violación al art. 10 (*abuso del derecho*), o que contenga *cláusulas abusivas* (art. 1118 y s.s.) o *con abuso de la posición dominante* (art. 11).

No solo ello, los límites a la autonomía de la voluntad surgen una cantidad suficientes de importantes otras disposiciones como son (art. 9: *los derechos deben ser ejercidos de buena fe*; art. 729: *deudor y acreedor deben actuar con cuidado y previsión (buena fe)*; art. 961: *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe*; art. 1061: *el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe*). El fundamento -además-, lo encontramos en el *Principio de conservación del contrato (favor contractus)*, dispuesto en el art. 1066) y hasta en el *Principio de protección de la confianza (favor debitoris)*: confianza y lealtad que se deben recíprocamente las partes -art. 1067), si tenemos especialmente en cuenta que las primeras intérpretes del contrato son, precisamente, las partes.

A todo ello deben adicionarse -claro está-, por imperio del art. 150, del CCyCN, las normas imperativas de la ley societaria que rigen para las SAS, v. gr. arts. 1 (*tipicidad*), 13 (*estipulaciones nulas*) 16, 17, 18, 19 y 20 (*régimen de nulidad*), 54 (*dolo o culpa del socio o controlante e inoponibilidad de la persona jurídica*), 58 (*actos notoriamente extraños al objeto social*), 94, inc. 5° (*disolución por pérdida de capital social*), 96 (*pérdida del capital*), entre otras. Casi podría decirse que es únicamente con relación a los arts. 18, 19 y 20 y los relacionados con el capital social -antes indicados-, donde encontramos -en materia societaria-, al orden público societario tan debatido.

A tal punto es discutido el orden público en materia societaria que se advierte que el mismo se activa casi de modo exclusivo cuando entren en puja o se encuentren comprometidos intereses de los terceros o exista probabilidad de ocasionales un daño.

En consecuencia, la autonomía no es ni puede ser ilimitada; por el contrario, está sometida a claros y definidos límites, dirigidos a la tutela de los intereses generales (aspecto social de la autonomía de la voluntad) y de los intereses de los terceros, los cuales no se podrían

1 Art. 19, CN: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

2 LORENZETTI, Ricardo, L, "Tratado de los Contratos. Parte General", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 117 y sgtes.

dejar a merced de la voluntad del individuo³.

3. ¿Podrá ser reglado contractualmente el deber de diligencia?

El deber de diligencia (*duty of care*) tiende a evitar que los administradores conduzcan negligentemente la empresa. Ello se da cuando aquellos prefieren dedicar más tiempo a sus intereses personales y prestar menos atención a la gestión encomendada por los socios y desarrollar una gestión más diligente. Este deber persigue el grado de dedicación al trabajo que exhiban los administradores en sus funciones de administrar la sociedad. La diligencia requerida a un administrador es una diligencia que se adecúa al tiempo y lugar y, si bien se le puede reclamar éxito en su gestión, jurídicamente el éxito o fracaso no es un parámetro de conducta; el beneficio o pérdida no es relevante para el orden jurídico⁴.

El derecho norteamericano ha definido las infracciones del deber de diligencia y, su consecuente responsabilidad ante la sociedad. En un importante fallo "*Francis v. United Jersey Bank*"⁵, se distinguieron las conductas que deben seguir los directores: a) obtener un mínimo de conocimiento del negocio; b) mantenerse informado acerca de las actividades desarrolladas por la sociedad; c) monitorear e inmiscuirse en las actividades y cuestiones vinculadas con la sociedad; d) atender a las reuniones de directorio en forma regular; e) revisar la situación financiera de la sociedad regularmente; f) requerir información sobres cuestiones dudosas, y por último g) objetar actos presuntamente ilegales.

En tal sentido, el deber de diligencia, surge en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, del art. 1763, del CCyCN, en tanto establece: "*La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o en ocasión de sus funciones*"(-Nótese el sensible avance en la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica, en atención al art. 43, del código de Vélez -ley 17.711-, que establecía: "*no se puede ejercer contra personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, individualmente, hubieren cometido delitos que redunden en beneficio de ellas*").

En ese sentido, cabe sostener que el art. 1763 antes citado ha zanjado el camino para que el Proyecto de Ley de Reformas a la LGS haya ensayado el art. 59, quinquies, que de expreso modo fija el carácter de dicha responsabilidad en los siguientes términos: "*los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido -su obligación es de medios-, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, sin diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible objeto de la resolución respectiva*". La señalada norma -el art. 1763 del CCyCN-, tiene singular relevancia dado el sistema de prelación de normas fijado por el art. 150, del CCyCN.

¿Podremos reconocer la regla de discrecionalidad empresarial o Business Judgment Rule en una SAS? El art. 59 quinquies proyectado, entonces, no hace más que receptar de modo expreso la regla de la discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*), aun cuando pueda válidamente sostenerse que en el ordenamiento argentino se encuentra tácitamente admitida, en tanto sus elementos (buena fe, diligencia e información suficiente), surgen y se identifican con los deberes establecidos en nuestro sistema jurídico de normas tanto de la LGS, como en el CCyCN.

3 MESSINEO, Francesco, "*Manual de Derecho civil y Comercial*", t. II, ed. Jurídicas Europa-América, Bs.As.1979, p. 340.

4 Gagliardo, *Sociedad hueca*, ED, 182-519.

5 *Francis v. United Jersey Bank*, 432 A, 2d 814 (N.J.1981).

Dado que el deber de diligencia de los administradores es una obligación de medios⁶ y no una obligación de resultados, se comprende fácilmente que la jurisprudencia –norteamericana-, creara tempranamente la regla del juicio empresarial (*Business Judgment Rule*), que tiene, precisamente, por objeto limitar el control judicial de las decisiones empresariales. La regla establece que *los jueces no revisarán materialmente (su “calidad”), las decisiones de carácter empresarial (“decisiones estratégicas y de negocios”), tomadas por los administradores sociales (y los administradores no responderán por los daños que haya podido sufrir la sociedad), si el administrador ha tomado determinados recaudos*⁷, que veremos más adelante⁸.

En otras palabras, cuando el administrador actúe con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia ni, por ende, responsabilidad. Por tanto, la regla hace suponer que cuando un administrador ha tomado una decisión empresarial lo ha hecho con la suficiente información, de buena fe y considerando honestamente que la decisión es beneficiosa para los intereses de la sociedad; y, por esa razón, se establece que cuando un administrador ha actuado de esa manera, los jueces no deberán intervenir *a posteriori* sobre la operación o actuación en cuestión imponiendo su criterio, aun cuando las decisiones adoptadas por los administradores no hubieren sido muy acertadas⁹.

Así, el deber de diligencia puede ser atenuado porque la misma ley se ha encargado de así establecerlo posibilitando la eximición de responsabilidad (art. 274, 3er. párr.) o su extinción (art. 275). En ausencia de previsión estatutaria, el CCyCN, art. 158, fija las reglas de la asamblea autoconvocada y con voto unánime que puede perfectamente funcionar para subsanar los actos aquí analizados, incluso el caso del art. 159, del CCyCN, para el caso del administrador con interés contrario. Otro tanto ocurre con la posibilidad de que una asamblea posterior revoque un acuerdo impugnado (254).

No obstante ¿Podrá ser reglamentado contractualmente el deber de diligencia? La respuesta es afirmativa, pero, sin embargo, presenta singularidades razón por la cual no podrá convertirse en una fórmula general o absoluta.

El deber de diligencia *podrá ser razonablemente reglado en ciertos y determinados casos*, por ejemplo: (i) cuando el administrador deba adoptar alguna decisión que –dada la fuerte presión temporal-, implique no contar con toda la información necesaria o suponga autorizarlo a no seguir íntegramente todos los procedimientos predispuestos legal o estatutariamente; (ii) si la sociedad le dispensare de la obligación de realizar las reuniones directoriales que debe llevar a cabo –al menos-, cada tres meses (conf. art. 267, LGS); (iii)

6 La responsabilidad subjetiva parte del elemento personal que se refiere precisamente a la negligencia, culpa o dolo en contraposición a la responsabilidad objetiva en donde hay una ausencia de ese elemento subjetivo y el elemento del que se parte es objetivo, precisamente el uso de cosas peligrosas, el daño que por ese uso se cause. La responsabilidad es personal. El elemento personal es lo que importa (negligencia, culpa o dolo).

7 Alfaro, *Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial*, en Alfaro, *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, p. 325.

8 El derecho español en el art. 226, fija expresamente la protección de la discrecionalidad empresarial al disponer que el deber de diligencia se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal..., con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230. Este último artículo, establece el régimen de imperatividad y dispensa que se analiza punto “Lealtad, imperatividad y dispensa”, de la presente obra. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>.

9 Illinois Appellate Court *Shlensky v. Wrigley* (1968) y Supreme Court of Delaware, in re *Aronson v. Lewis* (1984). Una recepción explícita de esta regla –que por cierto no ha sido recogida en ninguna Corporate Law estatal ni en el RMBCA-, se observa en el ámbito de buen gobierno corporativo en la sección §4.01 Principles ALLI.

cuando se lo autorice a presentar los estados contables fuera del término establecido por el art. 234, in fine, LGS, etc; (iv) cuando se pacte eximirlo de responsabilidad para casos de error humano u otras causas imprevisibles que pudieran impactar en su accionar.

Como puede verse, se trata ni más ni menos que *se graduar o atemperar el deber de diligencia* exigible al buen hombre de negocios, siendo ello perfectamente válido, en tanto y en cuanto no contradiga u ofenda el ordenamiento jurídico.

4. ¿Podrá ser reglamentado el deber lealtad? ¿Podrá pactarse la “irresponsabilidad” o la “no responsabilidad” en caso de dolo o la culpa grave?

El deber de lealtad reconoce en el *interés social*, un principio rector absoluto e indisponible de la relación entre el administrador y la sociedad como bien jurídico superior de la organización al que el administrador ha de dirigir su actuación.

El deber de lealtad (*duty of loyalty*) tiende a evitar, según lo que la expresión de Llebot Majo, que los administradores, por muy diligentes que éstos sean obtengan cualquier beneficio a expensas de la sociedad en un conjunto de situaciones, excluidas las comprendidas en el deber descripto precedentemente, en las que está presente un conflicto entre éstos y el de la sociedad cuya empresa administran¹⁰.

Como puede verse, este deber –a diferencia de lo que ocurre con el deber de diligencia-, tendrá, en casi todos los casos, *contenido económico*, en tanto aquel deber alude a la confianza como valor económico. Quien celebre contratos no autorizados por la sociedad (art. 271), tuviere un interés contrario al de ella (art. 272) o compita con el ente (art. 273), inevitablemente se beneficiará o buscará beneficios económicos para sí o para terceros a él vinculados, lo que se traduce no solo en la obtención de dichos provechos sino –en algunos casos-, en pérdidas para la sociedad que el administrador representa y decidió anteponer sus propios intereses postergando el interés social.

El *Code civil* francés no reguló expresamente las cláusulas modificativas de la responsabilidad, sistema que posteriormente fue replicado en Italia en el *codice civile* de 1865¹¹. Ello significa que aun en ausencia de normas implícitas o explícitas del código, ordenamientos como el francés y el italiano anterior al del 1942 adoptaron directamente la regla con base en los postulados de la tradición romana. Esto es, con fundamento en la contrariedad de este pacto al orden público, a las buenas costumbres y al principio de buena fe contractual¹². En efecto, un pacto que permita al deudor exonerarse de responder por una conducta que implica mala fe contraría las obligaciones de corrección y colaboración que deben existir entre deudor y acreedor.

Llegados aquí cabe preguntarse ¿Podrá pactarse exonerar de responsabilidad al administrador que actuó con dolo o culpa grave?

Nuestro ordenamiento regula expresamente la *dispensa anticipada de la responsabilidad* en los siguientes términos: “*Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las*

¹⁰ Llebot Majo, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, p. 57.

¹¹ MENICHINO, C, cit., p. 7. Dolo que, bajo la idea de mala fe, engaño o fraude, es entendido en materia de cumplimiento contractual como la voluntad de incumplimiento consciente del daño y constituye un criterio de imputación de la responsabilidad.

¹² CECCHERINI, G, “*Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*”, Torino, 2008, p. 10. M. Bianca. *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano 1994, p. 65.

personas por las cuales debe responder" (art. 1743, CCyCN). La indicada norma no podrá –en virtud del art. 13, CCyCN) ser renunciada sencillamente por estar *prohibida* la limitación de los supuestos de actuación allí dispuestos.

Ello supone que serán nulas (y lo serán por objeto prohibido¹³): (i) cláusulas contrarias al orden público (arts. 11 y 12); (ii) cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles; (iii) cláusulas que atenten contra la buena fe (art. 9); (iv) cláusulas abusivas o que excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 10); (v) cláusulas que liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo (art. 1743). Aquí queda comprendida también la noción de culpa grave¹⁴ por resultar asimilable al dolo. Tal es así que muchas de las veces resultará extremadamente dificultoso distinguir las conductas constitutivas de uno y otra.

Al respecto se ha dicho la culpa grave debe razonablemente ser asimilada al dolo a la hora de calibrar la validez de estas cláusulas. Lo contrario importa una claudicación del sistema, dada la muy difícil prueba del dolo del deudor, que pesa sobre el acreedor, que en los hechos posibilitaría que muchos incumplimiento dolosos pudieren –por falta de dicha prueba– ser reputados culposos. Y, por lógica consecuencia, que sus consecuencias puedan resultar alcanzadas por la cláusulas limitativa de responsabilidad. La dispensa anticipada de la culpa grave atenta contra la esencia misma del concepto de obligación, posibilitando desde el principio una fácil liberación del deudor que el derecho no puede consentir¹⁵.

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad procedentes del dolo son contrarias al *orden público económico*, porque, siendo el dolo el máximo grado de incumplimiento posible de una obligación, dichas cláusulas su ponen eximir al deudor de todo tipo de responsabilidad por la falta de cumplimiento de aquella (si éste no responde del incumplimiento doloso, con mayor razón no responderá del incumplimiento culposo o negligente). Estas cláusulas suponen, pues, un ataque frontal a la figura del contrato concebido como un precepto de autonomía privada¹⁶. Observa Díez – Picazo y Ponce de León, "que las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo deben considerarse como inadmisibles, pues supondrían permitir la libre comisión de un ilícito^{17 18}".

¿Significa, entonces, que en nuestro derecho no podrá reglamentarse o pactarse contractualmente dejar de lado el deber de lealtad? Si podrá reglamentarse el deber, pero de modo *razonable y con carácter restringido* (v.gr.: i) permitir la realización de determinada transacción con la sociedad; ii) autorizar el uso de ciertos o determinados activos sociales o, iii) consentir el aprovechamiento de una oportunidad de negocio, si ello no causare daño o pueda perjudicar a la sociedad. Ello, sin embargo, no es ni más ni menos que lo que la mismísima ley prevé (157, 271, 272, 273 y ccdnts., de la LGS), pero reglado anticipadamente

13 Por cierto, nada obsta decir que podremos estar ante una nulidad parcial que afecte exclusivamente la cláusula de exoneración de responsabilidad en violación a la ley y no impacte sobre otras disposiciones válidas, si son separables, debiendo el juez –llegado el caso–, integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes (conf. art. 389, CCyCN).

14 La culpa grave es un comportamiento groseramente descuidado que supone no comprender lo que para cualquiera sería evidente e inteligible al extremo que hace presumir dolo en su autor. Así, podría decirse que la culpa grave es un estándar derivado del dolo.

15 VALLESPINOS, CARLOS, G, "Cláusulas limitativas de la responsabilidad en el Derecho Civil y en la ley 24.240", fuente: http://www.saij.gov.ar/doctrina/daca980029-vallespinos-clausulas_limitativas_responsabilidad_en.htm

16 DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ, R, "Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, cit., p. 38.

17 Ibidem, p. 40.

18 Por su parte, el derecho alemán (§309, BGB) incluye, además, otros institutos que insertos en las cláusulas resultarán abusivas, entre ellas, las que excluyen la responsabilidad en caso de lesión a la vida, a la integridad física, a la salud y en caso de culpa grave, del predisponente o de sus auxiliares.

de modo contractual o estatutario).

Ello, no obstante aceptar que el deudor doloso no puede excluir anticipadamente su responsabilidad ni tampoco limitar la extensión del daño resarcible, aunque esto último puede -eventualmente-, presentar algún matiz que surgirá seguidamente.

¿Qué ocurrirá en caso de conducta dolosa por parte del administrador o culpa grave que -sin embargo-, no provoque daño a la sociedad? Sin lugar a dudas, no cabrá reclamación en tanto no hay nulidad por la nulidad misma, como ha expresado en el fallo "Vistalba"¹⁹ ¿Podrá, asimismo, la sociedad autorizar al administrador a competir con la sociedad? Absolutamente -siempre por la asamblea y de modo expreso tal como lo dispone el art. 271, de la LGS.

Más aún ¿Qué ocurre si la sociedad resultare beneficiada con el actuar desleal del administrador o si el daño sufrido por esta es compensado por los beneficios provenientes de la autorización? El derecho español expresamente prevé la posibilidad de dispensar su responsabilidad en tales supuestos (art. 230, LSC). Esto último -en nuestro derecho-, no sería otra cosa que la propia aplicación del art. 54, LGS.

5. Valoraciones finales:

La *autonomía de la voluntad* implica la potestad puesta en manos de las partes para que puedan hacer variar la responsabilidad de los administradores pudiendo incluso -como pudo verse-, válidamente suprimirla o dejarla sin efecto, en ciertos y determinados casos. La potestad de reglamentar tales deberes encuentra su razón de ser en las siguientes premisas básicas: i) la autonomía de la voluntad, naturalmente sometida a claros y definidos límites y, ii) el *tipo de conducta que se desee reglamentar o dispensar*, en tanto no toda acción u omisión podrá ser válidamente dejada de lado, como ocurre con el dolo y la culpa grave. Frente a todo lo indicado puede decirse que los deberes de diligencia y, asimismo, de lealtad podrán ser *razonablemente reglamentado*, en determinados casos. Sin embargo, admitir sin más o, de manera general este tipo de cláusulas sin considerar las notorias diferencias que existen entre los deberes de lealtad y diligencia (es decir, el *tipo de conducta que se reglamentará*), podría conducir a un notorio desequilibrio entre las partes ya desnaturalizar por completo el sistema teniendo en cuenta por el legislador al establecer el sistema de organicidad bajo una tipicidad específica y necesaria para la expresión de voluntad y representación del ente social y, más importante aún, las reglas dispuestas para la conservación del capital social.

¹⁹ CNCom, Sala A, del 11/12/86, in re *Vistalba S.A c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro s/ nulidad de decisiones asamblearias y Yinot S.A. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ impugnación de asambleas*".

VIABILIDAD DEL “QUITUS SELECTIVO”

Julia Villanueva

PONENCIA

Toda vez que el quitus selectivo no se encuentra prohibido en la ley, debe aceptarse que es una facultad discrecional de la asamblea.

1. De lo dispuesto en el art. 275 de la LGS surge que la responsabilidad de los directores respecto de la sociedad se extingue por aprobación de su gestión resuelta por la asamblea, siempre y cuando se configuren los recaudos previstos en la misma norma.

Hasta donde sabemos, la doctrina nacional rechaza la viabilidad de que, al ejercer esa facultad, el referido órgano pueda otorgar un quitus parcial o selectivo, es decir, que solo involucre a algunos directores y no a todos los que hayan integrado el órgano¹.

Dos son las premisas sobre las que se construye esa conclusión.

Por un lado, se afirma que lo que la asamblea juzga es la gestión del directorio como “órgano”, en bloque, no separadamente a cada director, por lo que, salvo en la medida habilitada por el art. 274 de esa ley, no cabe efectuar ninguna distinción.

Y, por el otro, se expresa que la admisión de un “quitus selectivo” acarrearía una lesión al régimen de solidaridad que rige la responsabilidad de esos administradores, haciendo recaer en forma inequitativa sobre quienes no hubieran sido liberados la totalidad del resarcimiento del daño producido por el directorio como ente colectivo.

2. Nosotros pensamos que, en cambio, ese quitus parcial o selectivo no se encuentra prohibido, por lo que debe ser admitido.

Es verdad que el temperamento podría ser arbitrario o prestarse a componendas, pero también podría fundarse en razones vinculadas con la planificación empresarial susceptibles de justificar el interés de la sociedad en conservar algún director en particular, cuyos errores anteriores -pues otra cosa la asamblea no puede “perdonar”-, no hubieran dañado la confianza en él depositada y cuya permanencia en el cargo se estimara fundamental.

Esas son las razones principales que, según nuestro ver, llevaron al legislador a permitir a la asamblea “extinguir” la responsabilidad de sus directores mediante el quitus; poder que, aunque sometido a importantes contrapesos, no tiene la exigencia que comentamos -esto es, que la liberación alcance todos los administradores al unísono-, y está bien que así sea, dado que se trata de una facultad discrecional, que, vinculada con aspecto tan sensible como la designación de quienes tendrán a su cargo la gestión o deberán ser removidos, no debería someterse a límites que no surgen de la ley.

3. No soslayamos que, en ocasiones, hay restricciones que, aunque no surgen de un texto expreso, son implícitas, pero nos parece que este no es el caso.

¹ Verón, Alberto Víctor, *Tratado de las sociedades anónimas*, t. II, LL, p. 580; Sasot Betes – Sasot, *El órgano de administración*, p. 566; Molina Sandoval, Carlos A., *Responsabilidad de los directores en la sociedad anónima: supuestos y excepciones*, JA 2004 III, p. 1058; Balbín, Sebastián, *Ejercicio de la acción en materia societaria y tutela de los derechos de la sociedad y de los socios*, Universidad Austral, Buenos Aires, 2015, p. 244.

Lo que decide la asamblea es si los directores deben considerarse responsables o no, para lo cual, claro está, debe examinar lo actuado por ellos en el seno del órgano; pero ni necesariamente se limitará a eso -dado que tal responsabilidad puede también resultar de actuaciones no orgánicas-, ni eso permite sostener que lo que se aprueba o desaprueba es la gestión del “órgano”, como se sostiene desde la posición contraria a la que propiciamos. Con la noción de “órgano” aludimos al modo en que la sociedad expresa su voluntad, por lo que a él acudimos para determinar si ella ha o no actuado y, en lo que específicamente concierne al directorio, para dilucidar si sus integrantes deben o no ser todos responsables por decisiones ilícitas tomadas por ese órgano, al no haberse ellos diferenciado entre sí en los términos habilitados por el segundo y el tercer párrafo del art. 274 LGS.

No obstante, ningún órgano es sujeto de derecho, ni, por ende, tiene “responsabilidad”, por lo que no nos parece correcto sostener que es “su” gestión la que se aprueba, ni que es “su” responsabilidad la que se juzga.

Lo que se juzga siempre es la responsabilidad, subjetiva e individual, de los directores que lo integran, lo cual no se desmerece por el hecho de que ellos conformen ese órgano, ni porque se diga que ellos actúan en forma colegiada.

Que conforman ese órgano, solo significa que su actuación individual se “pierde” para conformar la voluntad social así expresada, no que se “pierde” para juzgar su responsabilidad personal; y, que su actuación sea colegiada significa que en esos casos -de actuación orgánica- la ley presume su responsabilidad, de modo que todos los directores que participaron -o hubieran debido participar- en la decisión ilícita de que se trate, serán responsables, salvo que destruyan tal presunción produciendo la prueba que habilite su exculpación.

De esto derivamos lo dicho: la asamblea no juzga al órgano, sino a cada director, por lo que la responsabilidad de estos puede ser tratada de modo distinto, aun cuando ella derive de actuaciones orgánicas, como se infiere de que, tras haber aceptado que el acto ilícito se imputa al “órgano”, el legislador extiende la responsabilidad consecuente a todos los directores, salvo al que haya implementado los arbitrios necesarios para distinguirse de los demás que junto a él estaban actuando (art. 274, segundo y tercer párrafo), lo cual demuestra que, como se dijo, dicha responsabilidad es siempre individual y subjetiva.

Tampoco nos parece dirimente el restante argumento -vinculado a la solidaridad que es propia de la responsabilidad que nos ocupa-, esgrimido para obstar a la conclusión que sostenemos.

Aceptamos que, porque se trata de un órgano que actúa en forma colegiada -esto es, produciendo actos que se imputan a tal órgano sin posibilidad jurídica de considerar la actuación individual de sus miembros ni, por ende, de establecer distintos “grados” de dicha responsabilidad entre estos- la responsabilidad que tratamos es solidaria.

No obstante, la aprobación de la gestión de un director -con la consecuente extinción de su responsabilidad- implicará para la sociedad renunciar a la porción del crédito que hubiera podido reclamar a ese director, para lo cual no hay ningún obstáculo, por más solidaria que sea la obligación de marras.

Así cabe concluir a la luz de las herramientas previstas en la ley común para canalizar esta situación sin agravar la responsabilidad de los demás directores que no hubieran sido beneficiarios del quitus.

La solidaridad puede ser renunciada en el todo o en una parte (arts. 836 y 837 del CCyC, respectivamente); y, si bien la renuncia a la totalidad del crédito frente a un codeudor libera a los demás obligados, la doctrina admite que eso no ocurre cuando lo que se renuncia es la

cuota que corresponde al acreedor contra uno de esos codeudores en particular, supuesto en el cual él no pierde el derecho contra los demás.

En tal caso, ese acreedor puede ir contra los restantes obligados con deducción "*...de la porción correspondiente al deudor solidario a quien se remitiera su parte de la deuda...*"², solución que no puede sino ser compartida dado que es la misma que el citado art. 837 prevé para el supuesto -renuncia parcial a la solidaridad- que contempla.

² Bueres, Alberto J., Director, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, T. 3B, p. 77 y ss., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

EL DILEMA DE LAS PENAS EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Daniel Roque Vítolo

SUMARIO

El derecho Penal no ha podido estructurar —aún— un sistema efectivo y razonable de penas vinculado con el régimen de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas que haga efectivo el propósito perseguido por el legislador. Las penas diseñadas en el texto legal pueden —muchas veces— afectar gravemente a ese colectivo denominado “stakeholders” y a los procesos propios de producción e intercambio de bienes y servicios en el mercado o determinar —finalmente— la desaparición de la empresa.

Deben buscarse mecanismos alternativos para poder diseñar un nuevo sistema de penas en la órbita del Derecho Penal para sancionar penalmente a las personas jurídicas.

PONENCIA

1. A modo de introducción

La teoría general contemporánea del Derecho concibe a éste primordialmente como represivo, como un sistema que mediante la fuerza obtiene el máximo de respeto para las normas primarias o que hace de la fuerza el contenido mismo de las normas secundarias. El carácter coactivo del ordenamiento jurídico¹ se explica porque existe un nexo indisoluble entre Derecho y coacción,² que pone de relieve la existencia de sanciones negativas si se desobedece el mandato legal,³ pudiendo la coacción verse como una sanción negativa o como el recurso extremo para hacer eficaces las sanciones que se han dispuesto para conservar el patrimonio normativo.⁴

Pero es de toda evidencia que ni la doctrina, ni la legislación penal han podido encontrar aún una solución satisfactoria en materia del establecimiento de penas cuando se trata de sancionar penalmente a una persona jurídica por su intervención en la realización de un delito. Y menos aún cuando de lo que se trata es de perseguir hechos de corrupción donde los códigos penales —en general— imponen a quienes resulten sujetos activos o partícipes del delito penas privativas de la libertad; las que no pueden aplicarse a entes ideales que no pueden ser reclusos en una prisión ni privados de su libertad, como tampoco son susceptibles de la imposición de una medida de seguridad.⁵

1 Véase ROXIN, Claus, La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena. Título original: Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke; en *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Hans Schultz*, Berna, 1977; en ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco, Reus, Madrid, 1981.

2 Véase MIR PUIG, Santiago, *Estado, Pena y Delito*, B de f, Buenos Aires, 2006.

3 Véase MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Aranzadi, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005.

4 Véase BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción y edición a cargo de Ruiz Miguel, Alfonso. Valencia: Fernando Torres-Editor, 1980.

5 En efecto; mientras la pena es, esencialmente, el medio con que se retribuye al autor de un delito por el mal causado por éste, en función de su culpabilidad, la medida de seguridad es aquella que atendiendo la peligrosidad de una persona, procura eliminar la misma, sea mediante procedimientos que tienden a educarla, corregirla o curarla. Son medios curativos sometidos al principio de legalidad, que

Y esta temática es cada vez de mayor actualidad, dado que la propia complejidad de la delincuencia económica y de los actos de corrupción que se presentan día a día en todas las comunidades del planeta y sin distinción de países ni de tradiciones, indican que —en toda esta operatoria delictiva— ocupan un papel principal organizaciones estructuradas por la vía del recurso legal de la “persona jurídica privada”.

Pero lo cierto es que con acierto se ha advertido que, más allá de los hechos —y de las realidades—, la responsabilidad penal que se impone a las personas jurídicas, se configure como se configure, representará siempre una responsabilidad objetiva, por hechos ajenos —por tanto vicaria—, acumulativa, de doble incriminación, de doble valoración jurídica —*ne bis in idem*—, y por todo ello totalmente contraria a las garantías del Derecho Penal moderno,⁶ como lo he señalado en una obra específica de comentario a la ley 27.401,⁷ ya que la inasibilidad de la persona jurídica privada para poder sancionarla penalmente, cuando se le ha atribuido una actuación orgánica o representativa de la misma que compromete directamente su conducta propia, y su responsabilidad, a consecuencia de un hecho cumplido por una persona humana, plantea desafíos enormes a la hora de la condena y la imposición de la pena.⁸

Es que el Derecho Penal no ha estado tradicionalmente tan familiarizado con la intervención de los entes ideales y las personas jurídicas en la realización de delitos que excedieran aquellas situaciones previstas en leyes especiales.⁹ De hecho, en el cuerpo principal del Código Penal tan sólo se mencionan a las personas de existencia ideal y a las personas jurídicas en materia de decomiso,¹⁰ en los delitos contra el orden económico y financiero,¹¹ en los delitos de quiebra fraudulenta;¹² y es en las leyes especiales en las cuales —recién— se comenzó por regular algunos supuestos de sanciones penales a estos entes ideales.¹³

La legislación comparada —y la argentina también— siempre ha tenido como primera opción o mirada para sancionar penalmente a entes ideales la pena de multa —mencionada en el art. 5° del Código—, que ha sido el modo clásico de punición para las personas jurídicas en los casos en que se las ha responsabilizado penalmente.

el juez le impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad, para evitar que se dañe a sí mismo y a los demás. Teóricamente, las medidas de seguridad pueden ser curativas o eliminatorias. Las curativas tienden a eliminar la causa determinante de la medida. Las eliminatorias son aplicables a los delincuentes que por habitualidad o reincidencia se presentan como aparentemente incorregibles. Estas son las medidas que el Código Penal ha reemplazado por la llamada “medida” o “sanción” accesoria carcelaria. Véase NÚÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal, Lerner, Córdoba, 1999; SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992; BACIGALUPO, Enrique, Principios constitucionales del Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1999; ENNIS, José Luis; Aportes para una dogmática de la determinación de la pena; Revista Anales N° 42, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Año 2012; entre otros.

6 Véase BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángele, La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español, en VV.AA. Pieth, Mark; Ivory, Radha (Eds.), Corporate Criminal Liability: Emergence, convergence and risk. Dordrecht; Heidelberg; London; New York, Springer, 2011.

7 Véase VÍTOLO, Daniel Roque, Responsabilidad penal empresaria, Ley 27.401 comentada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

8 Cuestión que se trata de soslayar mediante la utilización de mecanismos indirectos como los de requerir que el ente colectivo haya incurrido en un defecto de organización, consistente éste en no haber adoptado las medidas preventivas exigibles para evitar el delito cometido, en su provecho y por su cuenta, por el administrador o representante o por alguien bajo su autoridad, debido a que no fue objeto de control suficiente, y que conforma un defecto más fácil de detectar en la imputación por delitos de empleados indebidamente controlados que cuando los mismos los cometen administradores o representantes, como lo proponía el proyecto original.

9 Véase VÍTOLO, Daniel Roque, Responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018.

10 Véase el art. 23 del Código Penal.

11 Incorporados al Código recién por la ley 26.683 en el año 2011. Véase los arts. 304 y 313.

12 Véanse los arts. 178 y 180 del Código Penal.

13 Véanse el Régimen Penal Aduanero de la ley 22.415, arts. 94 ap 2; 876 apart. 1, inc. f, g, e, i; 887, 888; las normas referidas a lavado de activos de origen delictivo (ley 25.246); la Ley de Defensa de la Competencia, 25.156 (art. 48, pena de multa solidaria); el Régimen Penal Cambiario: ley 19.359 (arts. 2 inc. “a” y “e”, multa suspensión) y la Ley de abastecimiento 20.680 (art. 8°) —entre otras—.

Sin perjuicio de ello, nuevos vientos¹⁴ han acercado a la imaginación de los legisladores en tiempos más cercanos otros modo de sanción no incluidos en el catálogo del art. 5° con carácter de “penas”,¹⁵ tales como la disolución y liquidación del ente ideal, la suspensión de sus actividades, la inhabilitación para participar en relaciones comerciales con el Estado — entre otras— a la que leyes especiales y proyectos legislativos consideran también “penas”. Lo cierto es que el legislador de la ley 27.401 —al igual que lo hizo el legislador de la ley 26.683 en su momento— se tomó la libertad¹⁶ de modificar —entonces— con alcances exclusivamente para las personas jurídicas privadas y en relación con los delitos contemplados en los arts. 303 —al que remite el art. 304— (la ley 26.683), 258, 258 bis, 265, 268, 268 (1), 268 (2), 265 y 300 bis (la ley 27.401), el art. 5° del Código Penal que señala cuáles son las penas establecidas por el Código, para agregar un catálogo de nuevas penas entre las cuales se encuentran (i) la suspensión total o parcial de actividades de la persona jurídica privada —que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años—; (ii) la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado —que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años—, por parte de la persona jurídica privada; (iii) la disolución y liquidación de la personería de la persona jurídica privada cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; (iv) la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere la persona jurídica privada; y (v) la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica privada —esta última considerada tradicionalmente no como una “pena” en sentido estricto, sino una sanción accesoria—. ¹⁷

La elección del legislador —que en modo alguno es original pues reproduce muchas de las sanciones que ya existen en el derecho comparado y en especial por parte de la ley 24.769 modificada por la ley 26.735 y las mencionadas en la ley 26.683 — no es —desde nuestro punto de vista— acertada, presentando incógnitas que no se despejarán fácilmente a la hora de dictar sentencia.¹⁸

De hecho no existe una aplicación de este régimen de sanciones trabajado en la jurisprudencia nacional; tampoco se advierte que haya tenido éxito el sistema en el derecho comparado.

3. Una sola pena a elección del tribunal

Una de las curiosidades que trae la ley 27.401 en materia de penas es que, también a diferencia de lo que el legislador previó en la ley 26.683, lo que dispone la ley 24.769 modificada por la ley 26.735, y se sugirió en el Anteproyecto de 2014, no incluye —en la regulación del instituto— la posibilidad de que las penas listadas aplicables en el caso concreto puedan ser impuestas por el tribunal “... conjunta o alternativamente...”¹⁹

14 Véase LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

15 En efecto; el art. 5° del Código Penal dispone: “Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.”

16 Nadie dice que no la tuvieran.

17 Véase el art. 7° de la ley 27.401.

18 Con razón, sostiene Maier en el prólogo al libro de Ziffer, lo siguiente: “... la elección de la clase y de la cantidad de la pena, incluidas ciertas características de su ejecución, es hoy, entre nosotros, poco menos que un ejercicio de adivinación que, en última instancia, comparece sólo ante el ‘sentimiento jurídico’ de los jueces que integran el tribunal sentenciador. Véase ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996. Imaginemos —decimos nosotros— lo que puede ocurrir cuando el catálogo de las penas provisto por el legislador resulta desde su inicio cuestionable.

19 Así lo establece el art. 304 del Código Penal. El Anteproyecto de 2014 señalaba “... en forma alternativa o conjunta...”. Igual concepto, distinta redacción.

En consecuencia, y en razón de la vigencia del principio de legalidad, en los casos previstos en la ley 27.401 donde se responsabilice penalmente a una persona jurídica de capital nacional o extranjero con participación estatal o sin ella, por algunos de los delitos previstos en los arts. 258, 258 bis, 265, 268, 268 (1), 268 (2), y 300 bis del Código Penal, en razón de haber sido realizados dichos delitos directa o indirectamente con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, el tribunal sólo podrá imponerle una (1) de las penas listadas en el art. 7° de dicha ley 27.401, sin poder adicionarle ninguna otra.²⁰

Se trata ésta de una interesante novedad que coloca a la persona jurídica en una situación preferencial y privilegiada cuando resulte condenada por su intervención en determinados delitos en perjuicio de la Administración Pública. Tal privilegio no parece resultar adecuado ni conveniente.

4. Las diferentes penas establecidas en la ley 27.401 y su impacto en las personas jurídicas

La pena —en general— consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente, al culpable de haber cometido un delito. Si la pena afecta al patrimonio del culpable podemos hablar entonces de “penas patrimoniales”, y si éstas se concretan en dinero, estaremos frente a “penas pecuniarias”.

La ley 27.401 establece un catálogo amplio de posibles “penas” que pueden aplicarse a la persona jurídica en caso de resultar condenada por su intervención respecto de ciertos delitos cometidos en perjuicio de la Administración Pública.

4.1. Multa

La pena de multa —la pena clásica que se impone a los entes ideales— es una *pena pecuniaria*, y se ha convertido en una de las más populares en el derecho moderno, a pesar de su origen antiguo.

Pero en el caso de las personas jurídicas, la pena de multa no es que persiga sustituir otras penas menos cruentas, sino que se ha sostenido se presenta —en principio— como la más adecuada para poder perseguir y responsabilizar penalmente a entes ideales en razón de conductas desplegadas o mecanismos de actuación que importen violar la ley, pues a dichos entes —personas jurídicas— no se los puede encarcelar ni someterlos a medidas de seguridad —queda abierta, por cierto, la discusión la problemática de la eventual *inhabilitación*—. Sin embargo debemos señalar que en muchas ocasiones la multa puede llegar a significar —por su entidad— la muerte total de la persona jurídica privada o puede colocar a la misma en estado de insolvencia o conformar un impedimento para el desarrollo de su actividad habitual, con el correspondiente perjuicio el amplio universo de “*stakeholders*”. Si la intención del legislador es que la persona jurídica “pague” por su antijurídica actuación, pero continúe desarrollando su actividad, la multa no puede llegar a nieves que la lleven a situaciones de cierre o insolvencia, con las consecuencias negativas que ello aneja.

El art. 7°, inciso 1° de la ley 27.401 establece una pena de multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido que la persona jurídica hubiere obtenido o hubiese podido obtener —por otra parte, algo también de muy difícil determinación—

4.2. Suspensión de actividades

²⁰ La Comisión designada por decreto 123/2017 parecería inclinarse por establecer que las penas pueden imponerse en forma conjunta o alternativa. Véase el Informe al Senado “Memo Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”

El establecimiento de una pena que consista en un régimen de suspensión total de actividades por plazos prolongados²¹ importa —sin duda alguna y de hecho— la quiebra y desaparición de la persona jurídica, dado que no podrá sostenerse su estructura sin el desarrollo de actividad alguna y ello afectará —de un modo significativo, debemos insistir— no sólo a los fundadores, socios, asociados o miembros de la persona jurídica de que se trate, sino también a los trabajadores, asociados, consumidores destinatarios de los bienes y servicios que produzca dicha persona jurídica privada, cuando estos sujetos pueden haber sido —y generalmente son— ajenos a los actos de corrupción por los cuales se ha responsabilizado penalmente a la persona jurídica privada.

¿Puede imaginarse qué ocurrirá con cientos de trabajadores de empresas, asociaciones civiles, fundaciones, en las cuales alguien —un directivo— actuando en nombre y representación de alguna de esas personas jurídicas intervinieran en la realización de uno de los delitos listados en el art. 1º de la ley 27.401, si se dispusiera la suspensión de actividades por cinco (5) o diez (10) años? Mas fuerte aún ¿cómo impactaría la suspensión de actividades impuesta a una obra social sindical, o a una prestadora de servicios médicos, o a un club de fútbol?

En este caso el legislador ha incorporado una sanción —insistimos— del mismo modo que lo hizo el legislador de la ley 26.683 y lo previó el proyectista de 2014— que remeda en cierto modo la “inhabilitación” que puede llegar a afectar a las personas humanas en caso de sufrir una condena penal. Se trataría —en este caso— de un sustituto de la denominada inhabilitación especial contemplada en los arts. 20 y 20 bis, lo que está corroborado por el plazo por el cual la ley 27.401 señala que la suspensión puede ser impuesta.

No reiteraremos aquí la discusión doctrinaria existente respecto de si esta sanción debe o no ser considerada una *pena* o una *consecuencia* o *medida accesorias*, dado que el propio legislador de la ley 27.401 claramente la ha denominado “... *pena*...” en el art. 7º y además, siendo que conforme a que el juez no puede imponer más de una de las penas listadas en la norma legal mencionada, la sanción no accedería a ninguna otra pena como para ser considerada “... *accesoria*...”

Lo que traemos como reflexión es las graves consecuencias no deseadas que pueden derivarse de la aplicación de una pena de esta naturaleza y entidad.

4.3. Disolución y liquidación cuando la persona jurídica privada hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad

El Código Civil y Comercial de la Nación no contempla normas específicas respecto de las personas jurídicas privadas —en general—²² que hayan establecido en sus contratos constitutivos o estatutos un objeto ilícito o que, aun habiendo incluido en ellos un objeto lícito que desarrollen una actividad ilícita —simplemente indica que el objeto de las personas jurídicas privadas debe ser preciso y determinado. Estas disposiciones —por el contrario— han sido incluidas en la Ley General de Sociedades 19.550, en los arts. 18 y 19, y son operativas independientemente de lo que pudiera disponer el Derecho Penal al respecto.

El legislador de la ley 27.401, en lo que hace a la pena prevista en el art. 7º, inciso 4º, consistente en la disolución y liquidación de la persona jurídica cuando se la haya responsabilizado

²¹ Véase la ley 27.401.

²² Véase VÍTOLO, Daniel Roque, Manual de Derecho Civil..., cit.

penalmente por los delitos previstos en el artículo 1º de la ley 27.401,²³ que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, ha tomado distancia respecto de los criterios dispuestos en la materia por la ley 19.550 En efecto; no se considera ya —por parte de la ley 27.401— la existencia de un objeto ilícito en la persona jurídica —elemento objetivo en la descripción que del objeto de la misma pudieran efectuar el instrumento constitutivo, el contrato social o el estatuto— como tampoco por el mero hecho del despliegue de una actividad ilícita —en el grado que fuere—. La persona jurídica privada responsabilizada penalmente bajo las normas de la ley 27.401, podrá sufrir la pena de disolución y liquidación sólo: (i) cuando hubiese sido creada al sólo efecto de la comisión del delito; o (ii) estos actos —imaginamos que son aquellos vinculados con la realización del delito— constituyan la principal actividad de la entidad. Pero llama la atención que, de un modo inadecuado, la ley 27.401 llega a admitir que si es necesario —“... indispensable...” dice la ley—²⁴ mantener la continuidad operativa de la entidad no será aplicable esta pena. Dicho de otro modo, se permitirá la subsistencia de la persona jurídica que “...hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad...”²⁵ Una regulación claramente desacertada.

2.5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere

Es de toda evidencia que si una persona jurídica privada es responsabilizada penalmente en razón de haber intervenido —de uno u otro modo— en la realización de alguno de los delitos listados en el art. 1º de la ley 27.401,²⁶ no puede pretender seguir recibiendo beneficios y asistencia por parte del Estado.

No caben dudas, bajo el inciso 5º del art. 7º de la ley 27.401, que los beneficios que se pierden lo son en forma definitiva y como consecuencia de la existencia de una condena pena y la imposición de la pena específica de la pérdida de dicho o dichos beneficios. Sin embargo surge una duda en relación con la pena de “... suspensión...” pues, a diferencia de lo que ocurre con la pena de suspensión para participar en concursos o licitaciones de obras y servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado,²⁷ o suspensión total o parcial de actividades,²⁸ donde se establece que tales suspensiones no podrán exceder —jamás— el plazo de diez (10) años, en el caso de la suspensión de beneficios estatales, no se indica plazo máximo alguno.

Si bien es claro que —en este punto— no puede recurrirse al régimen de analogía, en razón de tratarse de una pena criminal, todo parecería indicar que tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinarán por aplicar un límite similar al de los otros dos supuestos —diez (10) años—. De todos modos, existe un vacío que debe ser llenado.

23 “... a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal...”

24 Véase art. 7º, inciso 4 de la ley 27.401.

25 Véase el art. 8º, párrafo 3º de la ley 27.401.

26 “...a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal; e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal...”

27 Véase el art. 7º, inciso 3º, de la ley 27.401.

28 Véase el art. 7º, inciso 2º, de la ley 27.401.

2.6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica

La publicación de un extracto de la sentencia condenatoria tradicionalmente —en los casos en que los Códigos o leyes especiales lo prevé— ha sido considerada una consecuencia accesoria de la pena o una pena accesoria, dado que no se estima que la sola publicación de por sí pueda ser suficiente castigo para el condenado respecto del delito que haya cometido —sea cual fuere—.²⁹

Sin perjuicio de ello, el legislador de la ley 27.401 ha establecido dicha publicación como una “pena” en sentido estricto que integra el listado del art. 7° y la cual —en caso de ser impuesta por el tribunal— excluye la posibilidad de aplicar cualquier otra pena atento a que dicha norma no admite la imposición de las penas listadas conjunta ni alternativamente.

3. A modo de conclusión

El Derecho Penal siempre ha intentado —tradicionalmente— cuando en la comisión de delitos interviene una persona jurídica, llegar a castigar a las personas humanas que se encuentran detrás de la estructura conformada como ente ideal. Sin embargo, en el caso de la ley 27.401 —y en los regímenes similares existentes en el Derecho Comparado— la situación es diferente, pues de lo que se trata es de poder atacar al ente ideal en si mismo, de modo de paralizar la actividad delictiva que la persona jurídica llevó o está llevando a cabo, y evitar que esa estructura pueda utilizarse para intervenir en una futura comisión de delitos. Pero ocurre que este “castigo” a la estructura jurídica propiamente dicha puede importar —dependiendo del diseño del sistema punitivo que se disponga— un castigo indirecto a un conjunto de colectivos vinculados a la persona jurídica considerados “*stakeholders*” quienes sufrirán —en gran medida— las consecuencias de los efectos legales por conductas llevadas a cabo por terceros ajenos que han utilizado de la figura de la sociedad como vehículo o instrumento para cometer delitos en beneficio de tal estructura.

Esta ponencia pretende motivar reflexiones sobre esta situación a efectos de profundizar el estudio del régimen sancionatorio en la disciplina de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y rediseñar el sistema de penas aplicables a las mismas cuando se pruebe su intervención en la comisión de aquellos delitos que el legislador ha considerado deben ser incluidos en el régimen legal correspondiente.³⁰

²⁹ Así como tampoco puede ser considerada una pena en si misma que agote el castigo el decomiso.

³⁰ Mayores precisiones en lo que hace a si debe estructurarse un régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas o si debe quedar ello restringido a la intervención de las mismas en ciertos y determinados delitos, serán encontradas en VÍTOLO, Daniel Roque, Responsabilidad Penal Empresaria, ley 27.401 comentada..., cit.

LA INTERVENCIÓN PRESIDENCIAL DE SOCIEDADES ES INCONSTITUCIONAL

Daniel Roque Vítolo

SUMARIO

La intervención presidencial en sociedades es inconstitucional. No existe norma jurídica alguna que habilite al titular del Poder Ejecutivo a intervenir por sí una sociedad.

PONENCIA

A modo de introducción

Es indudable que el poder trae consigo una pulsión —por parte de quien lo posee— dirigida a ejercerlo más allá de sus límites. Y la idea de un Estado empresario que sustituya en varias áreas a la iniciativa privada, o que intervenga fuertemente en la propiedad privada de los ciudadanos invocando para ello el “bien común” o los “supremos intereses” de sí mismo —es decir, del propio Estado— ha sido algo común en dictaduras y en regímenes autoritarios.

Reconociendo la existencia de este fenómeno, los constituyentes argentinos de 1853 sabiamente incorporaron —en su momento— a nuestra Constitución nacional un artículo específico —el 17— el cual dispone que “...*La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...*”¹; una disposición que ha perdurado inalterada entre nosotros en el texto de la Carta Magna ciento setenta (170) años —aunque no siempre ha sido respetada—.

Por señalar solamente algunos ejemplos podríamos recordar la ley 16.926 dictada por el ex presidente de facto Juan Carlos Onganía —atribuyéndose facultades legislativas por encima de la Constitución bajo el autodenominado “Estatuto de la Revolución Argentina”— que dispuso la intervención presidencial de determinados ingenios azucareros; o la ley 17.507 —obra del mismo dictador— de similares características tendiente a la “... *rehabilitación de empresas...*”; o la decisión de otro presidente de facto perteneciente a la misma dictadura —Roberto Marcelo Levingston— autor de la ley 18.832 por la cual se dispuso la continuación del funcionamiento de determinadas sociedades que fueran declaradas en quiebra; por señalar algunos ejemplos.

Sesenta (60) años después, bajo la presidencia de la Dra. Cristina Fernández de Kirchner, se repitió este mecanismo intervencionista y, por medio de los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) 530/2012, 532/2012 y 732/2012 dictados en relación con YPF y 1338/2012, 1865/2012 y 2377/2012, dictados en relación con la Compañía de Valores Sudamericana S.A. —propietaria de Ciccone Calcográfica—, se intervinieron presidencialmente esas sociedades.

Llegado el año 2020, el actual presidente Alberto Fernández, volvió a utilizar —inadecuadamente— su poder y, con anterioridad a remitir al Congreso un proyecto de ley declarando

¹ Véase art. 17 CN.

de utilidad pública y sujeto a expropiación a la “... empresa VICENTIN S.A...”, dispuso “... la intervención transitoria...” de dicha sociedad “... por un plazo de sesenta (60) días, con el fin de asegurar la continuidad de las actividades de la empresa, la conservación de los puestos de trabajo y la preservación de sus activos y patrimonio...” designando un interventor y un subinterventor con las facultades que el estatuto de dicha sociedad confiere al Directorio y al Presidente de la empresa.²

El Presidente de la República no indicó en el decreto de necesidad de urgencia suscripto en cuales normas fundaba su decisión intervencionista. Claro está que se encontraba imposibilitado de hacerlo, en la medida en que no existe norma jurídica alguna en la República Argentina que permita a un Presidente de la República —titular del Poder Ejecutivo— dictar, por su sola voluntad y a su solo criterio, la intervención del órgano de administración de una persona jurídica privada, y desplazar a los administradores legales y estatutarios colocando en su lugar a una persona —de su confianza— por él mismo designada.³

En efecto; la intervención judicial de una sociedad de las regulada por la ley 19.550, no sujeta a fiscalización estatal ni a un poder de policía específico en razón de su actividad que otorgue expresamente la facultad sólo puede disponerse —en principio— judicialmente. Y así está establecido —a modo de ejemplo—:

en los arts. 113 y 114 de la ley 19.550 —en todos los casos—;

en el art. 17 de la ley 24.522 —para las sociedades que se encuentran transitando un proceso de concurso preventivo de acreedores—;

en el art. 305 del Código Penal —en el caso de delitos contra el orden económico y financiero—; y

también en el Código de Procedimientos en materia civil y comercial de la Capital —reformado por la ley 22.434—, contempla el instituto de la intervención judicial bajo las modalidades de “interventor recaudador” —art. 223— e “interventor informante” —art. 224—, pero aclarando expresamente que la medida cautelar de administración e intervención judicial autorizada por las leyes sustanciales, quedan sujetas al régimen establecido por ellas. Hasta en leyes especiales como la Ley de Entidades Financieras 21.526, o la ley sobre las Aseguradoras y su Control, 20.091 —a simple modo de ejemplo—, la intervención de una entidad financiera o de una compañía de seguros sólo pueden ser dispuestas judicialmente. Tampoco la Inspección General de Justicia ni la Comisión Nacional de Valores tienen atribuciones para intervenir una sociedad —véanse las leyes 22.315 y 26.831—.

Es decir que no hay norma alguna que autorice al Poder Ejecutivo a disponer la intervención de una sociedad— persona jurídica privada— que no está sujeta a control del poder de policía en razón de su actividad⁴ o por una relación particular con el Estado, en la cual se disponga o se atribuya tal facultad a la Administración.

Una curiosidad que presenta el Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020, es que el artículo 5° de dicha norma dispone que, al finalizar su cometido el interventor designado por el Poder Ejecutivo, debía presentar un informe sobre la situación de la sociedad y el resultado de su gestión ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, 2da Nominación de la ciudad de Reconquista, Provincia de Santa Fe, interviniente en el concurso preventivo

² Véanse arts. 2 y 3 del DNU 520/2020.

³ Véase VÍTOLO, Daniel Roque, Expropiación soberana de empresas ¿Tropezar dos veces con la misma piedra?, Diario la Ley, 18/6/2020; ídem El instituto de la intervención presidencial de sociedades”, Los casos YPF, Ciccone y Vicentín, en Erreius, El caso Vicentín y la intervención del estado. Visiones jurídicas y económicas, junio 2020; entre otras publicaciones.

⁴ Aún en estos casos no tiene facultad directa de intervención.

de la sociedad intervenida.

Lo cierto es que no se entendió nunca el motivo ni el fundamento —absurdo, por cierto— de tal disposición, fundada —segura y veladamente— en las disposiciones de la ley 18.832 dictada por la dictadura militar de 1967/1973 que establecía que el administrador —inter-ventor— designado por el Poder Ejecutivo, rendiría cuentas trimestralmente ante el juez de concurso respecto de los resultados de la explotación.

Los interventores que rinden cuentas ante los jueces que se encuentren a cargo de la tramitación de un proceso de concurso de acreedores son aquellos que han sido designados —como interventores— por dicho juez y nunca por terceros, ya que —como lo hemos señalado reiteradamente—⁵ el concurso preventivo no desapodera de forma plena al deudor de la administración de sus bienes, ni a los administradores societarios de la administración de la sociedad, sino que ellos mantienen la administración sólo con las limitaciones que surgen de los arts. 15 y 16 de la ley 24.522; y en la quiebra en la continuación de la empresa no es el Poder Ejecutivo el que establece quien será el administrador, sino el juez falencial, bajo el régimen dispuesto por la Ley de Concursos y Quiebras.

Menos aún puede un Presidente de la República instruir a un juez respecto de lo que debe hacer e imponerle la carga y obligación de que reciba informes y rendiciones de cuentas de funcionarios que el juez no ha designado, y fundado en cuestiones que han sido totalmente ajenas a dicho magistrado. Pretender obligar a un juez de la Nación a recibir los informes y rendiciones de cuentas de un funcionario que ha sido designado arbitrariamente por el propio Presidente, sin intervención judicial, y que reviste el carácter de funcionario público en los términos previstos por el régimen establecido por los decretos 1278/2012 y 196/2015, es algo insólito, además de antijurídico.

De hecho es claro el art. 109 de la Constitución nacional cuando prescribe que “...En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas...”; de donde no puede el Presidente de la República disponer una intervención de una sociedad que es una persona jurídica privada, arrogándose facultades que en todos los casos la ley otorga, como lo hemos señalado, únicamente a los jueces —arts. 113 y 114 de la ley 19.550; arts. 16 y 17 de la ley 24.522, o art. 304 del Código Penal; entre otros ejemplos—.

Ni siquiera invocando el Presidente de la República la Ley de Abastecimiento 20.680 —y sus modificatorias— para disponer “...la intervención transitoria de la sociedad VICENTIN S.A.I.C...” hubiera podido dictar el Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020, pues lo que dicha ley autoriza es la intervención de mercaderías,⁶ y nunca de personas jurídicas.

2. La ocupación temporal anómala en la ley 21.499

Tampoco en este caso podía el Presidente disponer la “ocupación de la empresa”. El Código Civil de 1871 contenía ciertas disposiciones en las que se trataban aspectos vinculados al régimen de expropiación. Así, el artículo 1324 consagraba el principio de la no enajenabilidad obligatoria, a menos que lo fuera por una causa de utilidad pública; el artículo 2511 establecía el principio de la no privación del dominio, sino por causa de utilidad pública, el artículo 2512 consagraba el principio de la ocupación sin juicio en los casos de imperiosa

5 Véase VÍTOLO, Daniel Roque, *Ley de Concursos y quiebras comentada*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019; ídem *Manual de Concursos y Quiebras*, Estudio, Buenos Aires, 2021, 3ª. Edición.

6 Véanse los incisos d) y f) del art. 12 de la ley 20.680, conforme al texto asignado por la ley 26.991.

urgencia y necesidad, que involucra aquellos casos en los que el Estado debe actuar inmediatamente, para evitar mayores males, sin forma alguna de juicio.

Pero, más allá de las normas mencionadas, en el año 1977, cuando se sancionó la ley 21.499 —nuevo régimen de expropiaciones— se incorporó en el título IX un instituto que en aquel momento era sumamente novedoso y del cual se había ocupado doctrinariamente Marienhoff; la “ocupación temporánea” y forzosa.

La ocupación temporal es una figura que en sus orígenes nace emparentada con la expropiación forzosa, logrando pronto disponer de un conjunto de garantías jurídicas para el desposeído temporalmente muy similares a las establecidas para el expropiado. Sin embargo, este parentesco institucional no llega a identificar a la ocupación temporal con la expropiación forzosa, como si de un tipo de ésta se tratara, a pesar de que ambas aparecen reguladas muy dentro de la legislación general de expropiación forzosa por causa de utilidad pública.⁷

La distinción entre la ocupación temporánea y la expropiación⁸ es obvia. La “ocupación temporánea” no implica pérdida del dominio; muy por el contrario, como su propio nombre lo indica, sólo apareja una ocupación de la cosa, de duración temporal. En la expropiación, en cambio, salvo los supuestos de retrocesión,⁹ hay una pérdida definitiva del derecho de propiedad.¹⁰

Esas marcadas diferencias entre “expropiación”¹¹ y “ocupación temporánea”¹² no obstan, sin embargo, a que la doctrina señale entre ambos institutos una íntima correlación, al extremo de considerarlos como institutos en gran medida conexos y afines entre sí.

Pero no obstante esa conexidad y afinidad existentes entre expropiación y ocupación temporánea, esta última, lo mismo que la expropiación,¹³ es una figura jurídica autónoma dentro de las especies de limitaciones administrativas a la propiedad. De modo que así como la expropiación no podrá considerarse como una ocupación temporánea, tampoco ésta podrá considerarse como una expropiación; cada una tiene su propia finalidad y, desde luego, en lo esencial, su propio régimen. Expropiación es una cosa, y ocupación temporánea es otra. El panorama doctrinal que ofrece el Derecho comparado no es, en este tema, muy diferente del nuestro. En principio, no existe unanimidad en la doctrina ni italiana ni francesa a la hora de caracterizar dogmáticamente esta figura. Así, por lo que a la primera se refiere, superadas las posiciones tradicionales de Romano y D’Alessio,¹⁴ que calificaban a la ocupación temporal dentro del género de las limitaciones a la propiedad, Zanolini,¹⁵ siguiendo a Fragola¹⁶ y, con matices, Lucifredi,¹⁷ representan a quienes la conceptúan como un derecho real de goce, no identificable ni con el derecho real de uso ni con el de usufructo,

7 La generalidad de la doctrina española ha mantenido la posición iniciada por COLMEIRO. Así, ALVAREZ GENDÍN, S., *Expropiación forzosa*, su concepto jurídico, Madrid, ed. Reus, 1928, págs. 29 y 30 y ROYO-VILLANOVA, S., *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª. ed., Valladolid, 1903, tomo II; entre otros.

8 Véase FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, la Ley, Buenos Aires, 1958.

9 Véanse los arts. 35 y siguientes de la ley 21.499.

10 Véase MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit.

11 Véase LEGÓN, Fernando, *Tratado integral de la expropiación pública*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1934; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo...*, cit., tomo 6º

12 Véase MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit.

13 Véase VILLEGAS, Walter A., *Expropiación por causa de utilidad pública...* cit.

14 Véase D’ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, UTET, Torino, 1932/1934.

15 Véase ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffè, Torino, 1950.

16 Véase FRAGOLA, Umberto, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Pellerato et Del Gaudio, Napoli, 1948.

17 Véase LUCIFREDI, *La prestazioni obbligatorie in natura dei privati alia Pubblica Amministrazione: la prestazioni di cose*, Padova.

sino con el derecho de servidumbre.¹⁸ Por su parte Alessi¹⁹ ubica a la ocupación temporal, como a la expropiación, dentro de un género común, las prestaciones obligatorias de cosas, tratándose por tanto de un sacrificio de derechos más que de una limitación a los mismos, continúa la línea doctrinal de Zanobini,²⁰ concibiéndola como un derecho de carácter real, constituido coactivamente por un procedimiento administrativo, del tipo de servidumbre.²¹ Finalmente, Giannini²² considera a la ocupación temporal dentro de los que denomina “procedimientos ablatorios”, que tienen en común el hecho de que imponen un sacrificio a un particular, distinguiendo, entre otros supuestos, los que “extinguen” un derecho real —como la expropiación—, los que “modifican su contenido normal” —como la ocupación temporal—, y los que “crean” un nuevo derecho real sobre los bienes de propiedad privada —que es el caso de las servidumbres—. ²³

La ocupación temporánea se produce cuando, por razones de utilidad pública, fuese necesario el uso meramente transitorio de un bien o de una cosa determinada, mueble o inmueble o de una universalidad determinada de ellos. En este supuesto, en el que le es innecesario al Estado adquirir el dominio definitivo de tales bienes, privando del mismo a sus propietarios, es posible ocuparlos en forma transitoria, con lo cual se equilibran, en forma razonable, por un lado, el interés público que exige esa ocupación, y por el otro, el interés particular del propietario, que solo se ve privado del bien particular por el plazo que se haya establecido.

La ocupación temporánea puede revestir dos modalidades diferentes: (i) *ocupación temporaria anormal*, cuando responde a una necesidad de esa clase, urgente, imperiosa o súbita; u (ii) *ocupación temporaria normal*, cuando responde a una necesidad no inmediata. La ocupación temporánea anormal puede ser dispuesta directamente por la autoridad administrativa²⁴ y nunca da lugar a indemnización, salvo la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a la cosa con motivo de su uso. Esta ocupación temporánea anormal no puede extenderse más allá del lapso estrictamente indispensable para satisfacer la respectiva necesidad, y es un instituto pensado —al igual que lo que ocurre en el Derecho Comparado— para encarar situaciones graves y urgentes, tales como la necesidad imperiosa por parte del estado de ocupar temporalmente un bien frente a una calamidad, guerra, conmoción interior o catástrofe, manteniéndose en posesión de la misma sólo por un tiempo acotado.²⁵ O en situaciones en las cuales la ocupación del bien se impone como algo necesario para la realización de una obra —el clásico ejemplo en que la administración ocupa terrenos para utilizarlos durante obras de infraestructura y luego los devuelve al propietario, o cuando para la construcción de un camino se requiere establecer una senda de paso de camino

18 La más antigua doctrina italiana consideraba l'occupazione temporánea como un derecho a la cesión coactiva del uso de un bien, identificable con el arrendamiento forzoso, doctrina rápidamente superada por la de la limitación a la propiedad, rechazada por su escaso alcance definitorio, en cuanto que, además, no explicaba satisfactoriamente el que la Administración pudiera desarrollar actuaciones de carácter positivo sobre la propiedad privada. Véase también ROMANO, Principi di diritto amministrativo, 3.a ed., Torino, 1939, vol. II, pág. 28; ZANOBINI, Corso di Diritto Amministrativo, 5.a ed., Milano, 1958, vol. IV, págs. 313-14;

19 Véase ALESSI, Renato, Principi di Diritto Amministrativo, Giuffrè, Torino, 1978.

20 Véase ZANOBINI, Guido, Corso di diritto amministrativo..., cit.

21 Véase, ALESSI, Renato, Principi di Diritto Amministrativo... cit.

22 Véase GIANNINI, Massimo Severo, Lezioni di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano, 1950.

23 Véase GIANNINI, Massimo Severo, Lezioni di diritto amministrativo..., cit.

24 Y es algo que está dentro de la órbita de su competencia ordinaria.

25 En Francia, la ocupación temporánea no puede tener una duración mayor de cinco años. En Italia no puede exceder de dos años, pasados los cuales, sin poderse restituir la cosa a su dueño, debe recurrirse a la expropiación de la misma. En Brasil no se establece el “plazo” de duración de la ocupación temporánea, por lo que la doctrina considera que tal ocupación debe cesar al concluir la construcción que la motivó; el plazo, pues, no está determinado, pero es “determinable”.

es durante las obras de infraestructura—, o para realizar estudios o practicar extracción de materiales, incluso cuando se trate de la incautación u ocupación de un automotor para trasladar un enfermo grave o un accidentado hasta un hospital²⁶ —supuesto en el cual la ocupación cesa una vez que el enfermo o el herido hayan sido trasladados al hospital—;²⁷ entre tantos otros ejemplos.²⁸

La particularidad de este instituto —la ocupación temporaria anormal— es que permite ocupar temporariamente un bien sin tener que pasar por una previa declaración de “utilidad pública” por parte del Congreso y sin necesidad —tampoco— de que el Estado se comprometa a expropiar el bien; ni siquiera se debe asumir la obligación de proponer al Congreso la declaración de utilidad pública ni la expropiación de dicho bien —cosa que no ocurre en los casos de ocupación temporaria normal, para la cual se requiere, necesariamente, una declaración previa de utilidad pública por parte del Congreso—. ²⁹

La segunda diferencia importante entre los dos tipos de ocupaciones temporarias —normal y anormal— es que en la primera de ellas la ocupación es remunerada, mientras que en la segunda no. En los supuestos de ocupación temporal anormal el propietario del bien ocupado no tiene derecho a una remuneración por la privación del uso y goce del bien ocupado, sino que sólo tiene derecho a que se le indemnicen los daños que se produzcan como consecuencia de la ocupación —por ejemplo el arranque o la tala de árboles de una plantación, la pérdida de cosechas correspondientes a campañas en las que la tierra estuviera ocupada, la reposición de instalaciones de riegos, o los daños causados a instalaciones existentes en el bien que excedan las del uso ordinario y habitual del mismo—. Dicho de otro modo, se retribuye y compensa al titular del bien ocupado con motivo de los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados al bien, o los gastos que suponga restituirlo a su primitivo estado.

Lo expuesto es suficientemente elocuente respecto de la improcedencia de disponer la “... ocupación temporaria anormal...” de una persona jurídica, es decir, de un sujeto de derecho —como lo es la sociedad VICENTIN S.A.I.C.—,³⁰ pues las personas jurídicas no se pueden “... ocupar...” —desde ya que tampoco pueden ser, como sujetos de derecho, declaradas de utilidad pública, y mucho menos expropiarse—.

En este aspecto, en el Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020 se cometió un grave error conceptual y jurídico. Además constituyó una decisión “extra poder”.

²⁶ Indica MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., que cuando la autoridad pública se incauta, en la calle, de un automotor, por ejemplo, a efectos de trasladar en él, hasta un hospital, a un enfermo grave o a un accidentado, esa incautación no es “requisición” sino “ocupación temporánea”. El hecho de que el dueño del vehículo, en lugar de cederlo o entregarlo a la autoridad pública para que lo utilice ella misma, prefiera -voluntariamente- conducir él dicho vehículo, prestando así sus “servicios personales”, no altera en el caso el carácter de “ocupación temporánea”, pues la prestación de esos servicios personales es voluntaria y no fue impuesta ni exigida coactivamente por la Administración Pública. Véase también VILLEGAS, A. Walter, Expropiación por causa de utilidad pública, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1939.

²⁷ Véase MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, cit. Tomo IV.

²⁸ Algunos autores señalan como ejemplos de situaciones que estarían implicadas en la ocupación temporánea anormal, los casos de terremotos, incendios inundaciones y, en general, circunstancias que originen un estado de necesidad.

²⁹ GIANOLIO, E., Le occupazioni d’urgenza, Università di Milano, 1963. En Italia, con referencia a la ocupación temporánea, o sea respecto a la ahí denominada ocupación de urgencia, se habla de “ocupación de urgencia instrumental”, que es la ocupación temporánea propiamente dicha, y de “ocupación de urgencia instrumental en expropiación”, según que la ocupación constituya el paso previo para la expropiación.

³⁰ Véase el Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020 y lo arts. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 2° de la ley 19.550.

3. Colofón

Debemos expresar nuestra curiosidad respecto de los motivos que llevaron al Presidente de la República a dictar un decreto de necesidad y urgencia para tomar una decisión como la que ha tomó en el Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020.

En efecto; si advertimos el contenido de dicho decreto, advertiremos que básicamente son — en esencia— dos las decisiones tomadas por el Presidente de la República. Primero (i) intervenir presidencialmente la sociedad —empresa— VICENTIN S.A.I.C. —sin indicar la norma en la que funda tal intervención—; y segundo (ii) disponer la ocupación temporal anormal de la sociedad VICENTIN S.A.I.C. en los términos de los arts. 57, 59 y 60 de la ley 21.499.

Respecto de la primera decisión —la intervención presidencial de la sociedad— cabe destacar que tampoco el Congreso de la Nación tiene facultades para intervenir una sociedad la cual es —en su naturaleza jurídica— una persona jurídica privada —con lo cual mal podría convalidar una decisión inconstitucional de otro poder por la cual se tomara una decisión extraña a los propios poderes del mismo Congreso—,³¹ y tampoco el proyecto de ley remitido —en su momento— al parlamento contiene norma alguna respecto de modificar las leyes ordinarias ni dictar una ley extraordinaria para modificar los mecanismos de intervención de personas jurídicas privadas previstos en el ordenamiento jurídico en la actualidad. Respecto de la segunda decisión, la ley 21.499 otorga competencia para disponer una ocupación temporal anómala a la autoridad administrativa, de donde no se explica por qué el Presidente debería recurrir a un decreto de necesidad y urgencia en lugar de dictar un decreto ordinario. Pero esto quedará en el ámbito de las conjeturas.

Sin perjuicio de ello, todo parecería indicar que lo que el Poder Ejecutivo pretendió al recurrir a este mecanismo, fue construir un modo de legitimar la actuación cumplida por medio de la aprobación posterior de Congreso de lo actuado —por contar con una mayoría que haga esto posible—, y con ello “blindar” la actuación presidencial por fuera de la ley positiva.³²

Y así ocurrió exitosamente con el desembarco de este nuevo instituto de la “Intervención Presidencial”, con las aprobaciones legislativas dadas a los Decretos de Necesidad y Urgencia 530/2012 y 1338/2012. Probablemente lo mismo se pensaba iba a ocurrir con el Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020 que dispuso la “Intervención Presidencial” de VICENTIN S.A.I.C., cuando fuera considerado en el Congreso.

No es intención de estas reflexiones ingresar en el campo de lo relativo al papel que debe jugar el Estado en la economía, ni evaluar o calificar las decisiones que un Presidente de la República pueda tomar en relación con cuestiones de mérito o conveniencia frente a las situaciones de emergencia por las que puedan atravesar ciertas áreas de la producción, u operadores económicos relevantes del comercio interior e internacional, en un campo particular de la actividad de producción e intercambio de bienes y servicios para el mercado. Decidir si se remite un proyecto de ley al Congreso de la Nación respecto de la declaración de utilidad pública de un bien, o de un conjunto de bienes, de propiedad de una o varias personas humanas o jurídicas, —públicas o privadas— es una facultad constitucional que el Presidente de la República tiene y corresponde al Poder Legislativo —luego—, conforme a lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Nacional y las normas de la ley 21.499, resolver si —finalmente— declara que dichos bienes son realmente de “utilidad pública” y los

³¹ Véanse los arts. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 2° de la ley 19.550.

³² Véanse las modificaciones introducidas al régimen de dictado y convalidación de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

sujeta a “expropiación”.

Claro está que para ello debe justificar adecuadamente —el Congreso— las razones y brindar los fundamentos por los cuales la declaración de utilidad pública y la expropiación de los bienes en cuestión, procura “...la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual...”

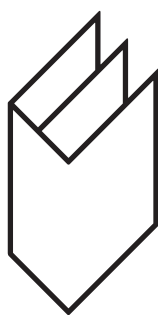
Ahora bien, una decisión de tal naturaleza —para la cual el Congreso está facultado— debe tomarse, establecerse, y ejecutarse dentro de los propios límites constitucionales y bajo el cumplimiento estricto de la ley de expropiaciones 21.499.

Por otra parte, el contenido del Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020 disponiendo la intervención presidencial de una persona jurídica privada —la sociedad VICENTIN S.A.— arrogándose el Presidente de la República facultades y competencias judiciales de las cuales no está investido, en flagrante violación del art. 109 de la Constitución nacional y estableciendo una “... ocupación anormal temporaria...” de un sujeto de derecho, desviando la sustancia de la norma contenida en el art. 58 de la ley 21.499, también fueron conductas reprochables desde el punto de vista constitucional.

Claramente se desprende —del contenido tanto del Decreto de Necesidad y Urgencia 522/2020, como del frustrado proyecto de ley de expropiación de VICENTIN S.A.I.C. remitido en su momento al Congreso— que en esa oportunidad se habían seguido y copiado los modelos de conducta y legislativos utilizados en la expropiación de YPF S.A. y de Compañía de Valores Sudamericana S.A. —ex Ciccone Calcográfica— reproduciendo mecanismos y procedimientos idénticos: (a) una intervención presidencial inconstitucional previa, arbitraria y sin fundamento jurídico; (b) una ocupación temporánea anómala —de facto en el caso de YPF S.A. e invocada expresamente en el supuesto de Compañía de Valores Sudamericana S.A.—; y (c) la posterior remisión de un proyecto de declaración de utilidad pública y expropiación al Congreso.³³

La resistencia de la sociedad civil a ese atropello y ciertas decisiones judiciales que impidieron que la maniobra del Poder Ejecutivo pudiera efectivizarse, llevaron finalmente al Presidente de la Nación a dictar el Decreto de Necesidad y Urgencia 636/2020 —de fecha 31/7/2020— derogando el decreto originario que había dispuesto la intervención.

³³ La diferencia es que en el caso de YPF S.A. se expropiaron acciones representativas del capital social de la compañía, y en el caso de Compañía de Valores Sudamericana S.A. se expropió el fondo de comercio —aunque la ley y el decreto refería equivocadamente a que se expropiaba la persona jurídica propiamente dicha— Un disparate.



Editorial
Económicas
FCE · UNC

PRIMERA EDICIÓN

Córdoba, Argentina

Octubre 2022

colección **INVESTIGACIONES**



FACULTAD DE
DERECHO



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



Editorial
Económicas



UNC

Universidad
Nacional
de Córdoba



BANCOR

ISBN 978-987-48857-5-3



9 789874 885753