

**COMENTARIO AL PROYECTO DE LEY GENERAL DE SOCIEDADES
A PROPÓSITO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES
FRANCISCO JUNYENT BAS**

Resumen: Se analiza el régimen de responsabilidad de los administradores en el anteproyecto de ley general de sociedades de junio de 2019.

Palabras Clave: Responsabilidad – Administradores societarios

Abstract: The administrators' liability regime is analyzed in the preliminary draft general company law of June 2019.

Key Words: Responsibility - Corporate Administrators

I. La proyectada normativa societaria

I.1.Introducción

Durante el presente año, se presentó ante el Congreso de la Nación, un Proyecto de Reforma Integral de la Ley General de Sociedades, que fuera redactada por una Comisión designada por decreto especial del Senado de la Nación.¹

En los fundamentos del proyecto, los senadores Federico Pinedo y Ada Iturrez de Cappellini, señalan que resultaba imprescindible el “aggiornamento” de la ley General de Sociedades, que data de 1972, amén de las reformas introducidas por la ley 26.994 que unificó el Código Civil y Comercial de la Nación, como así también la ley 27.349 que incorporó al elenco de tipos societarios la conocida “S.A.S”, todo lo cual requería de una sistematización integral que receptara los cambios tecnológicos y constituyera nuevamente al derecho societario como una disciplina autónoma y un adecuado instrumento para las empresas.

La Comisión redactora admite que ha tenido en cuenta las directivas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) cuyo propósito ha sido elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales, a fin de que la nueva normativa societaria permita la plena aplicación de dicha directiva.

Asimismo, la Comisión reconoce la relevancia del proyecto de reforma elaborado en el año 2005, por los doctores Jaime Luis Amaya, Salvador Darío Bergel y Raúl Aníbal Etcheverry, como así también otras contribuciones doctrinarias y jurisprudenciales. En esta línea, la reforma propuesta sigue un hilo conductor que procura facilitar el proceso constitutivo, desburocratizar, flexibilizar y dar espacio a la autonomía de la voluntad, con el respeto al rol de la tipicidad que sirve a la seguridad jurídica y se mantiene como una característica de las diversas sociedades, sin perjuicio de las especificaciones de cada tipo.

¹ La comisión está integrada por: Rafael M. Manóvil, Alfredo Rovira, Guillermo Ragazzi, Julio Cesar Rivera, Gabriela Calcaterra y Horacio Liendo, actuando como secretaria Liuba Lencova.

I.2. Una nueva visión del derecho societario

Tal como enseña Manóvil², el reglamentarismo que rigió en materia societaria para poder otorgarle la personalidad a este tipo de entes, y proteger el interés de los terceros, fue siendo dejado de lado en la década de los ochenta, y se buscó simplificar las reglas de funcionamiento interno de las sociedades; fenómeno que se vivió tanto en Alemania, como en Francia, país este último, donde las SAS cuadruplicaron a las Sociedades Anónimas.

Esta nueva visión del fenómeno societario, fue receptada en nuestro país mediante la ley 27.349 que crea las Sociedades por Acciones Simplificadas, y que el proyecto las incorpora en una nueva sección, respetando sus características particulares, pero articulando también esta modalidad societaria dentro de la legislación especial.

En la actualidad, la doctrina³ predica la existencia de un derecho societario de “dos velocidades”. Dicha aceleración normativa determina la existencia de un “derecho duro de sociedades”, más rígido y principista, y de otro, un derecho “blando” representado por la nueva solución legal simplificadora que busca aumentar la autonomía de la voluntad y diluir la influencia de la imperatividad de la normativa vigente, todo lo cual, ha producido un impacto sobre las nociones tradicionales de tipicidad, plurilateralidad, oponibilidad, control de legalidad registral, entre otras.

En consecuencia, también la Argentina sufre el impacto del reclamo de mayor flexibilidad y más espacio para la autonomía de la voluntad, todo lo cual se ha visto reflejado en el nuevo proyecto de la Ley General de Sociedades, que busca “reunificar” estas nuevas características del derecho societario, buscando un equilibrio no fácil de lograr.

II. Aspectos metodológicos

II.1. Estructura de la ley proyectada

En el aspecto metodológico, el articulado mantiene la estructura de la hoy vigente Ley General de Sociedades, que se divide en capítulos y secciones, sin alterarse la numeración de los artículos, pero regulando en el capítulo primero *una parte general con principios y normas que se apliquen a todos los tipos de sociedades*, aún las SAS para las cuales hemos dicho que se incorporan en una sección especial del capítulo segundo, cuidando de mantener el espíritu que inspiró su creación como forma societaria para ser utilizada como instrumento jurídico del mundo de los emprendedores.

En relación a las sociedades unipersonales, la Comisión retomó la idea del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, y optó por la admisión amplia de la unipersonalidad de cualquier tipo y forma jurídica, con la única excepción de aquellas sociedades que requieran dos clases de socios, en dónde esta pluralidad se torna necesaria.

Una nota particular, se reconoce en la conceptualización de la sociedad, en el artículo primero, cuando se señala como elemento causal la “comunidad de riesgos”, y en el segundo párrafo proyectado se admite que al lado de la “causa fin” de obtener utilidades con la consiguiente carga de soportar las pérdidas, la sociedad pueda ser también vehículo para perseguir beneficios más genéricos y omnicomprensivos en el marco de la proyección de su actividad económica.

2 Manóvil, Rafael M., “Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades”, en La Ley, 29 -05-2019, AR/DOC/718/2019.

3 Balbín, Sebastián; “SAS, sociedad por acciones simplificadas”, ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, pag. 39 y sig.

II.2. La conceptualización de la sociedad

Así el artículo primero dice en su primer párrafo: “**Concepto:** Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, o regidas por la sección cuarta de este capítulo, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, corriendo un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”

En rigor, el concepto contenido en el artículo uno tiene tres elementos fundamentales:

a) *La fuerza jurídica de la declaración de voluntad*, sea del único socio o de los socios que “se organizan” conforme a uno de los “tipos” previstos, en el título II, de manera tal que recepta con claridad la fuerza de la autonomía de la voluntad como una directriz central del nuevo proyecto, esta libertad que se establece para los tipos regulados en el proyecto encuentra un límite en los principios generales dispuestos en el CCCN y que sujetan la conducta de las partes a la buena fe y a su protección frente al abuso de derecho;

b) Realizando *aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes*, es decir titular una *empresa*, que tiene como elemento “causal” caracterizante la “comunidad de riesgos” propia del nuevo sujeto de derecho, y donde los socios tienen una mayor libertad para disponer la finalidad societaria, tal como lo establece el párrafo segundo del precepto.

c) *Participando de los beneficios y soportando las pérdidas*, que es la finalidad última de la sociedad, todo lo cual debe plasmarse por el contrato social y las resoluciones de los órganos sociales que se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley.

Así, Manóvil⁴, explica que el dato causal propio de la sociedad es el de ser una “comunidad de riesgos”, lo que distingue a estos entes de cualquier otro contrato, en particular de los contratos asociativos, pues aunque estos tengan una finalidad común, en el sentido de un propósito compartido, les falta el elemento del riesgo común, al que están sujeto todos los socios de una sociedad.

Este elemento causal de la sociedad, fácilmente reconocible, es tanto más relevante desde que el art. 1013 del CCCN estableció que “*la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución*”, dicho derechamente, la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad.

En una palabra, la sociedad se constituye en función de la autonomía de la voluntad, del socio o de los socios, que deben organizarse “típicamente” a los fines de titular una empresa, que se constituye con los aportes y cuya finalidad última es la llamada “comunidad de riesgos” o si se quiere participar en las ganancias y soportar las pérdidas.

II.3. Los “niveles” de tipicidad

El art.1 del nuevo anteproyecto refleja así las notas típicas de la sociedad, aunque claramente se advierte que hay una *tipicidad de primer grado*, que es la creación del ente social que titulariza la empresa y otra de *segundo grado*, que es la que permite individualizar a cada forma societaria y cuyos efectos se producen a partir de su inscripción como señala el artículo 7, segundo párrafo.

Así queda claro que la ley no considera típica a la sociedad simple reglada en la sección cuarta, aún cuando esta consideración es sumamente opinable, pues a la postre, aunque este tipo social,

4 Manóvil - Op. cit.

reglado en el art. 21, no responda al organicismo de las sociedades del título segundo, tiene características que también le otorgan su propia “tipicidad”, si se permite la redundancia.

En esta inteligencia, si bien es cierto que la existencia de la sociedad comienza desde su constitución, o desde que se exteriorice su existencia, los efectos propios del tipo regirán a partir de su inscripción en el registro público, y en su caso las sociedades, cumplido el “*iter fundacional*” deben ajustarse a las pautas de publicidad, regladas en los arts. 10, 10 bis, y 14 del proyecto.

Ahora bien, este artículo primero contiene un segundo y tercer párrafo, sumamente relevantes que no podemos dejar de referenciar, al menos, brevemente.

El *segundo párrafo* establece que el contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos, e incluso el no reparto de utilidades entre los socios, disposiciones que requieren del voto unánime de los socios.

II.4. la directriz de la autonomía de la voluntad

A su vez, el *tercer párrafo* establece una nueva directriz central en el ámbito societario, al expresar que: “*el contrato social, el estatuto, sus modificaciones, y las resoluciones de los órganos sociales, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley.*”

Por último, el artículo primero termina expresando que... “*los socios, administradores y miembros de los órganos de fiscalización, deben ejercer sus derechos, funciones y facultades con ajuste a la buena fe y al interés de la sociedad.*” De esta forma, en esta primera norma ya se establece una pauta de conducta que habrá que correlacionar con las normas que reglan la responsabilidad de cada uno de estos sujetos.

Culmina el artículo expresando que “*no es admisible el ejercicio abusivo de los derechos, sea por mayoría como por minorías. Rige el principio de igualdad de trato a todos los socios, aunque se trate del Estado y se invoque un interés público.*”

En una palabra, se asume la pauta general de los arts. 9 y 10 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), y al establecerse la igualdad entre los socios la cuestión se vuelve relevante para aquellas sociedades donde el Estado sea parte, de conformidad al art. 149 del CCCN.

III. Control de Legalidad, la Autoridad de Registro, publicidad, contenido del contrato constitutivo

III.1. La inscripción registral

Tal como señalamos supra, el artículo primero, reconoce una tipicidad de primer grado pues la sociedad nace por el acuerdo de voluntades, pero el tipo elegido recién se hace oponible después de la inscripción, según la manda del art. 7, y si la sociedad no cumple con ella, queda emplazada en la sección cuarta, como sociedad simple, art.21 y siguientes.

Así, el citado art. 7 establece que “*la existencia de la sociedad comienza desde su constitución o desde que se exterioriza su existencia, en caso de falta de instrumento constitutivo.*”

La norma también puntualiza que los efectos propios del tipo regirán a partir de su inscripción en el Registro Público.

A su vez, los artículos 5 y 6, establecen la modalidad de inscripción y el plazo para ella, expresando que los registros públicos deberán dictar e implementar normas reglamentarias que permiten la expeditiva inscripción, utilizando sistemas electrónicos y estableciendo procedimientos de notificación también electrónicos.

III.2. ¿Y el control de legalidad?

Esta cuestión, nos conduce al tema de “las facultades de control de legalidad” a cargo de la autoridad registral, que no ha sido reconocido en el nuevo proyecto, lo que sin dudas, dará motivo a un fuerte debate doctrinario, pues bajo el velo de la flexibilidad no puede eliminarse un control tan elemental como es el de “legalidad” del órgano administrativo, es decir, del Registro Público, que como tal, no puede ser convertido en un mero “buzón” pues, el Estado está obligado a actuar “sub-legalmente”, lo que le impone el control de legalidad pertinente en orden a las sociedades que se inscriben.

En una palabra, una nota saliente del proyecto, de conformidad al texto del art.5 y 6, es la eliminación del control de legalidad del registro público, limitando sus funciones a la verificación previa del cumplimiento de requisitos formales y de normas reglamentarias de aplicación.

Dicho claramente, lo que se pretende, como lo dice el art.6 es que la inscripción se produzca de forma “inmediata”, y sus efectos son de “publicidad” y “oponibilidad” ante terceros, aspecto que ya había sido puesto en práctica a partir de la sanción de la ley 26.994 y para todos los tipos sociales, al suprimirse del art.6 de la LGS el control de cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, reduciendo así el contenido de la obligación a la sola presentación del acto constitutivo para su inscripción, art. 5 LGS.

Así, el proyecto toma la metodología establecida en el art. 36 de la ley 27.349 para las Sociedades por Acciones Simplificadas, en donde se elimina el control de legalidad por parte del registro y se limita a inscribir el contrato y la documentación acompañada por los socios fundadores.

Esto ha llevado a sostener la eliminación de todo control de legalidad por parte del registrador y la imposición de un nuevo sistema de registración automática, que convierte al registro público en un mero receptor de documentos, donde los efectos de toma de razón quedan limitados solo a la publicidad.⁵

III.3. Un debate que se reinstala

Esta cuestión, motivó posiciones encontradas en torno a la necesidad evidente de restituir el control de legalidad al registro mercantil, tal como lo sostienen Nissen y Perciavalle⁶, entre otros.

En una palabra, el proyecto sigue la línea de la SAS, que en su art.36, ley 27.349, elimina este control de legalidad, bajo el expediente de allanar y facilitar el proceso registral. Esta es ahora la línea que sigue el proyecto de Ley General de Sociedades y que, obviamente resulta sumamente discutible, en atención a las necesarias facultades de contralor que tiene el Estado, como titular del

5 Vítolo, Daniel. En La Reforma al Derecho Comercial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación – 1er Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-, Legis, Buenos Aires, 2012, p. 361 y sig.

6 Nissen, R., “Sobre la evidente necesidad de restituir el control de legalidad al registro mercantil”; Perciavalle, M., “La necesaria existencia del ejercicio del control de legalidad por el registrador mercantil”., todos en La Reforma al Derecho Comercial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación – 1er Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación-, Legis, Buenos Aires, 2012, p. 365 y sig.

poder de policía, y la obligación de asegurar la actuación “sublegal” de todos los habitantes y consecuentemente, personas jurídicas en el país.

De tal modo, las facultades reglamentarias son propias del “poder de policía del Estado” y por ende, son facultades no delegadas al Congreso de la Nación, art. 121 de la Constitución Nacional (CN), todo lo cual implica que si bien la reglamentación no puede alterar las normas sustantivas, tampoco estas pueden avanzar sobre las facultades de cada provincia en una república federal.

III.4. El registro nacional de Sociedades por Acciones

A continuación, a partir del art. 8 en adelante, el nuevo proyecto crea el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, y establece la formación de un legajo por cada sociedad, art.9 y la publicidad en el art. 10, 10 bis.

La primera de las normas establece el contenido y alcance de la publicidad en el diario de publicaciones legales como también en la página web societaria que deben tener las entidades, de conformidad al art. 10 bis.

Por su parte, en el art. 11 se describe el contenido del instrumento constitutivo o contrato social, aspecto en el cual no nos detendremos en esta oportunidad, pero que sigue en rigor el actual esquema societario.

La diferencia entre la tipicidad de primer grado y la de segundo grado se resuelve mediante el actual esquema de las sociedades de la sección IV, que se denominan “sociedades simples” y donde estarán enroladas todas aquellas sociedades que no se constituyen con sujeción a los tipos del capítulo II, omitan requisitos esenciales o incumplan con las formalidades legales.

IV. La Sociedad Simple

IV.1. Un nuevo “tipo” residual

El artículo 21, expresa que se denomina Sociedad Simple, a la que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo segundo, o a los establecidos en otra ley, que omita requisitos esenciales o que incumpla con la formalidad exigida por la ley, incluyéndose también a las sociedades de hecho, y las constituidas durante la vigencia del Código Civil, como sociedades civiles, las que quedan de pleno derecho regidas por esta sección, habilitándolas a seguir incluyendo en su denominación la expresión “sociedad civil” o su abreviatura.

La norma tiene una extensión notable pues, no solo recoge la atipicidad y el incumplimiento de elementos esenciales y/o de forma, sino que también, introduce en esta sección IV a la sociedad civil, pero explicando que se rigen por sus contratos sociales y por las normas supletorias aplicables al tiempo de su constitución, pudiendo incluir el nombre “Sociedad Civil”.

IV.2. La oponibilidad del contrato

La directriz central de la nueva sección lo constituye fundamentalmente la “oponibilidad” del contrato social entre los socios y frente a terceros, art. 22, si se prueba en este último caso, que estos lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación, pudiendo también ser invocados por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

Va de suyo, que el conocimiento de los terceros debe ser “efectivo” pues aquí no ha existido publicidad edictal, o sea que deberá acreditarse el medio y la forma mediante la cual los terceros tomaron conocimiento de la existencia del ente social.

Además, podemos señalar que con el mismo rango que la oponibilidad del contrato, se establece un régimen de responsabilidad de los socios frente a terceros como “mancomunados y por partes iguales”, salvo las hipótesis planteadas expresamente en el art. 24 del proyecto y que se corresponde con el actual texto de la LGS.

IV.3. Responsabilidad “mancomunada”

De tal forma, los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados, y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una mayor proporción, resulten: de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; de una estipulación del contrato social, si es conocido por los terceros en los términos del artículo 22; de las reglas comunes del tipo que manifestaran adoptar y del cual dejaron de cumplir requisitos.

Además, se corrige el error existente en la actualidad sobre la situación del socio insolvente que debe ser absorbido por los “socios solventes”, dividiéndose la deuda entre ellos en la misma proporción.

IV.4. Administración y gobierno

Cabe decir que, se mantienen las pautas sobre representación, administración y gobierno, estableciéndose que las cláusulas del contrato pueden ser invocadas entre los socios.

Dicha oponibilidad, cuando se trata de terceros, cede y cualquiera de los socios representa a la sociedad.

Sin embargo, las disposiciones del contrato social les pueden ser opuestas, si se prueba que los terceros las conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica, por lo que cabe enfatizar que dicha “noticia” debe entenderse “conocimiento efectivo” de la organización social.

IV.5. Titularidad de bienes registrables y esquema de subsanación

Por su parte, se mantiene la aptitud para adquirir bienes registrables a cuyo fin el art. 23, segundo párrafo, establece los aspectos que deben cumplirse para inscribir un bien a nombre de la sociedad.

Por último, se mantiene el esquema de “subsanación” para esta modalidad societaria de manera tal que puedan asumir uno de los tipos societarios corrigiendo la omisión o el elemento necesario para ello mediante acuerdo unánime o por mayoría si la subsanación se ordena judicialmente.

V. De los socios con la sociedad

V.1. La responsabilidad de socios

Tal como es en la actualidad, las relaciones del socio con la sociedad y sus derechos y obligaciones comienzan desde la fecha fijada en el contrato de la sociedad, de conformidad al actual art. 36, regulándose los aportes, su modalidad y su valuación.

En esta línea, se reformula el art. 54 que regula la responsabilidad de los socios y controlantes y regla la “inoponibilidad de la persona jurídica”, incorporándose también la problemática de la “política grupal”.

V.2. El nuevo artículo 54: Responsabilidad de socios y controlantes

Así, el nuevo régimen normativo, subdivide el actual artículo 54, en tres párrafos relevantes, desarrollando en el primer párrafo, la responsabilidad del daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlan, haciéndolos responsables solidariamente por los daños y perjuicios, y aclarando que se trata de una acción social que puede ser ejercida por el órgano de administración, o resuelta por el órgano de gobierno y que, también puede ejercerse individualmente.

En este primer apartado, se establece la responsabilidad del “*insider trading*”, estableciendo que el socio controlante que se valiese de información o de oportunidades de negocios en operaciones propias, está obligado a traer a la sociedad las ganancias, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

V.3. En torno a la política “grupal”

El segundo párrafo del citado artículo, regla la política grupal, y señala que, en la ejecución de una política empresaria en interés del grupo, es admisible la compensación de los daños con los beneficios recibidos de aquella política grupal, pero se aclara que la resoluciones que se adopten y los votos que se emitan privilegiando el interés grupal, deben ser fundados y no poner en riesgo la solvencia o la viabilidad de la sociedad afectada.

En esta línea, cabe recordar que los administradores y los socios tienen la obligación de tutelar el interés de la sociedad que integran, pero cuando esta forma parte de un “grupo societario”, el proyecto reconoce el interés de este último estableciendo una serie de pautas de conductas que alcanzan tanto a administradores como a socios. A los primeros les impondrá la obligación de establecer un adecuado “equilibrio” entre los intereses en juego, y a los socios les hará saber que cuando adopten resoluciones que privilegien el interés grupal no pueden poner en riesgo la solvencia de la sociedad individual.

En una palabra, este reconocimiento de los grupos societarios se ve reflejado en todo el texto del proyecto mediante normas que van exigiendo conductas fundadas y equilibradas tanto administradores como socios.

V.4. La inoponibilidad de la persona jurídica

V.4.a. Una forma particular de abuso: La “utilización” del ente

En esta inteligencia, la figura de la “inoponibilidad de la persona jurídica”, mal llamada desestimación, se re-articula, de manera tal, que quede claro que es “el uso de la sociedad en su condición de tal”, la que se sanciona cuando esta sea utilizada para: a) fines extra-societarios, b) violar la ley, c) el orden público, d) la buena fe, ó e) para frustrar el derecho de socios y de terceros.

Así el artículo proyectado expresa: “*Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando ésta sea utilizada para fines extrasocietarios, para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para violar el derecho de socios o de terceros, o cuando sin justificación en una genuina actividad productiva, constituya el obstáculo para acceder al ejercicio de aquella*”.

De allí que se abandona la fórmula actual que habla del “mero recurso” para señalarse que lo que reprochable es la “utilización” de la persona jurídica, en una palabra, la manipulación abusiva del ente social para afectar los derechos de los socios y/o terceros, configurándose claramente un abuso de la personalidad que deviene ilícita.

V.4.b. El desvío de la causa societaria

De esta forma, queda absolutamente claro que el 54 ter, requiere para su aplicación “el desvío de la causa fin” de la sociedad, sin justificación en una genuina actividad productiva y que, el efecto de la declaración de la inoponibilidad es extender o trasladar a quien corresponda la imputación de los bienes, los derechos, las obligaciones y el patrimonio de las relaciones jurídicas.

Una vez delineadas estas primeras líneas del nuevo estatuto, que sin dudas requiere de un estudio detenido y exegético, nos detendremos muy especialmente, en esta oportunidad, en el esquema de responsabilidad de los administradores.

VI. La diligencia de los administradores y representantes, y su responsabilidad.

VI.1. Aspectos generales

El régimen de administración y representación, se mantiene reglado en el art. 58, donde se establece el principio de “especialidad”, pues, el administrador y/o representante obliga a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, es decir, que los actos llevados a cabo por el representante son “imputables” a la persona jurídica sociedad y, no es un problema de capacidad, como equivocadamente podría interpretarse de la lectura del art. 141 del CCCN.

Por su parte, el art. 59 ratifica la pauta de conducta del administrador reafirmando el clásico cartabón del “buen hombre de negocios”, es decir, que los administradores y los representantes deben obrar con “la lealtad y la diligencia” de aquél, y consecuentemente, deben hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés, con independencia del origen de su designación.

El anteproyecto construye todo el esquema legal de la responsabilidad en 11 artículos que enumera sucesivamente dentro del art. 59, justamente para mantener el orden cronológico de la LGS.

En dichos párrafos el proyecto regla el cartabón de conducta y su relación con el esquema responsabilizador, desarrollando además las pautas de lealtad, como así también el ejercicio de las acciones de responsabilidad, que serán luego aplicables a cada tipo social.

Esta innovación sugerida reiteradamente por la doctrina requiere de una lectura integral para poder comprender el régimen de responsabilidad de los administradores en plenitud y aplicarlo correctamente, como así también, articulado con el régimen de responsabilidad general pautado en el Código Civil y Comercial de la Nación a partir del art. 1708 en adelante.

Además, estas normas que regulan la responsabilidad, deben correlacionarse con cada tipo social, es decir, con el art.130 en el caso de la sociedad colectiva, art.157 sexto párrafo en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada (SRL), art.274 a 279 en las sociedades anónimas, y art.344 en las SAS.

VI.2 La pauta del “buen hombre de negocios”

VI.2.a. Las notas del buen administrador

En esta línea, el art.59 proyectado establece que *“los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Deben hacer*

prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés con independencia del origen de su designación”.

Así, el precepto ratifica y mantiene las dos directrices de conducta que, a la postre, integran el cartabón abstracto, como medio de apreciación de la culpabilidad del administrador societario, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 59 *quater*, *quinquies* y *sexies* que complementan la directriz general.

La norma concretamente ordena que los administradores deben obrar con:

a) La lealtad y b) la diligencia de un buen hombre de negocios.

El cartabón relacionado, copiado de la legislación europea, introduce un criterio abstracto derivado del sistema romano de la graduación de las culpas, apartándose del Código Civil y Comercial, que contiene parámetros concretos de responsabilidad en los arts. 159 y 160, sin perjuicio que como veremos la diferencia en la práctica no es simple de percibir, y la doctrina tiene diversos abordajes.

Así, cabe destacar que la cuestión resulta interesante pues, este estándar societario; *rectius: la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios*, se diferencia, aparentemente, del esquema del código de fondo que adhiere en el art. 1724 a un criterio “concreto” de culpa, dejando de lado el sistema de graduación de las culpas derivado del derecho romano.

En esta inteligencia, el apartamiento del régimen civil no es total, ya que –por ejemplo- el art. 1358 CCCN recepta la culpa leve *in concreto* y dispone que “*El depositario debe poner en la guarda de la cosa la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión*”. Además, se debe considerar que la jurisprudencia ha persistido, en su interpretación, en la calificación de la culpa como grave o leve⁷.

VI.2.b. Repensando el cartabón de conducta

Desde esta perspectiva, Otaegui⁸ criticaba esta pauta expresando que la ventaja del régimen del modelo adoptado por la ley societaria, es cuestión opinable, porque si bien por una parte se señala con autoridad que la graduación de culpas de nada servía al juez al momento de aplicarla, por la otra resulta que los jueces en la práctica han persistido en su utilización. Por ello, el maestro citado culmina expresando que las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación correspondientes a la circunstancia de las personas, del tiempo y del lugar, son las que debe practicar el buen hombre de negocios.

Aquí y ahora, el actual esquema responsabilizador debe leerse a la luz de los arts. 1724 y 1725 del CCCN, tal como veremos a continuación.

Por ello, resulta necesario recordar que la ley española de 1951 se refiere a la diligencia de un “*ordenado comerciante*” mientras, la ley alemana de 1965 hace referencia a la diligencia de “*un gerente ordenado y perito*”.

A su vez, el art. 2392 C.C. italiano dispone que los administradores deben cumplir con la diligencia “*del mandatario*”, aun cuando la doctrina interpreta que esta responsabilidad no tiene su fundamento en una relación contractual sino en la organización de la sociedad⁹.

7 Borda, Guillermo, Obligaciones, Abeledo-Perrot, Bs. As., t. I, p. 85 y ss.

8 Otaegui, Julio; “Adminisrtacion societaria”, ed. Ábaco, Bs. As. 1979, P. 171

9 Halperín, Isaac, op. cit., p. 450.

Brunetti¹⁰ expresa -refiriéndose a la diligencia del administrador- que *“no es fácil decir en qué modo debe ser prestada, dada la complejidad y multiplicidad de las tareas societarias. Ella se refiere a las manifestaciones de la suma de actividades de dirección, vigilancia y organización que la sociedad crea para alcanzar sus fines... es el modelo de ciudadano y de productor que se ofrece en la sociedad en que vive, modelo mudable, según los tiempos y los hábitos sociales. Actualmente el buen padre de familia es el ciudadano o productor consciente de sus obligaciones”*.

Tal como hemos señalado, la norma mantiene los dos parámetros de “diligencia” y de “lealtad”, el primero, implica experiencia y conocimiento de las actividades configurativas del objeto social de la sociedad administrada, o sea, de un comerciante experto, de manera de conocer la técnica mercantil de las operaciones que constituye el objeto social.

El segundo parámetro, refiere a la fidelidad en el manejo de bienes ajenos, y consiste precisamente en que debe dar preferencia al “interés social” por sobre cualquier otro interés personal o ajeno a la entidad.

En esta línea, explica la doctrina especializada que el deber de obrar con lealtad es el resultado de la vinculación de confianza que inspira la designación y la tarea de administración de bienes ajenos.

VII. En busca de un criterio

VII.1. La plataforma Civil y Comercial

Como se advierte, pese a la intención de establecer un criterio “abstracto” de apreciación de la diligencia, hemos visto que el sistema debe integrarse con las pautas del Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 1724 y 1725, es decir, cabe recurrir a las circunstancias de “tiempo lugar y modo”.

Las enseñanzas de Otaegui¹¹ que hemos citado supra, le otorgan la razón al maestro Colmo¹², cuando decía que *entre la pauta abstracta y la concreta como sistema de apreciación de la diligencia o de la culpa, no existe la oposición que muchas veces quiere plantearse”*.

La opinión de Brunetti, se parece en mucho a la de los civilistas argentinos Mosset Iturraspe y Bueres¹³ cuando entienden que el sistema legislativo argentino de apreciación de la culpa es “mixto”.

En idéntico sentido, se inclina la doctrina española¹⁴ expresando que “el art. 127 al describir cuál debe ser la diligencia que ha de emplear el administrador en el desempeño del cargo, establece un criterio general y objetivo, por medio de una cláusula general, para indicar cuál debe ser la conducta que ocupe el órgano administrativo. Aun dado el carácter abstracto del módulo utilizado por la ley, su valoración ha de ser concreta en cada caso, a la vista de la estructura del órgano administrativo y las circunstancias precisas de la actividad a desarrollar teniendo en cuenta el objeto social y los

10 Brunetti, Antonio, Tratado del derecho de las sociedades, UTEHA, t. III, p. 218.

11 Otaegui, Julio; “Administración societaria”, ed. Ábaco, Bs. As. 1979, P. 171

12 Colmo, A., “Obligaciones”, ed. J Menéndez, Bs. As., 1928, nº106, p. 83/84.

13 Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños”, Ediar, 1981, p72; y Bueres, A., “Responsabilidad civil del escribano”, Hammurabi, Bs As, 1984, p. 47.

14 Sánchez Calero, Fernando, “Comentarios a la ley de sociedades anónimas”, Editoriales de Derecho Reunidas, Revista de Derecho Privado, p. 104.

problemas técnicos que el administrador ha de desarrollar y resolver con respecto a esas circunstancias”.

VII.2. Relación con el art. 1724 CCCN

En esta línea, Isaac Halperín enseñaba que la noción del art. 59 de la ley de sociedades, del “buen hombre de negocios”, debe juzgarse a la luz de las circunstancias objetivas del caso concreto, armonizando dicho precepto con los arts. 512 y 902 CC¹⁵, léase hoy, los arts. 1724 y 1725 CCCN.

Gervasio Colombres, citado por Isaac Halperín¹⁶, entiende que se trata de una pauta interpretativa y que la referencia no es a un comerciante sabio, sino a un hombre de negocios normal, por lo que la pauta es la del viejo art. 337 C.Com. que establecía el cartabón del “buen desempeño del mandato”.

Halperín rechazaba esta vuelta a un parámetro concreto y expresaba que no se trata de apreciar la conducta de este director en concreto sino con ese “buen hombre de negocios” a que se remite el art. 59 de la ley.

Por el contrario, Gagliardo¹⁷ admite que la fórmula exterioriza una “calificación de las funciones del administrador societario”.

En esta línea, no podemos olvidar la oposición de Odriozola¹⁸ quien sostuvo firmemente una interpretación concreta y no con parámetros abstractos, así como la posibilidad de asignar responsabilidades individuales, aun antes de la reforma de la ley 22.903, que atenuó la solidaridad en el resarcimiento en caso de actuación plural.

En el derecho español se coincide con Odriozola y así se sostiene que la fórmula seguida por la ley permite una aplicación elástica a las exigencias específicas de la actividad desarrollada por cada sociedad singularmente considerada¹⁹. A tal efecto se ha indicado que la adecuación del modelo abstracto de diligencia de los administradores referido a la concreta actividad del sujeto, se traduce en una rigurosa valoración de la diligencia necesaria, que requieren una prudencia, cuidados y atenciones superiores a los de un hombre común, pues nos hallamos ante una mayor exigencia por la profesionalidad que se pide a un ordenado empresario. En definitiva, el criterio es el que habría usado un administrador normalmente diligente que se hubiere encontrado en aquellas circunstancias²⁰.

VII.3. Una responsabilidad profesional “calificada”

Aquí y ahora, a la luz de los arts. 159 y 160 del CCCN y del proyectado art. 59, cabe señalar que la única diferencia existente es de grado, o dicho correctamente, no se trata de una graduación de la culpa, sino que la expresión “buen hombre de negocios” refiere al profesional que administra y/o

15 Halperín, Isaac, op. cit., p. 451.

16 Halperín, Isaac, op. cit., p. 452.

17 Gagliardo, Mariano, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, p.904, LexisNexis Abeledo – Perrot, 2004, Buenos Aires.

18 Odriozola, Carlos, “¿Reforma del régimen de responsabilidad de los directores o una adecuada interpretación?”, L.L., 1982- B, p. 706.

19 Girón Tena, Derecho de sociedades anónimas, p. 376; Iglesias Prada, Administración, p. 347.

20 Bonelli, La responsabilità degli amministratori, ps. 43-44; Sánchez Calero, Fernando, op. cit., p. 107.

dirige la empresa, por lo que, si bien estamos frente a una responsabilidad “calificada”, hay que tener en cuenta los parámetros concretos establecidos en el CCCN.

Dicho derechamente, la diligencia del administrador societario debe responder a los dos parámetros de la ley, es decir a la lealtad y a la diligencia de un buen hombre de negocios y esta última expresión configura una calificación profesional, de carácter funcional y que, exige una diligencia determinada.

De este modo, el art. 59 proyectado, al igual que su similar de la LGS establece una *auténtica responsabilidad profesional que implica capacidad técnica, experiencia y conocimiento* y para apreciarla se tendrán en cuenta, eso sí, las circunstancias concretas que enumera el art. 1724 CCCN.

En síntesis, tal como ya enseñaba Otaegui²¹, los dos regímenes en “apariencia opuestos”, terminan consustanciándose y así, el art.59 debía leerse a la luz de los artículos 902 y 512 del derogado Código Civil, hoy de los arts. 1724 y 1425 del CCCN.

VIII. El esquema responsabilizador

VIII.1. Una teoría general

Hemos dicho supra que el esquema general de la responsabilidad, si bien está reglado en el art. 59, se compone por 11 artículos y resulta fundamental detenernos en los artículos 59: *quater*, *quinquies* y *sexies*.

VIII.2. Los presupuestos de la responsabilidad: antijuricidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño

El artículo *quater* puntualmente establece que “*Los administradores o representantes que por culpa o dolo incumplieren sus obligaciones o violaren las prohibiciones impuestas por la ley, el contrato social, o el estatuto, serán responsables por los daños y perjuicios que tuvieren causalidad adecuada con su acción u omisión. Su responsabilidad no es objetiva en ningún ámbito, ni son garantes de las obligaciones sociales. La atribución de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación personal de cada administrador o representante en el hecho dañoso y es solidaria entre los que sean declarados responsables.*”

La norma citada, recoge los presupuestos de la responsabilidad civil reglados en los arts. 1708 y siguientes del CCCN.

Desde esta perspectiva, cabe señalar, tal como lo enseñáramos²² desde hace muchos años, que en materia societaria no cabe distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual, pues, aquella ostenta carácter funcional, es decir se origina con motivo del ejercicio del cargo de administrador y/o representante.

Así, oportunamente expresamos que las características de la responsabilidad del administrador, permiten afirmar la especialidad y particularidad de su responsabilidad, de manera tal que aquella nace de la violación de los deberes propios del cargo en el ejercicio de la función orgánica y, consecuentemente, no corresponde distinguir entre carácter contractual o extracontractual, lo que actualmente es recibido en plenitud por el art.1716 del CCCN.

21 Otaegui, Julio; “Administración societaria”, ed. Ábaco, Bs. As. 1979, P. 171

22 Junyent Bas, Francisco, “Responsabilidad civil de los administradores societarios”, Córdoba 1998, Advocatus.

En efecto, la norma citada establece que *“la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado.”*

VIII.3. La antijuricidad “material”

En esta inteligencia, el 59 *quater*, destaca una vez más, la necesaria antijuricidad de la conducta al establecer que los administradores son responsables cuando *“incumplieren sus obligaciones o violaren las prohibiciones legales o estatutarias”*, es decir, contradigan el ordenamiento jurídico.

Va de suyo que esta antijuricidad *“no es formal”* como en materia penal, sino *“material”*. Por ello, si la conducta incumple la convención y/o la prohibición legal, adquiere trascendencia jurídica tornándose antinormativa e ilícita en su materialidad a la actuación.

VIII.4. El reproche “subjetivo”: factor de atribución, culpa y dolo

Por otra parte, el 59 *quater* también establece el *“carácter subjetivo”* de la responsabilidad al señalar que el factor de atribución debe ser culpa o dolo, arts. 1724 y 1725 del CCCN y que el daño producido, debe tener relación de causalidad adecuada con la acción u omisión del administrador de conformidad a los arts. 1726, 1727, 1728 y 1729 del CCCN.

Esta visión subjetiva, ha sido siempre ratificada tanto en doctrina como en jurisprudencia, pues, el administrador tiene una *“obligación de medios”* y consecuentemente, el proyecto de conducta tiene un interés jurídico definitivo, pero este es aleatorio y contingente, y las pautas del *“buen hombre de negocios”* se cumplen observando la *“actividad debida”*.

De tal forma, 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, art. 1724 primera parte del CCCN.

A fines de evitar incorrectas interpretaciones, el 59 *quater* aclara que en ningún caso la responsabilidad es objetiva, sin perjuicio de ello debemos advertir, que el concepto de dolo debe ser tomado respetando el texto del art. 1724, de manera tal que aquel se configura por la producción de un daño de manera intencional o con *“manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”*.

En una palabra, los factores de atribución subjetiva de la responsabilidad están conceptualizados y caracterizados en el CCCN y a ellos debe integrarse el régimen societario, para evitar equívocos.

VIII.5. Obligaciones de medios y/o de resultados

En esta inteligencia, este tema lo hemos explicado largamente²³ expresando que el sistema de apreciación de la responsabilidad en materia societaria no puede confundirse con un esquema de imputación objetiva, pues, las obligaciones del administrador son de *“medios”* y no de *“resultados”*: está obligado a una conducta diligente y leal.

La cuestión suele complicarse cuando se plantea la configuración de las obligaciones de medios, en tanto en la ley existen determinadas *“exigencias”* que deben ser cumplidas por el administrador societario; verbigracia llevar contabilidad en legal forma.

23 Junyent Bas, Francisco, *“Responsabilidad civil de los administradores societarios”*, Córdoba 1998, Advocatus, p. 51.

Así, Rivera²⁴ explica que en las obligaciones de medio el deudor está obligado a prestar una conducta que razonablemente conducirá al resultado esperado por el acreedor: la omisión de esa conducta, constituye la culpa en el incumplimiento de la obligación, lo que dispara la responsabilidad civil. Por ello, el deudor para eximirse de la responsabilidad deberá acreditar el caso fortuito, la culpa de la víctima, o de un tercero, como así también, su falta de culpa consistente en la demostración que actuó con diligencia.

Ahora bien, traídas aquellas opiniones al día de hoy, no cabe ninguna duda que hay situaciones en que la responsabilidad del administrador se produce por omisión; verbigracia, la ausencia de información adecuada, la no presentación de documentación, la ausencia de contabilidad, etc., lo que indudablemente implica culpa *in re ipsa*, pues, de la ausencia del cumplimiento de la obligación surge acreditada la falta de diligencia y/o la eventual deslealtad.

En estos casos, no es que exista una imputación objetiva de responsabilidad, sino que, lo que existe es una “inversión de la carga probatoria”, pues, quien debe acreditar su diligencia es el funcionario societario, explicando por qué no pudo llevar la contabilidad y/o por qué no se informó debidamente.

VIII.6. La apreciación del reproche a la luz del art. 1725 del CCCN

Como siempre enseñó el maestro Orgaz²⁵ al apreciar la culpa, deberán tenerse en cuenta “el mayor deber de obrar” que puede surgir de la naturaleza de la obligación y establecer una comparación, entre lo actuado y lo que debió haber actuado el sujeto, sin recurrir a pautas abstractas u objetivas.

Lo que en realidad sucede, tal como lo acabamos de puntualizar supra, es que muchas veces la culpa surge “*in re ipsa*”, es decir de la naturaleza del incumplimiento, aspecto que debe ser especialmente ponderado por el juez a la luz de las pautas de valoración contenidas en el art. 1725 en cuanto a la diligencia exigida al agente por su profesionalidad y por la confianza especial que los accionistas y los socios tienen en los administradores societarios.

En síntesis, debe integrarse adecuadamente el régimen de responsabilidad civil pautado en el Código Civil y Comercial de la Nación, con el régimen societario y obviamente con los nuevos artículos proyectados.

IX. Resultado de los negocios y actuación grupal

IX. La gestión empresarial

El artículo 59 *quinquies* señala con meridiana claridad que “*los administradores no son responsables por el resultado de los negocios, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar la información disponible sobre la materia objeto de la respectiva resolución*”.

Tal como se advierte, se deja establecido la gestión empresarial de por sí, aún cuando no sea exitosa, no constituye causa de responsabilidad, salvo que se pruebe “mala fe o falta de diligencia profesional o inadecuada información”.

24 Rivera, Julio Cesar, en su voto en autos: “Álvarez, Manuel c/ Guezui, Julio y otros”, Cám. Nac. De Com., Sala D, 2/4/84, L.L., t.1985 –A, p.316.

25 Orgaz, Alfredo, “La culpa”, Lerner, p. 131.

Dicho derechamente, este artículo no es nada más que una derivación de la lealtad y diligencia del hombre de negocios, pero el legislador ha querido dejar a salvo algunas corrientes de pensamiento que pretendían responsabilizar al administrador por los “resultados de los negocios”, transformando la obligación de medios en una de resultados, lo que es totalmente incomprensible en materia societaria.

IX.2. El interés “grupal” vs. el “individual” de cada sociedad

Por su parte, el 59 *sexies*, establece que en “*los grupos societarios, a los fines de la atribución de responsabilidad, la afectación del interés por parte de los administradores de cada sociedad componente, deberá juzgarse tomando en consideración la política general del grupo, con el criterio del art. 54 bis, la que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integran.*”

En esta inteligencia, el artículo proyectado tiende a solucionar el conflicto que se plantea entre el interés individual de cada una de las sociedades que integran el grupo y el interés de este último, que no siempre coinciden.

De esta manera, se puntualiza que, aunque el interés social es la directriz que deben respetar los administradores, en caso de sociedades agrupadas, en la afectación de aquel interés, se debe juzgar tomando en cuenta la política general del grupo y que esta debe asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades.

Tal como se advierte, será siempre una cuestión concreta de cada grupo societario y de cada operatoria analizar en qué medida los administradores han respetado el interés de cada una de las sociedades y en su caso, si el “sacrificio” de alguna de ellas ha guardado una relación de equilibrio con la política grupal.

X. Las directrices de Lealtad

X.1. La problemática de la competencia con la sociedad

El proyecto establece diversos incisos del *art. 59* para pautar lo que son las directivas de lealtad y diligencia, las que se leen en el *art.59 bis, 59 ter y 59 septies*.

Así, el *art.59 bis*, prohíbe que los administradores participen por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad, salvo previsión del contrato, o autorización especial otorgada por el órgano de gobierno. Tampoco pueden utilizar o afectar activos sociales, ni aprovechar informaciones u oportunidades de negocios para beneficio propio, y la normativa termina señalando que quien viola estas prohibiciones está obligado a reparar los daños causados a la sociedad y traer a ésta las ganancias que hubiera obtenido, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva, lo que se correlaciona con el *art. 273* del actual proyecto que aplica tanto para las SRL, las SA y las SAS.

X.2. La problemática de “Conflictos de intereses”

Por su parte, *el art. 59 ter*, regula el “conflicto de intereses” estableciendo que el administrador o representante, que tuviera un interés contrario al interés social, debe hacerlo saber al órgano y abstenerse de intervenir en la deliberación. En las sociedades colectivas, en comandita simple. De capital e industria y simples lo comunicará a los socios.

A su vez, en caso de sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y SAS, rige el *art.272*, que impone al director hacer saber a los demás y al síndico todo interés contrario que

tengan un determinado contrato u operación social, precisando su naturaleza, los términos, el origen y el alcance.

Además, el administrador comprendido por el interés contrario debe abstenerse de intervenir en la deliberación si los demás directores resuelven que ese interés está en conflicto con el social.

En los directorios unipersonales, esta resolución incumbe la sindicatura o en su caso la asamblea, pues la inobservancia de la norma acarrea la responsabilidad prevista en los art. 59 *quater* y art.274.

X.3. Los contratos con el ente que integra

Desde otro costado, en orden a los contratos con la sociedad, el art. 59 *septies* señala que los administradores y representantes, sólo pueden celebrar contratos que sean de la actividad que ésta opera, en las condiciones de mercado.

Los contratos no comprendidos en esas condiciones, el anticipo de fondos, la concesión de créditos o préstamos, la prestación de garantías o asistencia financiera, solo podrán ser celebrados con la autorización previa del órgano de gobierno en cada caso. Debiendo aplicarse específicamente el art. 271 en las SRL, SA y en las SAS.

En este último supuesto, se comprende no sólo a los directores, sino también a los gerentes, que pueden celebrar con la sociedad los contratos similares a los clientes, es decir los celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Los que no reúnen dichos requisitos, requieren aprobación del directorio o conformidad del órgano de fiscalización, debiendo dar cuenta de las operaciones a la asamblea.

A su vez se aclara que los contratos referidos en el segundo párrafo que fuesen desaprobados por la asamblea obligan al director a asumir las consecuencias dañosas que generasen para la sociedad, y transferir a aquella los beneficios obtenidos, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria, con el director contratante de quienes hubiesen aprobado dichos contratos.

Por último, se sanciona a estos contratos con la nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad prevista, todo un tema complejo pues el tercero de buena fe, no puede ser afectado por la aludida nulidad, y tendrá también derecho a ejercer las acciones judiciales que le correspondan.

XI. La exención y/o extinción de la responsabilidad, y el ejercicio de las acciones

XI.1. La conducta necesaria para eximirse

A partir del *art. 59 octies* en adelante, el proyecto regula con precisión la modalidad de eximición o exención de la responsabilidad.

Así, el precepto citado señala que para “eximirse” de la responsabilidad el administrador que participó en la deliberación del órgano, o que conoció la resolución, queda “exento” si la impugna o si deja constancia escrita de la protesta y notifica al órgano de fiscalización interna o externa, si los hubiere, y si no los hubiere, a los socios, antes de que su responsabilidad se denuncie o se ejerza la acción judicial o arbitral.

Esta norma rige para todos los tipos sociales, y de allí que la notificación de la protesta debe hacerse en las sociedades de personas, en último término, a los socios.

Por su parte, la exención de responsabilidad esta reglada para las sociedades por acciones en el art. 274, que contiene tres párrafos diferenciados: a) el primero expresando que la responsabilidad

de los directores se rige por el art. 59 *quater*; b) el segundo, el que habilita a que la imputación de responsabilidad se haga atendiendo a la actuación individual de cada director, ponderándose especialmente el caso en que el estatuto, el reglamento o la asamblea, hubiesen atribuido funciones específicas; y c) tercero, la exención de la responsabilidad, que requiere para liberarse dejar constancia escrita de la protesta en la reunión de directorio o de cualquier otra manera fehaciente, y dar noticia al órgano de fiscalización, antes que se denuncie ante la asamblea y a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

En rigor, el texto legal sigue pidiendo una conducta sumamente rigurosa, pues, hay que admitir que, en el mundo de los negocios, resulta sumamente dificultoso que se deje constancia escrita de la protesta, salvo que el hecho tenga suma gravedad, en atención a las relaciones comerciales convergentes que se estructuran en los órganos colegiados.

Va de suyo, que también puede afirmarse que la conducta que se requiere es relevante en atención a que “oponerse a la resolución”, impugnándola y denunciándola, libera al director de todo tipo de responsabilidad, aspecto claramente diferenciado con la simple extinción que puede llegar a quedar sin efecto en caso de liquidación coactiva o falencial.

En esta línea, debe recordarse que el cargo de director es personal e indelegable, y que aún cuando se puede hacer representar por otro, su responsabilidad es la de los directores presentes, y no puede excusar su responsabilidad por inasistencia, salvo que ésta haya sido solicitada al órgano de manera justificada. Tal como enseñaba, hace ya años Otaegui²⁶ la prueba de la justa causa de inasistencia es a cargo del director que quiere eximirse de la responsabilidad que se le imputa.

XI.2. La declaración de responsabilidad y la eventual extinción

Desde esta perspectiva, el art. 59 *nonies*, dispone que es el órgano del gobierno, con competencia para resolver asuntos ordinarios, léase asamblea ordinaria, el que tiene facultades para declarar “el mal desempeño de los administradores”, y decidir el ejercicio de la acción por los daños y perjuicios causados al patrimonio social, reglando así en esta parte general *la acción social* que hoy se encuentra estipulada en el art. 276 de la LGS.

Así, en las sociedades de personas, se agrega hoy en el proyecto, que la legitimación de la sociedad y que, si no fuera iniciada en el plazo de tres meses, puede hacerlo cualquier socio en la conocida “acción social *uti singuli*”.

Además, la norma establece que se puede declarar el mal desempeño y decidir el ejercicio de la acción, aunque no conste en la orden del día, si es consecuencia directa del tratamiento de un asunto incluido en este; agregando que la declaración produce la simultánea remoción de los administradores afectados y obliga a su reemplazo en la misma asamblea o reunión de socios.

XI.3. La eventual remoción

Asimismo, el segundo párrafo del 59 *nonies* expresamente estipula que la declaración de mal desempeño produce la simultánea remoción de los administradores afectados y obliga a su reemplazo en la misma asamblea o reunión de socios.

Dicha norma se proyecta en materia de sociedades de capital en el art. 276 que engarza con el art. 59 *nonies*, es decir, señala que la acción social de responsabilidad contra los directores, corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea y que dicha resolución producirá, sin

26 Otaegui, Julio; “Administración societaria”, ed. Ábaco, Bs. As. 1979, P. 404

más, la remoción del director o directores afectados, quienes deberán cesar de inmediato en su función y obligará a su reemplazo.

Asimismo, se establece que cuando la mayoría que aprueba la declaración se alcanza a merced a la prohibición de votos de los administradores afectados, la remoción debe demandarse judicialmente o arbitralmente, a cuyo efecto, los socios que la votaron designaran un representante *ad hoc* en asamblea o en reunión de socios constituida seguidamente, sin participación de los administradores afectados. Se agrega que los accionistas que votaron la declaración de mal desempeño pueden por unanimidad, resolver no remover a los administradores afectados o a alguno de ellos.

XI.4. La extinción de la responsabilidad

A su vez, el 59 *nonies* regla la “extinción de la responsabilidad”, expresando que esta última se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción resuelta por el órgano de gobierno, sólo si esa responsabilidad es imputable a título de culpa o abuso de facultades, y no media oposición de al menos el 5% de capital social, si el contrato no fija uno menor.

Se aclara que en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, ese porcentaje, se computa sobre el capital asistente a la asamblea.

Por último, el art. 59 *nonies*, establece que la extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal, regla reiterada en el art. 276 *infine*.

De esta forma, se recepta un reclamo generalizado de la doctrina en orden a que las acciones de responsabilidad se regulan en la parte general de la ley, y no en la Sociedad Anónima, como lo es actualmente, facilitando de esa forma su correcta interpretación y alcance.

XII. Las acciones de responsabilidad

XII.1. Esquema legal: La acción social y la acción “*uti singuli*”

A renglón seguido, el art. 59 en sus apartados *decies* y *undecies* reglan las acciones de responsabilidad, complementando el 59 *nonies* y correlacionándose con los arts. 276, 277 y 279.

Así, en primer lugar, el precepto dispone que la acción social corresponde a la sociedad y que, a esos fines, los socios que votaron a favor de su promoción, o que efectuaron la oposición impeditiva de su oposición, tienen derecho a participar como litisconsortes adherentes autónomos.

A su vez, se puntualiza que si la acción social no fuera iniciada dentro del plazo de tres meses, desde la fecha de reunión de socios, o asamblea que la dispuso, o de la sentencia que la declaró, cualquier socio o accionista puede promoverla o demandar la designación de un interventor judicial en la sociedad para que la ejercite, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento infundado de la resolución, unificando el ejercicio de la acción *uti singuli*, para todos los tipos sociales y diferenciándose del actual régimen donde en el caso de las “sociedades de personas” no se exige la espera de los tres meses, por ser esta última un recaudo expreso de las sociedades de capital.

Asimismo, el proyecto establece, en atención a que rechazada la responsabilidad tiene efecto la extinción y, por ello, los accionistas minoritarios, tienen que impugnar dicha decisión asamblearia, como recaudo para ejercitar la acción de responsabilidad, aspecto que decidiera la jurisprudencia²⁷.

Una cuestión sumamente opinable y que dará motivo a debate pues se alza como un “valladar formal” para reclamar la responsabilidad por parte de quienes no consintieron la extinción, al integrar el grupo que se opuso a la decisión de la mayoría accionaria.

Tal como explicó la doctrina²⁸ la titularidad de la acción social de la responsabilidad queda en manos de esta última, pero también de los accionistas, a los fines de asegurar la defensa del patrimonio social.

Va de suyo que este tipo de acción abarca todas las funciones del administrador, sean las que se denominan de gestión operativa y empresaria, como así también, las de gestión societaria y de representación.

Por otra parte, el art. 59 *decies*, señala que cuando exista pluralidad de acciones promovida contra los mismos administradores, deberán acumularse ante el tribunal que hubiera prevenido.

De todas formas, el recaudo de la impugnación de la asamblea sólo rige para el caso de la acción social y no de la individual pues, el alcance de la extinción no puede de ningún modo afectar el derecho personal de cada socio o tercero.

XII.2. La acción individual

Desde otro costado, el art.59 *undecies*, regla la acción individual de responsabilidad estableciendo que los socios y los terceros conservan sus acciones por los actos de los administradores que lesionen directamente su patrimonio, pero no por los daños indirectos sufridos en razón de su participación en el patrimonio social.

En esta línea, resulta claro que cuando la conducta antinormativa de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas o terceros, estos tienen una acción individual para procurar el resarcimiento.

El primer recaudo o presupuesto de ejercicio de esta acción es que el daño se haya producido directamente con el patrimonio personal del socio o tercero, aspecto que sirve para delimitar como nota distintiva a este tipo de acción de la social, pero que ha dado motivo a un fuerte debate sobre lo que se denominan “daños indirectos”, y más ahora que el art.1739 del CCCN habilita la indemnización por daño resarcible tanto en caso de daño directo como indirecto.

Por el contrario, el proyecto expresamente señala que la acción individual requiere de daño directo y que no puede ejercerse por daños indirectos sufridos en razón de la participación de los socios en el patrimonio social.

Toda una problemática que viene de lejos, tal como veremos.

XII.3. La individualización de las acciones y la cuestión del “daño indirecto”

Tal como se advierte de los textos citados, la regulación tiene una notable complejidad, y en una primera aproximación podemos comenzar diciendo que se mantiene la distinción entre la acción

27 C.N.Com, Sala B, 15/12/89, in re: “Barbará A. c/ Mariland. S.A y otros”, voto de la Dra. Ana I. Piaggi.

28 Gagliardo, Mariano, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, p.615, LexisNexis Abeledo – Perrot, 2004, Buenos Aires.

social y la acción individual, en función del patrimonio afectado, pero con una aclaración sobre el daño indirecto que lejos de clarificar el debate doctrinario y jurisprudencial, lo mantiene vigente.

En efecto, dos son los elementos fundamentales a tener en cuenta para poder discernir cuando se está ejerciendo la acción social y cuando la acción individual, a saber: la *causa* de la acción y el *objeto* de dicha acción.

La causa, tiende a discernir la naturaleza del derecho violado, y por ello la acción será social cuando la falta cometida por el administrador afecte el patrimonio de la sociedad, en tanto será individual cuando se afecten los bienes del accionista y/o tercero.

Así, Otaegui²⁹ expresa que el mal desempeño por falta de lealtad o diligencia en la gestión de los negocios sociales afecta al patrimonio de la sociedad, y es por ello que se trata de una acción social que tiende a indemnizar el perjuicio sufrido por aquella, derivado de la conducta antinormativa del administrador o director.

A su vez, Gagliardo³⁰ señala que el objeto de la acción tiende a discernir el alcance de los perjuicios irrogados por las conductas de los administradores, según sean sufridos por todos los accionistas de la sociedad, o sean soportados individualmente, de allí la distinción entre la acción social o individual, según sea el alcance de los perjuicios.

Dicho de otro modo, la acción social es la que interesa a la sociedad o al conjunto de sus miembros considerados en su universalidad, es decir, como ente colectivo. Se caracteriza por la unidad de causa y objeto pues tiende a la reparación del patrimonio social.

Por el contrario, la acción individual es la que, por su diversidad de causas y objetos, interesa individualmente a uno o varios asociados, no en conjunto como ente colectivo sino, personalmente a cada uno de ellos.

Así, el problema más arduo en orden a la extensión de resarcimiento, está en discernir la cuestión de los daños indirectos en el patrimonio de uno u otro sujeto. En efecto, el problema se plantea cuando los administradores han causado un daño directo a la sociedad y sólo indirecto a los accionistas, y no se resuelve el ejercicio por la asamblea de la acción social, lo que parecería deslegitimizar a los accionistas, ya que no son directamente perjudicados.

En esta línea, oportunamente señalamos que la única solución que cabe es la apreciación circunstancial de cada caso, para así decidir si se trata de una acción que concierne más a la sociedad, por mediar un derecho social o si atañe más propiamente a uno o más individuos aislados, porque está en juego el derecho particular de estos.

En rigor, tal como se advierte, cuando no esté en claro el alcance del daño, no sólo hay que tener en cuenta el objeto de la acción, es decir el patrimonio dañado, sino también, su causa, es decir la naturaleza del derecho violado para poder individualizar la acción deducida.

En una palabra, la acción social está enderezada a reparar los daños sufridos directamente por el ente y los accionistas como colectividad, y no los indirectos, tal como lo establece ahora el art. 59 *undecies*.

29 Otaegui, Julio, "Administración Societaria", p.384, ed. Ábaco, 1979 Bs. As.

30 Gagliardo, Mariano, "Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", p.615, LexisNexis Abeledo – Perrot, 2004, Buenos Aires.

Ahora bien, la cuestión no es tan simple, pues, muchas veces el daño será social y se proyectará individualmente, y el término “indirecto” no parece lo suficientemente claro para delimitar ambos elementos de la acción, es decir el objeto y su causa.

En síntesis, el texto del articulado traerá, sin dudas, un debate sobre el alcance de la acción social y de la acción individual, que no se quedará zanjado con el texto proyectado.

XIII. Conclusiones

A modo de primeras reflexiones, no podemos obviar una primera referencia a la relevancia que tiene el proyecto de reforma integral de la Ley General de Sociedades, y que sin duda, será motivo de numerosos debates por los especialistas en la materia.

Así, cabe señalar que la reforma tiene un hilo conductor en las nuevas corrientes que parecen “avasallar” los antiguos esquemas de la tipología societaria, tornando a la autonomía de la voluntad con una directriz central de la nueva ley.

En esta línea, se advierte la ampliación de la parte general de la proyectada ley que contiene ahora una serie de pautas aplicables a todos los tipos sociales, lo que sin dudas es positivo.

Así, la “unipersonalidad” se convierte en una alternativa válida para todo tipo de sociedad, aunque sin dudas su reflejo más importante se dará en las Sociedades de Responsabilidad Limitadas, y en las Sociedades por Acciones.

De esta manera, se advierten una serie de temas que darán motivo a fuerte debate, entre ellos:

a) El control de legalidad y las facultades de las autoridades de registro; aspecto este que fue explicado en el Senado de la Nación, con motivo de la presentación del proyecto y que sin dudas “dividió las aguas” en el mismo seno de la Comisión.

b) La nueva articulación del esquema de la inoponibilidad de la persona jurídica; que abandona la vieja formulación para referir a la “utilización torpe” del ente social y las consecuencias dañosas que de aquellas se derivan, por lo que, no bastarán actos aislados de irregularidad para utilizar esta figura de responsabilización de socios y controlantes.

c) El régimen de responsabilidad y la adecuada integración de sus presupuestos; toda una problemática relevante que se integra con las pautas generales contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, lo que también dará motivo a debate y que requiere un especial detenimiento para poder discernir cuándo se está frente a una acción societaria y cuando el socio y/o tercero queda habilitado para recurrir al régimen general de responsabilidad civil pautado en el CCCN.

d) La regulación de la acción social y su efecto de remoción del administrador afectado, cuando la responsabilidad es declarada por la asamblea, deja a salvo la acción de remoción propiamente dicha que sigue siendo un requisito de la intervención judicial, art. 115, segundo párrafo.

e) Por su parte, el alcance de la acción individual de responsabilidad y la cuestión del daño indirecto, constituye un tema muy particular a la luz del art. 1739 del CCCN, máxime cuando este último ordenamiento constituye un “piso” que no pueden “horadar” las leyes especiales, pues con este criterio se debilita todo el andamiaje de la responsabilidad, máxime en un nuevo esquema que requiere mayor libertad y flexibilidad y que por ende, también exige mayor responsabilidad, en el

estricto sentido de la palabra como cumplimiento acabado del ordenamiento jurídico, dejando de lado las excusas que en la práctica se utilizan para “apartarse” del rigor legal.

De todas formas, no podemos dejar de señalar que el proyecto refleja un profundo estudio y desarrollo de la materia societaria y de los problemas que hoy requieren de una adecuada sistematización y consecuente legislación, por lo que constituye un notable aporte a la doctrina societaria, más allá de la suerte legislativa que el devenir del quehacer del parlamento le depare.

En este trabajo, hemos realizado apenas una primera lectura de algunos aspectos de la parte general y, con especial referencia, al tema de la responsabilidad de los administradores y del ejercicio de las acciones correspondientes.

Recién estamos empezando a estudiar...