



# Universidad Blas Pascal Publicaciones de la UBP

## Serie Materiales de Investigación



### **Estudio de Derecho Comercial y de la Empresa 2009**

**Juan Manuel Aparicio, María Cristina Curtino ,  
Guillermo C. Ford Ferrer**

Revista de la Sala de Derecho Comercial y  
de la Empresa del Instituto de Investigaciones en  
Derecho Privado de la Universidad Blas Pascal

## Estudios de Derecho Comercial y de la Empresa 2009

**Juan Manuel Aparicio<sup>1</sup>, María Cristina Curtino<sup>2</sup>, Guillermo C. Ford Ferrer<sup>3</sup>**

*<sup>1</sup>Director del Instituto de Investigaciones en Derecho Privado*

*<sup>2</sup>Directora de la Sala de Derecho Comercial y de la Empresa del  
Instituto de Investigaciones en Derecho Privado*

*<sup>3</sup>Director de la Carrera de Abogacía*

# Estudios de Derecho Comercial y de la Empresa 2009

Revista de la Sala de Derecho Comercial y de la Empresa del Instituto de Investigaciones en Derecho Privado de la  
Universidad Blas Pascal

*Juan Manuel Aparicio<sup>1</sup>, María Cristina Curtino<sup>2</sup>, Guillermo C. Ford Ferrer<sup>3</sup>*

*<sup>1</sup>Director del Instituto de Investigaciones en Derecho Privado*

estudioapariciocarrer@arnet.com.ar

*<sup>2</sup>Directora de la Sala de Derecho Comercial y de la Empresa del Instituto de Investigaciones en Derecho Privado*

Cristinacurtino@hotmail.com

*<sup>3</sup>Director de la Carrera de Abogacía*

gford@ubp.edu.ar

## PRESENTACIÓN

El presente número inicial de “Estudios de Derecho Comercial y de la Empresa”, inaugura una serie de publicaciones de periodicidad anual, que tendrá por objeto la difusión de los trabajos de los integrantes de la Sala de Derecho Comercial y de la Empresa del Instituto de Investigaciones en Derecho Privado de la UBP, como asimismo, de juristas invitados de indudable prestigio del ámbito nacional e internacional.

La consumación de este anhelado proyecto, constituye uno de los tantos hitos en el largo camino iniciado por la Carrera de Abogacía de la UBP, partir de su creación y puesta en práctica en 1996, hacia la profundización de la investigación, sin la cual no puede concebirse una auténtica labor universitaria.

En otro orden de ideas, esta revista también pretende evocar la tradición de prestigiosos juristas cordobeses, cuya figura paradigmática esta constituida por la indiscutible personalidad del Dr. Héctor Cámara, “reconocido como uno de los principales integrantes de la Escuela Mercantilista de Córdoba”<sup>1</sup>, y maestro de maestros.

En este contexto, tanto el presente número como los sucesivos tendrán cada uno, como eje central, una temática particular, habiendo elegido para esta inauguración la crucial cuestión jurídica de la responsabilidad en aspectos de derecho societario, derecho concursal y del transporte aéreo.

Sinceramente esperamos que estos trabajos sean de utilidad para el lector y constituyan fuente de ilustración de la labor profesional, doctrinaria y jurisprudencial; con plena conciencia de que este aporte significa una pequeña gota en el

vasto océano de la literatura jurídica especializada; más con plena certeza, también, de que el derecho comercial, como la ciencia jurídica en general, es un fenómeno cultural siempre inacabado, mutable y perfectible, como la realidad social de que se nutre y retroalimenta y, por lo tanto, aquella minucia que podamos agregar, inexorablemente marcará alguna diferencia.

Guillermo C. Ford Ferrer  
Marzo de 2010

## SUMARIO

1.-Antecedentes Jurisprudenciales de la inoponibilidad de la persona jurídica en el fuero laboral. Análisis de la extensión de responsabilidad a los directores.- María Cristina Curtino

2.- Responsabilidad Societaria. María Noel Claudiani.

3.- Régimen de Mayorías Aplicables en la toma de Resoluciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Introducción. Antecedentes. Régimen actual. Modificaciones del contrato. Socio con voto mayoritario. Decisiones Ordinarias. Derecho de Receso. Mayorías Específicas. Diferencia entre Mayoría Absoluta y Simple Mayoría. María Cristina Curtino.

4.- La Caducidad de la Concesión de Servicios Públicos por Quiebra del Concesionario y la Responsabilidad Emergente de la continuación. Introducción. Conceptos Previos. Los contratos administrativos. Elementos. Los servicios públicos. La titularidad. Sus elementos identificatorios y los caracteres. La concesión de servicios públicos. Concepto y caracteres esenciales del contrato. Modos de finalización del contrato.

Rescate. Revocación. Caducidad. El derecho concursal y la empresa. Principios específicos. El tratamiento de los contratos en curso de ejecución en el concurso preventivo y en la quiebra. ¿y el *cramdown*?. La continuidad del servicio público y la quiebra. La continuación de la explotación en la quiebra y la caducidad. La responsabilidad civil emergente de la continuación de la explotación en la quiebra. Nuestra opinión. Alberto F. G. Misino (h).

5.- El Transporte Aéreo Comercial de Pasajeros y la

Responsabilidad por Daño Moral. Evolución de la apreciación del daño moral en el transporte aéreo. Código Aeronáutico Argentino. Supuestos que generan la obligación resarcitoria del daño moral. Un vacío legal. *Overbooking*. El retraso y el derecho a decidir cómo y donde usar el tiempo. Algunas reflexiones a modo de conclusión. Guillermo C. Ford.

6.- En torno a las Acciones Sociales y Concursales de Responsabilidad y Extensión de la Quiebra. Introducción. La configuración de los grupos societarios. Un intento de aproximación conceptual. En torno a su caracterización: la dirección unificada. El control societario. El nivel de vinculación jurídica. El control interno: de derecho y de hecho. El control externo: los especiales vínculos. La licitud de las relaciones de control y la sanción de su desvío. Las obligaciones de administradores y socios. El régimen de responsabilidad societaria. La pauta del interés social. Criterio normativo y jurisprudencial. Las obligaciones de los socios.

Consideraciones preliminares. El art. 54 de la ley 19.550. El daño a la sociedad. La llamada desestimación de la Personalidad. La necesaria delimitación del art. 54, primer y

Terceros párrafos, de la L.S. La tutela del patrimonio societario: una acción social contra socios y controlantes. El descorrimiento del velo: una acción singular. Diferencias entre las diversas hipótesis del art. 54 de la ley 19.550. La tipicidad de la acción social. El abuso de la personalidad como pretensión individual. Las responsabilidades societarias y concursales. Reflexiones sobre la responsabilidad de administradores, socios y controlantes. La insolventación: una acción típica en la falencia. Las acciones societarias. La extensión de la quiebra en caso de abuso de la personalidad. La convergencia de las diferentes clases de acciones. El esquema legal. En torno a las diferencias entre el plexo societario y el concursal. Francisco Junyent Bas.

7.- Responsabilidad de los Administradores –Régimen Gral. – Distintos Supuestos en L.S. y L.C.Q. Responsabilidad de los administradores. Régimen general de Ley 19.550. Articulado que da tratamiento al tema referido y su comentario. Diligencia del administrador: responsabilidad. José P. Sala Mercado.

#### REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

<sup>1</sup> Richard, Hugo Efraín, “*In memoriam Prof. Dr. Héctor Cámara*”, en “*Ensayos de Derecho Empresario*”, tomo 2, Fespresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007, p.17.

# Antecedentes Jurisprudenciales de la Inoponibilidad de la Persona Jurídica en el Fuero Laboral. Análisis de la Extensión de Responsabilidad a los Directores

María Cristina Curtino

*Directora de la Sala de Derecho Comercial y de la Empresa del Instituto de Investigaciones en Derecho Privado*

*cristinacurtino@hotmail.com*

*Fallo:* Martín Alberto S c/ Bianciotto S.A. (Expte. Letra M N° 3 del 11 de febrero de 2000, Secretaría N° 9 de- SALA 5ta.).

*Fallo analizado:* Martín Alberto S c/ Bianciotto S.A. (Expte. Letra M N° 3 del 11 de febrero de 2000, Secretaría N° 9 de esta Sala).

Fecha 11 de Febrero 2000

Tribunal Sala 5ta. Laboral-Secretaría N° 9 - Tribunales Ordinarios de la ciudad de Córdoba

*Voces:* Inoponibilidad de la persona Jurídica.- Extensión de responsabilidad a los administradores de las sociedad comerciales.

El fallo: única cuestión: ¿Corresponde hacer extensiva la condena recaída en contra de Bianciotto S.A. a los socios en los términos de la L.S.?

## A LA ÚNICA CUESTIÓN PROPUESTA

*A Sra. Vocal Dra. María de las Mercedes Blanc de Arabel, dijo:*

*I- La competencia:* Dice el actor en su demanda que la competencia del fuero del trabajo en el caso concreto se define por conexidad por cuanto ha tramitado un proceso ordinario que concluyó en sentencia condenatoria al pago de rubros laborales en contra de la sociedad anónima Bianciotto S.A., habiéndose constatado en la etapa de ejecución de la mencionada sentencia que la empresa ha “desaparecido” sin haber sido liquidada por los mecanismos legales.- La parte accionada ha consentido el decreto de admisión de la demanda y no ha interpuesto excepción de incompetencia de jurisdicción como de previo y especial pronunciamiento pero manifiesta que la cuestión debería ventilarse ante juez competente.- En virtud de tal planteo y en forma previa dable es señalar que la demanda pretende hacer extensiva la condena firme dictada en sentencia definitiva por esta Sala en contra de una Sociedad Anónima a sus directores o socios.- Entonces se prefiguran las circunstancias previstas en el art.7 inc.1 y 3 del CPCC de aplicación supletoria por remisión del art. 114 de la LPT. para decidir la competencia por conexidad de este Tribunal para entender en la presente causa.- Debe advertirse que en la presente causa se pretende hacer extensiva una condena recaída en sede laboral.- Que como bien lo señala Hugo Alsina (Derecho Procesal, Tomo II, pág.639):

“En razón del carácter especial de la justicia del trabajo, la competencia por conexidad debe ser interpretada

restrictivamente, porque aunque ambas cuestiones tengan vinculación por emanar de una misma causa, sólo serán de la competencia del juez del trabajo si ellas constituyen en sí mismas una consecuencia directa del contrato de trabajo”.- En el caso de autos tan es así de directa consecuencia del contrato de trabajo la pretensión que se esgrime que pudo directamente haber sido esgrimida en la demanda principal.- Así lo sostuve en la ponencia oficial presentada en las Primeras Jornadas de Derecho Laboral del Centro de la República realizadas en esta ciudad de Córdoba los días once y doce de octubre del año dos mil dos, en la conclusión N°4: “La inoponibilidad de la persona jurídica debe ser debatida con amplitud de prueba en un juicio ordinario; importa el ejercicio de una acción distinta de la principal de percepción del crédito laboral, por lo que no puede ser aplicada de oficio por el Tribunal.- Puede ser hecha valer conjuntamente con el juicio principal o en una causa independiente, en cuyo caso la competencia del Fuero del Trabajo se encontrará justificada por la conexión que guarda esta causa con la principal.- Por tales fundamentos considero que la Sala resulta competente para entender en la presente causa.

*II- La tesis de la parte actora radica en sostener que los ahora demandados Héctor Guillermo Bianciotto, Héctor José Bianciotto y Teresa Dosetti de Bianciotto son socios e integrantes de la sociedad Bianciotto SA que ha sido condenada por esta misma Sala en autos: “Martín Alberto S c/ Bianciotto SA” al pago de la suma de pesos once mil once con cuarenta y siete centavos por rubros emergentes del contrato de trabajo.- Que al ejecutar la sentencia aludida advierte que la empresa demandada había desaparecido, esto es, no se había disuelto ni liquidado conforme procedimientos legales pero no existían rastros de su capital social, no operando más la empresa en plaza pero habiendo recurrido sus socios a otras formas societarias para lanzar nuevas actividades empresarias.- Que por eso pretende se haga extensiva la condena recaída en contra de la sociedad a sus integrantes y administradores por haber obrado fuera de las pautas impuestas para un “buen hombre de negocios”; reitera que no se pretende la desestimación de la personería societaria sino por el contrario que partiendo de su real existencia, se*

extienda la responsabilidad de ésta a los socios y administradores.

*III- La tesis de la demandada:* Que el actor tomó conocimiento durante el trámite del juicio principal (en especial en la audiencia del cuatro de mayo de dos mil) que Bianciotto SA se vio ante la imposibilidad de continuar en la locación del inmueble de calle Fragueiro 2125 por decisión de su propietario; no pudo renovar el contrato de alquiler lo que determinó conjuntamente con la crisis del sector que la empresa no tuviera un lugar físico donde cumplir con su objeto social.- Niegan obrar malicioso, niegan adeudar a título personal suma alguna al actor, niegan que los accionistas o directores de Bianciotto SA se le pueda atribuir falta de diligencia sancionable según la legislación vigente; que la deuda de la S.A. le es totalmente ajena; que el art. 54 de la L.S. establece los requisitos para la inoponibilidad de la personalidad jurídica de donde se deduce que no todos los incumplimientos de la sociedad le pueden ser trasladados a sus socios, oponiendo defensa de falta de acción.

*IV- La prueba:*

1) *Informativa del Registro Público de Comercio:* Remite copia del contrato social constitutivo de Bianciotto S.A. donde consta que las personas físicas demandadas son los únicos directores, detentando Héctor Guillermo Bianciotto la calidad de Presidente y Héctor José Bianciotto la de vicepresidente (fs.87).-

2) *Informativa de la Dirección General de Ingresos Tributarios de la Municipalidad de Córdoba:* donde se informa como domicilio del contribuyente el de calle Fragueiro 2115, número de cuit 30/68758893/9 con fecha de inicio como contribuyente el dos de septiembre de mil novecientos noventa y seis y de cese por transferencia el catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

3) *Testimonial: de los Sres.:* a) Francisco Carrizo que dijo ser desde hace cuatro años Vocal Titular del Sindicato Petrolero de Córdoba y haber integrado con anterioridad y por el plazo de diez años la conducción de ese gremio en el cargo de Secretario Gremial.- Que hace inspecciones en las empresas que tiene dependientes con personal adherido al Sindicato.- Que Héctor Bianciotto tenía una empresa que estaba en calle Fragueiro frente a la plaza de Alta Córdoba, era una estación de servicio Shell y lavado.- Que Martín trabajó ahí en horario nocturno; que lo sabe porque hizo un procedimiento en el lugar; que hizo también otros para verificar relaciones laborales; que la firma no existe más, no sabe los motivos, ahora están los actuales titulares de la explotación que es una familia de apellido Zalazar, que son titulares del inmueble; lo sabe porque solicitaron la inscripción.- Servicios del Valle es una firma que tiene una estación de servicio en Camino a Montecristo pasando la rotonda de Malvinas Argentinas; no recuerda quienes son los dueños pero ha hecho en ese lugar un procedimiento.- b) Eduardo Alberto Wanisch dijo ser comerciante, conocer al matrimonio Bianciotto de la estación de servicio ubicada en calle Fragueiro y Sarachaga o Isabel La Católica a una cuadra y media de su casa; en ese lugar conoció al actor; que el testigo guardaba el vehículo en ese lugar, también compra

combustible; los Bianciotto estaban habitualmente, ahora no están mas, hay gente nueva y empleados nuevos desde fines de mil novecientos noventa y ocho o mil novecientos noventa y nueve, pero el establecimiento en ningún momento dejó de funcionar.

4) *Confesional:* A tenor del pliego de posiciones obrantes a fs. 126 absolviéron las puestas por la parte actora Teresa Dossetti de Bianciotto y Guillermo Bianciotto habiendo renunciado la parte a la confesional de Héctor José Bianciotto.- La Sra. Dossetti de Bianciotto respondió afirmativamente a la totalidad de las posiciones del pliego reconociendo haber integrado la sociedad Bianciotto S.A. como directora; que la sociedad explotaba en calle Fragueiro 2115 esquina Sarachaga de la ciudad de Córdoba una estación de servicios; que Bianciotto S.A. dejó de operar la estación de servicios en el año mil novecientos noventa y nueve; que actualmente ese inmueble se encuentra alquilado a terceros; que interviene actualmente en la dirección de otra empresa dedicada al mismo rubro que Bianciotto SA denominada Servicios del Valle SA.- Que para el funcionamiento de esta empresa se constituyó una hipoteca en primer grado en favor de la empresa Petrolera del Cono Sur SA en el año dos mil; que la firma Bianciotto S.A. nunca fue disuelta ni liquidada.- Las mismas respuestas se obtuvieron de Guillermo Bianciotto con excepción que dijo no saber que el inmueble de calle Fragueiro se encuentra alquilado y tampoco saber que se constituyó una hipoteca de primer grado en favor de Petrolera del Cono Sur S.A.-

5) Los autos "Martín Alberto S. c/Bianciotto SA-Demanda" tramitados por ante esta misma Sala y Secretaría donde a fs.31 consta inscrita en el registro Público de Comercio con fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro la sociedad Bianciotto S.A.; que uno de los testigos que depusieron en la audiencia de vista de la causa de nombre Vicente Sotelo manifestó -según consta en la sentencia recaída- que en julio de mil novecientos noventa y nueve el Sr. Héctor José Bianciotto les dijo que renunciaran porque iba a cambiar de estación porque estaba alquilando allí en Fragueiro 2115 y se iba a otro lugar de Ruta 19 Km. 711; que allí estuvieron hasta setiembre de mil novecientos noventa y nueve como empleados del mismo patrón pero ahora con el nombre de Servicios del Valle (fs.90 vta.).- A fs.109 vta. el oficial de Justicia que en la etapa de ejecución de sentencia es oficiado a los fines de trabar embargo sobre los bienes de Bianciotto S.A. sito en calle Fragueiro 2115 de Barrio Alta Córdoba, informa al Tribunal que se constituyó en ese lugar el día veintiséis de noviembre del año dos mil uno, que en el lugar funciona una estación de servicios y donde el encargado del lugar le informa que desde hace dos años aproximadamente el establecimiento no pertenece a la firma Bianciotto S.A.; que desde el dieciséis de julio de mil novecientos noventa y nueve es de propiedad de Salazar Hnos. integrada por Silvina Moine y Sergio Salazar, todo de acuerdo a documentación que tuvo a la vista; manifiesta que el domicilio particular del Sr. Bianciotto es calle Fragueiro 2146.- Tal la totalidad de la prueba rendida en la causa.- Valorando la prueba reseñada tengo para mí que se ha

probado que el empleador del actor y condenado en los autos principales Bianciotto S.A. estaba integrada por tres directores que son los demandados en esta causa; que la sociedad anónima explotaba una estación de servicio Shell en calle Fragueiro 2115, donde trabajó el actor hasta el treinta de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.- Que con posterioridad Héctor José Bianciotto en representación de Bianciotto S.A. pidió a sus empleados que renunciaran y a dos de ellos los llevó a trabajar a otra estación de servicio que se denominaba Servicios del Valle en la misma calidad de empleador, pero con otra denominación social "Servicios del Valle S.A.".- Que Bianciotto S.A. dio de baja a los fines tributarios a la actividad en calle Fragueiro 2115 el catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.- Que la sociedad anónima aludida no ha sido liquidada conforme procedimientos fijados en la L.S.- Que para garantizar el funcionamiento del nuevo establecimiento que según lo antes concluido giraba bajo la denominación Servicios del Valle - sociedad anónima que según constancias de autos está integrada por los co-demandados Héctor José Bianciotto y Teresa Dosetti de Bianciotto- hipotecaron su vivienda familiar previo a levantar el beneficio del bien de familia (conforme prueba confesional rendida y constancias de fs.120 vta.).

V- *Fundamentos:* Así la cuestión la sociedad anónima objeto de condena firme en la causa que tramita ante esta misma Sala y que se ha ofrecido como prueba, regularmente conformada, explotó la estación de servicios que funcionó en calle Fragueiro 2115 de Barrio Alta Córdoba; asumió el carácter de empleador del trabajador actor en ambas causas; decía esa persona jurídica luego de iniciado el reclamo judicial para percibir créditos laborales por el actor, cesó en esa actividad por disposición de los socios, fundada en razones que han invocado pero no probado; sus directores y socios no han manifestado que la sociedad anónima posea otra actividad, no han dado a conocer el destino del capital social ni de los bienes de la sociedad; por ende la sociedad ha quedado formalmente registrada pero sin actividad y sin patrimonio actual, habiendo sido dado de baja la actividad ante los organismos pertinentes.- Se ha verificado de ese modo la muerte de la sociedad Bianciotto S.A. sin necesidad de trámite disolutorio alguno; mientras, la actividad comercial ha sido continuada por un ente "distinto" que curiosamente había sido integrado con anterioridad por dos de las tres personas físicas que revisten el carácter de directores de aquella, que a su turno están unidas entre sí en matrimonio y son los padres del tercer demandado; por ende media coincidencia entre los socios, siendo el recurso técnico descripto empleado de modo frecuente en las sociedades de familia, como es el caso de autos.- En definitiva se imputa a los directores de Bianciotto S.A. haber decidido un vaciamiento de la actividad que desempeñaban, su trasbasamiento a otra persona jurídica anteriormente constituida, la falta de publicidad e inobservancia de formalidades, todo lo cuál determina le sea imputado una conducta negligente y culpable que ha propiciado mediante los actos apuntados el insolventamiento de la sociedad anónima condenada, desbaratando los derechos del actor de

hacer efectivas sus acreencias reconocidas en sentencia judicial firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.- A ese respecto, en forma señera, se pronunció la CNCom. Sala C, el 28/2/994 en autos "Tucson SA s/quiebra" donde se resolvió: "la continuación de la actividad comercial por otra sociedad, constituye un supuesto de verdadera ocultación y de vaciamiento patrimonial de la fallida en beneficio de este nuevo ente, urdido por las personas físicas comunes a ambas sociedades, que habrían aprovechado los velos estructurales de las personas jurídicas.- Esa conducta justifica la calificación de culpable y fraudulenta por inclusión en las causales de la ley 19551.-" (Vrf.LL 1994-E-400).- El virtual vaciamiento de la empresa empleadora a favor de otra de idéntica actividad comercial, integrada por los mismos miembros de la familia, perjudica al trabajador al privarlo de la garantía de cobro de sus acreencias.- El vaciamiento mencionado encubre fines extrasocietarios que permite aplicar la llamada teoría de la penetración o prescindencia de la personalidad jurídica" (Cfr.CNAT. Sala III en: "Ibelli Emilio c/Dam SRL" -Sent. N°47.537 del 4/11/97).- Entonces, si los integrantes de la familia Bianciotto directores de la sociedad anónima condenada en los autos traídos como prueba, han posibilitado con su actuar el finalizar la actividad comercial sin recurrir a ninguno de los modos de liquidación de la sociedad comercial que prevé la LS y sin solución de continuidad y utilizando otra persona jurídica han continuado la misma actividad, se configura un supuesto de vaciamiento de Bianciotto S.A. urdido y decidido por la totalidad de sus directores que están unidos entre sí por lazos familiares, conducta con la cuál han producido un desbaratamiento de los derechos del actor reconocidos en sentencia judicial firme, conducta que queda comprendida en la tipificación del tercer párrafo del art.54 de la LS, por lo que corresponde hacer extensiva la responsabilidad por la condena recaída en contra de Bianciotto SA a sus directores y co-demandados en autos en forma ilimitada y solidaria.- Comparto en tal sentido lo sostenido en "La solidaridad en el contrato de trabajo" (Revista de Derecho Laboral 2001-I-Rubinzal Culzoni Editores, pág 251 y ss) en: "El artículo 54 de la ley 19.550, la responsabilidad solidaria de los socios y un debate inexplicable" por Eduardo Alvarez que sostiene que la responsabilidad del socio es solidaria e ilimitada, pudiendo el acreedor reclamar el pago del crédito íntegro a todos los socios o a cualquiera de ellos, sin que puedan ampararse en un límite cuantitativo de su responsabilidad..."- El presente pronunciamiento no implica apartamiento del principio de la limitación de la responsabilidad ni desconocimiento de la calidad de sujeto de derecho de la persona jurídica -distinta de los socios- que debe responder por la condena de la que ha sido objeto con su propio patrimonio.- Pero esa responsabilidad se hace extensiva en razón de las disposiciones del art. 54 de la LS a los socios que coadyuvaron con su actuar en el desbaratamiento de derechos de terceros.- Debe advertirse que la persona jurídica con la limitación de su responsabilidad al capital social permanece incólume en el texto del art. 54 de la LS., respondiendo con su patrimonio por sus obligaciones.- Pero, se hace extensiva la

responsabilidad societaria a los socios que han contribuido a formar en nombre de la sociedad determinados actos que denotan un actuar desviado del ejercicio regular de los derechos societarios.- Ya lo señaló Serik: "la declaración de inoponibilidad no niega la existencia de la persona jurídica sino que la preserva en la forma en que el ordenamiento la ha concebido".

VI- Por las razones apuntadas estimo que debe hacerse lugar a la demanda haciendo extensiva la condena recaída en autos "Martín Alberto S. c/ Bianciotto SA-Demanda" según sentencia N° 193 del 27 de diciembre de dos mil y el auto integrativo de esa sentencia (A.I. N°54 del 3 de abril de 2001), ambos dictados por el Tribunal Unipersonal Número Tres de esta Sala Quinta de Trabajo (Exte. Letra M- N°3 del 11 de febrero de 2000, Secretaría N° 9) a los directores de la empresa Bianciotto S.A. Sres. Héctor José Bianciotto, Héctor Guillermo Bianciotto y Elda Teresa Dosetti de Bianciotto, en forma solidaria, ilimitada y mancomunada, con fundamento en el art. 54 de la L.S., con costas a los demandados (art.28 Ley 7987), debiendo regularse los honorarios de los letrados intervinientes una vez que se fijen las bases económicas para así hacerlo, conforme las pautas suministradas por los arts.29, 34 y 94 de la ley 8226.

Por lo que el Tribunal Unipersonal Número Uno de la Sala Quinta de la Cámara Unica de Trabajo de Córdoba,

RESUELVE:

1)Hacer lugar a la demanda y en consecuencia hacer extensiva la condena recaída en autos Martín Alberto S c/ Bianciotto S.A. (Expte. Letra M N° 3 del 11 de febrero de 2000, Secretaría N° 9 de esta Sala), a los demandados en estos autos Sres. Héctor José Bianciotto, Elda Teresa Dosetti de Bianciotto y Héctor Guillermo Bianciotto en forma personal, solidaria e ilimitada (art.54 LS).

**Sumario: 1- Situación Actual del Problema, 2- Distintas Posturas Jurisprudenciales Laborales, 3- Postura de la Corte Suprema, 4- Fallo Citado, 5- Prescripción de la Acción**

#### 1- SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA

No existen normas laborales expresas de atribución de responsabilidad personal a los directores, administradores, gerentes o socios de sociedades comerciales en la normativa laboral argentina. Frente a ese vacío legal, los jueces en lo laboral se basan en el derecho societario. Se plantean dos interrogantes para extender la responsabilidad: el fuero competente y la oportunidad de la demanda. Este tema generó dos respuestas jurisprudenciales: una amplia, por la que la mera irregularidad registral habilita la extensión, y otra más estricta, que dice que la responsabilidad no es presunta y requiere su debida acreditación en el caso concreto. En ese contexto, los fundamentos utilizados por los jueces laborales para extender la responsabilidad a los administradores y socios provienen del derecho societario (arts. 274 y 59 de la Ley de Sociedades). Esta jurisprudencia es de aplicación reciente, pues a partir del año 1997 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT) comenzó a dictar fallos en

ese sentido. La extensión de responsabilidad a los administradores y socios por parte de los jueces laborales se ha aplicado en los casos en que se han verificado relaciones laborales no registradas o deficientemente registradas y ha generado un profuso debate en la doctrina laboralista. Los artículos 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades extienden la responsabilidad a los socios o administradores de la sociedad cuando éstos han tenido una conducta personal reprochable tendiente a violar la ley en perjuicio de la propia sociedad, sus accionistas o terceros. Se han planteado también dos interrogantes vinculados al presupuesto de la acción para extender la responsabilidad: 1.) El primero gira en torno a qué fuero sería el competente para entender en estas cuestiones. Existiendo actualmente dos posturas doctrinarias que se inclinan alternativamente por la justicia comercial o la justicia laboral.

#### 2- DISTINTAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES EN EL FUERO LABORAL

En el año 2001 la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires resolvió en los autos "Vera, Beatriz c/Ameduri" que ante la pretensión del trabajador de imputar a los socios, controlantes o administradores los efectos de una sentencia laboral, el juez competente, para entender en esa cuestión, debería ser el juez con competencia en lo comercial de la jurisdicción que corresponda. En el ámbito de la ciudad autónoma de Buenos Aires la Justicia Nacional del Trabajo ha aceptado la competencia laboral para entender en estas cuestiones.2) El segundo interrogante está vinculado al momento en que deben ser demandados los administradores o socios. Coincido con los que sostienen que dicha extensión de responsabilidad debe ser reclamada desde el inicio del proceso, ya que de lo contrario se vería afectado el principio de congruencia y, fundamentalmente, el derecho de defensa en juicio consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional. En ese sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sala "I" de la CNAT "Villarroel c/textil Corea" y la Sala "X" de la CNAT, en autos "Moschitta c/Echarson". Existe otra postura, que es la misma que utiliza el fallo que comentamos, que no comparto, que sostiene que la extensión de responsabilidad puede solicitarse en la etapa de ejecución de sentencia (art. 6° del CPCCN). En ese sentido se ha pronunciado la Sala "III" de la CNAT en autos "Ibeli Emilio c/Dam SRL". En el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo podemos diferenciar claramente dos posturas sobre este tema. Una postura amplia que sostiene que ante la simple acreditación de la irregularidad registral queda habilitada la extensión de la responsabilidad a los administradores o socios, prescindiendo de las normas de derecho civil en materia de atribución de responsabilidad. Esta corriente propone una suerte de responsabilidad objetiva de los administradores derivada del hecho de ser miembros de los órganos de gobierno de la sociedad.

El origen de esta postura proviene de sendos fallos de la Sala "III" de la CNAT en autos "Delgadillo Linares c/Shatel SA" del año 1997 y "Duquelsy c/Fuar" del año 1998 mediante los cuales se extendió la responsabilidad por los actos ilícitos en materia laboral en forma personal, ilimitada y solidaria a

los responsables de la administración de las personas jurídicas. A lo largo de estos años y con diferentes matices, entre ellos una incorrecta remisión al artículo 54 de la Ley de Sociedades han adoptado esta interpretación en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, las Salas, "I", "III", "IV", "VII", "IX" (que luego del fallo "Palomeque", de la SCJN cambió su postura. Por otro lado, gran parte de la doctrina que ha sido receptada por algunos jueces sostiene que la responsabilidad de los directores ya administradores no es presunta y requiere su debida acreditación en el caso concreto, siendo insuficiente la mera comprobación de falta de registro o deficiente registro de la relación laboral. Adhieren a esta postura, en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, las Salas "II", "V", "VIII" y "IX". la Sala VI

Últimamente la CNAT dictada en los autos; Cabrera Pedro c/ Seven Seas S.A. y otro; Sala VI, donde un trabajador que cobraba parte de su remuneración en negro fue despedido. El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, pero rechazó la extensión de la condena al Director de la sociedad empleadora. La Cámara, por medio de esta Sala, modificó el fallo expresando que cabe extender la condena al presidente de la sociedad anónima empleadora que abonaba la remuneración del actor parcialmente en negro, toda vez que dicha clandestinización parcial de la remuneración, torna aplicable la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica prevista en el artículo 54 de la Ley 19.550. No es necesaria la prueba de la intencionalidad de utilizar la sociedad para que las obligaciones pendientes resulten imputables al socio responsable, que debería hacer frente con su patrimonio a las mismas cuando, objetivamente, las conductas perjudiciales e ilegales son manifiestas. Una vez más desde el derecho societario; se procura una solución para una problemática que exhibe una clara naturaleza laboral y de la seguridad social, habilitando una teoría que debería ser aplicada a casos extremos y excepcionales, donde muchos jueces laborales sostienen que concurre en tanto se visualice un propósito indubitable de conformar un ente con una intencionalidad fraudulenta.

### 3- CORTE SUPREMA

Hasta el momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con su anterior composición, se ha expedido concretamente sobre el tema que nos ocupa en dos sentencias. En el mes de diciembre del año 2002 en autos "Carballo Atiliano c/Kanmar SA" y en el mes de marzo del año 2003 en autos "Palomeque c/Benemeth", la Corte entendió que extender la responsabilidad en forma solidaria con la compañía a los administradores de una sociedad por la sola existencia de una relación laboral no registrada, no correspondía fundamentalmente por los siguientes argumentos: Entiende que al extender la responsabilidad se vulneraban los derechos de propiedad y defensa en juicio, ya que se subvierten las reglas de la carga probatoria aplicables en la materia y no se tiene en cuenta el carácter excepcional de la causal de responsabilidad prevista en el artículo 59 de la Ley de Sociedades, asimismo, entiende que los jueces laborales han hecho una aplicación de una norma de la Ley de Sociedades que no constituye una derivación razonada del

derecho vigente y que se ha prescindido de considerar la personalidad diferenciada de la sociedad y la de sus administradores. En su argumento establece que en esos casos no se ha acreditado que la sociedad empleadora sea una sociedad ficticia o fraudulenta constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, y que prevaleciéndose de dicha personalidad afecte el orden público laboral. Es importante destacar que la CSJN con su actual composición podría cambiar la doctrina sustentada en los fallos antes mencionados, adhiriendo a la postura amplia en materia de extensión de responsabilidad a socios y directores de sociedades comerciales. Teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales antes mencionados y los argumentos jurídicos de lo que podríamos llamar la postura amplia en materia de extensión de responsabilidad a los administradores o socios de las sociedades comerciales.

### 4- FALLO CITADO

En los autos Martín Alberto S. c/ Héctor G. Bianciotto y otros y su acum. Cámara del Trabajo Sala 5ª Córdoba: Sentencia 89, el actor inicia formal demanda en contra de tres personas físicas, que eran socios de la sociedad demandada, señalando que con anterioridad a la presente acción, se promovió demanda laboral en contra de la Sociedad anónima integrada por los hoy codemandados. Destaca que en aquella oportunidad recayó sentencia favorable al accionante condenándose a la sociedad, pero al iniciar la ejecución de sentencia se advirtió que no existían rastros del capital societario y la empresa no se había liquidado ni disuelto por los procedimientos legales, resultando visible la conducta maliciosa de los demandados. En consecuencia solicitó que se condene a título personal a los socios al pago de los importes determinados en la causa de referencia. La Cámara de Trabajo acogió la demandada e hizo extensiva la responsabilidad a los integrantes de la sociedad accionada. Para aclarar al lector la situación, la demanda laboral se inicia *solamente* contra la sociedad, la extensión de responsabilidad es otra demanda posterior, contra de los directores de la sociedad anónima.

La inoponibilidad de la persona jurídica debe ser debatida con amplitud de prueba en un juicio ordinario; importa el ejercicio de una acción distinta de la principal de percepción del crédito laboral, por lo que no puede ser aplicada de oficio por el Tribunal. Puede ser hecha valer conjuntamente con el juicio principal o en una causa independiente, en cuyo caso la competencia del Fuero del Trabajo se encontrará justificada por la conexión que guarda esta causa con la principal. La actora viene a demandar por hechos ocurridos hace ya, largamente, más de dos años, que es el plazo para la prescripción de las obligaciones laborales. Nada le impidió a la actora demandar conjuntamente a los socios, como ahora pretende. Lo que inicia es un nuevo proceso, tal como ella dice de conocimiento amplio, pero en materia laboral. A los Directores de la sociedades debe aplicársele el artículo 274 de la Ley de Sociedades, que expresamente dispone que quedará 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. No hace falta aclarar que en la práctica el cumplimiento de esta disposición es prácticamente imposible ya que la mayoría de los casos en los que pretende extender la responsabilidad a los administradores están vinculados con personas que alegan estar mal registradas por la sociedad pero dicho encuadramiento como empleado o autónomo depende del análisis concreto de cada caso y no son claramente visibles ni siquiera para expertos en derecho laboral.

#### 5- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Estas acciones de extensión de responsabilidad son iniciadas después de un largo tiempo desde la sentencia que condena a la sociedad. El problema se plantea con los plazos de Prescripción para iniciar la acción de daños y perjuicios ya que la extensión de responsabilidad. No me cabe duda que la prescripción aplicable es la del art. 4037 del Código Civil que establece “Prescribase por dos años la acción de responsabilidad civil extracontractual”.

Los hechos que originan la extensión de responsabilidad cuya naturaleza jurídica no es otra que la acción de daños y perjuicios ocurrieron mucho antes que dos años.

Asimismo también es de aplicación el artículo 848 inc. 1 del Código de Comercio que establece “Prescribe por tres años: 1ro Las acciones que se deriven del contrato de sociedad y de las operaciones sociales, con tal que las publicaciones prescriptas en el título respectivo hayan sido hechas en forma regular”

La acción de extensión de responsabilidad se encuentra prescripta si se inicia en un plazo superior a dos años desde la sentencia que condena a la sociedad.

La acción de inoponibilidad de la persona jurídica es accesoria de la principal, que es la de daños y perjuicios.

Toda la doctrina (Manovil, Molina Sandoval etc) opina que “esta es una acción extracontractual, ya que no existe un vínculo negocial entre el tercero y los socios y controlantes.

Además, no se busca en la especie imputar una conducta a

Otro sujeto, solamente responsabilizarlo. Por ello, en la especie, cuadra la aplicación del art. 4037 Código Civil ergo, la prescripción es de dos años<sup>1</sup>.

El plazo de prescripción, se entienda que se trata de una acción laboral o de una acción civil, esta prescripto si han transcurrido más de años de la sentencia.

En materia societaria se aplica el régimen del Código Civil por remisión del art. 207 del C. de C. que establece que

“EL CODIGO CIVIL, EN CUANTO NO ESTE MODIFICADO POR ESTE CODIGO ES APLICABLE A

#### LAS MATERIAS COMERCIALES “

Así la doctrina “ LEY DE CONTRATO DE TRABAJO “Jorge Rodríguez Manzini TOMO IV PAG-693 COMENTARIO AL ART. 256 “ El art. 4030 1º párrafo del C.C. marca idéntico plazo al establecer “ la acción de nulidad de los actos jurídicos , por violencia, intimidación , dolo , error o falsa causa , se prescribe por dos años, desde que la violencia o intimidación hubiese cesado y desde que el error , el dolo o falsa causa fuese conocida.”

“Justificando la postura del plazo bianual Ferreiros remite a la letra del art.4030 del C.C. el cual dispone que en el caso de los vicios de los actos jurídicos la prescripción comienza a correr desde que el mismo es conocido. Consecuencia de ello es que pueda producirse la situación de que el trabajador acceda al conocimiento de la existencia de fraude o vaciamiento con la sentencia de un juicio laboral que se ha tornado de cobro imposible ; en cuyo caso el plazo para reclamar por conocimiento del vicio comienza a correr con la realidad que le provee la propia sentencia , en nuestro caso 4 DE DICIEMBRE DE 2000 ( fecha de la sentencia ) y también en ese momento comienza a correr el plazo de prescripción, porque es cuando accede al derecho, que recién sabe propio y exigible “ JORGE MANZINI TOMO IV PAG.694.

En definitiva, la extensión de responsabilidad como una nueva demanda en contra de los directores de la sociedad, cuando no fue invocada en la demanda laboral solo podría hacerse como una demanda de daños y perjuicios dentro de los plazos de prescripción del Código Civil. Admitir una extensión dentro de la demanda laboral después de mas de tres años de la sentencia que condena a la sociedad, implica un quiebre al sistema legal vigente.

#### REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- 1- “LA DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA”, Molina Sandoval, Carlos, Editorial ABACO, pag. 127.
- Nissen, Ricardo A. Curso de Derecho Societario. Ed. ad-hoc (2000)
- Farina Juan –Tratado de derecho Societario. Ed. Zeus (1980)
- Cuesta Elsa Derecho Cooperativo. Ed. Abaco (1987)
- Halperin, Isaac Sociedades Anónimas, 2ª Edición. Vd. Desalma (1998)
- Halperin, Isaac Sociedades de Responsabilidad Limitada Ed. Desalma (1975)
- Nissen, Ricardo A. Ley de Sociedades Comerciales Ed. Abaco (1994)
- Zaldívar, Enrique et al. Contratos de Colaboración Empresarial. Ed. Abeledo-Perrot (1993)
- Zaldívar, Enrique et al. Cuadernos de Derecho Societario. Ed. Machi S.A. (1973)
- Richard Efraín Muiño Orlando. Derecho Societario. Ed. Astrea (1997)

# Responsabilidad Societaria.

María Noel Claudiani

*Adscripta a la Cátedra de Derecho Societaria de la carrera de Abogacía de la UBP*

*Docente tutor de la asignatura Introducción al Derecho de la carrera de Abogacía, Modalidad a Distancia, de la U.B.P.*

*mnclaudiani@ubp.edu.ar*

**Sumario: Introducción, 1. Concepto, 2. Análisis Social Interno y Externo de la Responsabilidad Societaria, 3. Consecuencias Sociales Internas y Externas Derivadas de la Responsabilidad Societaria**

## INTRODUCCIÓN

Al analizar la Responsabilidad societaria que deviene en función de la promoción de las acciones sociales previstas en el estatuto específico de la materia, considero menester formular una serie de consideraciones previas atinentes a la noción que engloba en sí misma dicha temática, a los ámbitos en que la misma se proyecta y por consiguiente, a las consecuencias que derivan de la misma en la perspectiva social interna y/o relacional del ente del que se trate.

Así también, y a los fines de su concreción práctica, se esboza la regulación normativa de la cuestión a desarrollar y su recepción genérica en la doctrina y en la jurisprudencia.

## 1. CONCEPTO

A los fines de delimitar el alcance del término "Responsabilidad societaria", deviene forzoso partir del texto legal y de su regulación.

Al respecto se dirá que la Ley de Sociedades Comerciales (en adelante, LS), en el Capítulo Primero, "De la Administración y Representación", Sección 8º, Artículo 58, caracteriza genéricamente la responsabilidad del administrador o del representante legal de la sociedad. El tenor literal del mismo reza: "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 éstas por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aún 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". Asimismo, el Artículo 59, establece: "Diligencia del administrador: responsabilidad. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con la 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."

Precisado lo anterior, ha de considerarse que los artículos 58 y 59, ibídem, se erigen en pautas inescindibles a los fines de meritar la actuación de los administradores y/o

representantes sociales para la imputación de responsabilidad que pudiera atribuírseles en la concreción de los actos perjudiciales a la sociedad.

Señalo que dicha regulación es genérica ya que es aplicable a la totalidad de los tipos sociales previstos en el ordenamiento societario, amén encontrarse prevista su regulación para determinadas sociedades, por cuanto dicho cuerpo legal en su Capítulo Segundo, "De las sociedades en Particular", Sección 5º "De la Sociedad Anónima", al caracterizar a dicho ente societario, reglamenta en los artículos 276, 277, 278 y 279 de la LS, las acciones social e individual de responsabilidad contra los directores.

La hermenéutica legal y teleológica de la LS, autorizan a inferir dicha conclusión.

De lo expuesto, se colige que la responsabilidad social de los representantes legales y en su caso, de los administradores, tiene lugar cuando en ejercicio de la gestión societaria que por ley o convenio les fuere encomendada, incurren en actos u omisiones que acarrear o son susceptibles de acarrear consecuencias dañosas al ente al cual representen.

El legislador ha brindado una suerte de estándar jurídico para valorar la actuación de dichos funcionarios, cual está delimitado por los deberes genéricos de diligencia (*duty of care*). Y lealtad (*duty of Loyalty*).

Ambos deberes, también denominados "*duties of directors*", reconocen un sustrato común y es la prevalencia del interés social por sobre el interés particular de los administradores. No obstante lo anterior detentan un contenido propio que permite diferenciarlos.

Así el primero de ellos ha sido caracterizado como el "...deber de quienes desempeñan el cargo de administrador de adquirir los conocimientos mínimos necesarios para poder desarrollar su función con diligencia...".<sup>1</sup> En sentido concordante con ello, en el derecho comparado se ha establecido que "*As a generale rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the Fundamentals of the Business in which the Corporation is engaged. If one feels that he has not had sufficient business experience to qualify him to perform the duties of a director, he should either acquire the knowledge by inquiry, or refuse to act...*" (Francis v. United Jersey Bank, N.J., 432 A. 2d. 814, 821-822-1981)<sup>2</sup>. Es decir que el deber genérico de obrar con diligencia se relaciona con la idoneidad técnica para el desarrollo de la función que orgánicamente le compete al administrador.

Ahora bien, en relación al segundo de ellos, se ha establecido que “El deber de lealtad, en tanto que contenido de la obligación de desempeñar el cargo de administrador, exige ante todo, al igual que el deber de diligencia que los administradores, antepongan en todo momento el interés de la sociedad a su propio interés. El contenido específico del deber de lealtad consiste, en cambio, en que, como consecuencia de la obligación de los administradores de perseguir en el desempeño del cargo exclusivamente la satisfacción del interés social, deben abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad”<sup>3</sup>. A modo de ilustrar dicho contenido, la jurisprudencia anglosajona determinó “... *Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interest. While technically not trustees, they stand in a fiduciary relation to the corporation and its stockholders ... The rule that requires an undivided and unselfish loyalty to the corporation demands that there shall be no conflict between duty and self interest...*” (Guth v. Loft, Inc, 5 A., 2d. 503) G<sup>4</sup>. Nótese que el contenido del deber de lealtad repara en el débito fiduciario que el administrador detenta en relación a los socios, ello en miras de perseguir el interés social.

No obstante el desarrollo precedente, ha de considerarse que el representante o, en su caso, el administrador, no está obligado a garantizar el éxito del negocio u operación que perfeccione en nombre de la sociedad; el mismo compromete su idoneidad y solvencia moral en la concertación de aquél o aquélla.

La determinación del obrar diligente y leal del representante o administrador en el marco de las funciones que por ley o estatuto le son conferidas ha de meritarse en cada caso concreto y valorarse con criterio restrictivo.

## 2. ANÁLISIS SOCIAL INTERNO Y EXTERNO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

De modo preliminar a dicho análisis, ha de partirse de la noción de que los administradores sociales detentan la gestión de un capital ajeno. De tal modo recae sobre los mismos el manejo de los recursos materiales e inmateriales que integran el patrimonio social de la sociedad. Es decir, que dichos funcionarios concertarán los negocios sociales, en el marco delimitado por el objeto social del ente, destinados a la obtención de beneficios y minimización de los riesgos que dichas operaciones pudieran acarrear a los titulares de las participaciones societarias.

Como corolario de ello, se deduce la existencia de un poder de gestión conferido por los socios a los mismos y del correlativo deber de éstos hacia aquellos, sintetizado práctica y genéricamente en la obligación de rendir cuentas de dicha manda (art. 68, C. Com.). Amén de lo expuesto, la Jurisprudencia ha establecido que: “En las relaciones intrasocietarias de las sociedades comerciales regularmente constituidas es improcedente la acción de rendición de cuentas, por éstas deben esclarecerse a través de las reglas concernientes a la preparación y aprobación de los balances”<sup>5</sup>. En sentido coincidente, el estatuto social prevé en el art. 66, la obligación que detentan los administradores, en oportunidad

de la presentación de los estados contables para su valoración por parte de los socios, la de plasmar en la Memoria las operaciones por ello perfeccionadas.

Ahora bien, cuando los administradores o representantes legales conforme a las pautas de valoración brindadas por los arts. 58 y 59 LS, se extralimitan en las facultades conferidas por la ley, el estatuto o contrato, responden frente a la sociedad, los socios y los terceros por los daños y perjuicios a ello ocasionados.

De tal modo y valoradas las circunstancias del caso, al deducirse una acción de responsabilidad por parte de quienes se encontraren legitimados a ello, y en su caso, admitida y declarada la misma por Tribunal competente, ha de diferenciarse si el acaecimiento de aquélla se enmarca dentro de la órbita interna de la sociedad, o si por el contrario, se configura frente a terceros, es decir, en la faz externa del ente.

En el primer supuesto, el perjuicio involucrará al interés social, mientras que en la segunda de la hipótesis, no sólo comprometerá el interés de la sociedad sino el de los socios o los terceros vinculados a la misma. Maguer lo anterior, debe considerarse que la responsabilidad societaria puede proyectarse en ambas esferas, o bien, en alguna de ellas.

En uno u otro caso, deberá responder el administrador de la sociedad por los daños y perjuicios irrogados por su actuación u omisión.

A tales fines, el ordenamiento societario, regula en particular dos tipos de acciones de responsabilidad societaria, a saber: a) Acción Social de Responsabilidad y b) Acción individual de Responsabilidad.

La primera de ellas, se encuentra prevista en los arts. 276, 277 y 278, L.S. y persigue la reparación de los daños causados a la sociedad por la actuación u omisión del administrador o representante legal. En efecto, tiene por objeto resarcir el patrimonio social, de un daño directo sufrido a causa de la conducta imputable a sus directores.

La segunda, tiene por objeto el resarcimiento del perjuicio que se haya producido en el patrimonio particular de los terceros o de los socios. Dicha acción, se encuentra regulada en el art. 279, L.S.

## 3. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

### a) Acción social de responsabilidad.

Valoradas las circunstancias del caso con el criterio ya expuesto (arts. 58 y 59, LS), para la promoción de la acción social de responsabilidad y determinadas expresamente por la ley (Interés contrario, art. 272; Actividades en competencia, art. 273; Mal desempeño del cargo art. 274, LS), o el estatuto social, diversas hipótesis en las que resulta dable el reproche a la actuación de quienes detentan la gestión de administración en la sociedades comerciales, se establecen una serie de requisitos para su procedencia.

De modo preliminar a su examen particular, deben configurarse en el caso concreto los presupuestos sustanciales para que tenga lugar la responsabilidad civil, esto es la existencia del hecho -que se tilda dañoso-, la antijuridicidad del mismo, la existencia del daño, el factor de atribución imputable por cierto al administrador y la relación

de causalidad adecuada entre el obrar de este y la consecuencia dañosa.

Sentado lo anterior y en relación a la legitimación activa para promover la acción social de responsabilidad el Artículo 276, íb., contempla la posibilidad de que sea la propia sociedad quien incoe la demanda respectiva en contra del administrador o representante legal, previa consideración por parte de quienes confluyen a la formación de la voluntad social en tal sentido, es decir de los socios (art. 276).

A tales fines, se admite la posibilidad de que la decisión se adopte amén de no encontrarse prevista en el orden del día, en la medida en que constituya derivación razonada de la moción incluida en el mismo (arts. 276 y 246, inciso 2º).

Asimismo, se contempla el ejercicio individual de dicha acción por parte de los socios, en cuanto hubieran exteriorizado oportunamente la oposición al acto que se reprocha ejecutado por el administrador o representante legal (art. 275, íb.), o bien de cualquiera de ellos en cuanto se hubiere adoptado la decisión asamblearia de promoverla y la sociedad no lo hiciera en el término de tres meses (art. 277, íb.). En el supuesto de falencia del ente social la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante de la quiebra, esto es, el Síndico concursal, o en su defecto, por los acreedores individuales de la masa falencial (art.278, íb.).

Plazo de prescripción de la Acción Social de Responsabilidad.

El tema de la prescripción de las acciones sociales de responsabilidad, ha planteado controversias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, relativas al plazo del ejercicio de la acción y al inicio de su cómputo.

En relación al primer tópico se han esbozado diversas teorías, sintetizadas genéricamente según sostengan que la responsabilidad es de naturaleza extracontractual o contractual.

Dentro de las primeras, reconocida doctrina propicia que el plazo de prescripción es de dos años, en virtud de la aplicación del art. 4037 del Código Civil.<sup>6</sup> Otro sector, aún cuando considera que la relación del director con la sociedad es de naturaleza extracontractual, estima aplicable el art. 848, inc. 1 del Código de Comercio, en cuanto concluye que: “se debería adoptar una interpretación irrazonablemente limitada del concepto de operaciones sociales para considerar que una relación tan estrechamente vinculada con la organización interna de la sociedad, como es la de ésta con sus administradores no queda incluida dentro de dicho concepto”<sup>7</sup>.

Así también, entre quienes propician la tesis contractualista, distinguen según el titular y la causa de la acción de que se trate. Así, si fuere la sociedad, la vinculación con el director no es en la LS una relación social, sino un contrato independiente, sujeto a reglas propias, que hace inaplicable el art. 848 del Código de Comercio, por lo que ante la falta de norma específica, debe aplicarse el art. 846. El mismo plazo se aplica en el

supuesto de ejercicio de la acción social *ut singuli* por el accionista o la quiebra en los supuestos del art. 275 L.S.<sup>8</sup>

Prescripción de tres años establecido por el art. 848, inc. 1º del Código de Comercio, por cuanto regula la materia objeto de la operatoria comercial, como lo configuran las acciones de responsabilidad societarias devenidas en el marco de la gestión societaria de los administradores.

En cuanto al inicio del cómputo del plazo de prescripción, tampoco existe uniformidad de criterios tanto en las posiciones de los juristas como en la jurisprudencia.

De modo genérico se discute si el plazo de prescripción comienza a partir de la fecha de la resolución asamblearia que decide su ejercicio (art. 276, L.S.)<sup>9</sup>, o bien si su cómputo parte desde el momento en que tuvo lugar el acto generador del daño<sup>10</sup>.

Considero que sobre tal extremo el art. 277 brinda un cartabón genérico y que sirve de pauta, ya que al regular la acción social de responsabilidad que es ejercida *uti singuli* por los socios ante la inacción de la sociedad, dispone que la misma debe deducirse en el término de tres meses, contados desde la fecha de la resolución que aprobó el acto que se tilda de perjudicial (art. 277, LS). Infiero que la inteligencia de tal precepto permite concluir en tal sentido. A mayor abundamiento ha de repararse en que sin asamblea previa la acción social de responsabilidad no se encuentra expedita (arts. 276 y 277, en concordancia, art. 275, L.S.).

#### b) Acción Individual de Responsabilidad:

Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores, por los perjuicios a ellos ocasionados en virtud de la conducta que se reprocha. Deben verificarse igualmente los presupuestos de la responsabilidad civil genérica y la existencia de un perjuicio directo por parte del accionista o de los terceros involucrados.

*Plazo de prescripción de la Acción Individual de Responsabilidad.*

A diferencia de las opiniones disímiles que han sido reseñadas en cuanto a la prescripción de las acciones sociales de responsabilidad, existe consenso mayoritario en la doctrina y jurisprudencia en el carácter extracontractual de la responsabilidad originada en virtud de la misma. En dicho entendimiento, su régimen compete a la órbita del derecho común, lo que torna aplicable al caso, la aplicación del art. 4073 del Código Civil<sup>11</sup>.

#### 4. CONSECUENCIAS SOCIALES INTERNAS Y EXTERNAS DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

A los fines de ilustrar respecto de las consecuencias que devienen de la declaración de responsabilidad, es necesario evaluar su proyección en las diversas aristas en que se desenvuelve la gestión societaria, lo que se traduce en el análisis del ligamen jurídico existente entre las partes involucradas en la misma.

Asimismo, deviene forzosa la distinción entre la acción social de responsabilidad que es promovida por la sociedad, los accionistas -en rigor, por los socios -, el representante de concurso o de la quiebra o bien por los acreedores individuales

concurrentes de dicho proceso universal, ya que proyecta efectos en el ámbito interno de la sociedad; del ejercicio de idéntica pretensión por parte de los terceros vinculados a la sociedad o de los socios en el ejercicio individual de sus propios derechos, que acarrea derivaciones de índole externas.

#### a) *Acción social de Responsabilidad*

Como se advertirá el administrador se encuentra vinculado a la sociedad contractualmente. En virtud de tal relación jurídica se encuentra comprometido a ejecutar las prestaciones que sean conducentes para alcanzar el interés social. De su lado, la sociedad se encuentra obligada a retribuir por dicha tarea a quienes desempeñen la gestión social.

En efecto, la declaración de responsabilidad social de los administradores importa la resolución del vínculo contractual, toda vez que ello encuentra previsión legal. Es decir, que el efecto inmediato que acarrea la sentencia que determina la existencia de una conducta reprochable al administrador y por ende susceptible de reparación del perjuicio ocasionado, es la remoción del representante o administrador (art. 276, LS). Empero tal circunstancia no exime al administrador de la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados de su actuación. En relación a esta última, resulta relevante destacar que en el caso de la indemnización por los daños y perjuicios sociales alegados, el contenido de aquélla ingresa al patrimonio de la sociedad, con independencia de quien la hubiere promovido.

Por último, en el caso particular de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (art. 257, L.S.), resulta necesario destacar que existen hipótesis en las cuales se prevé la *exoneración* de responsabilidad por parte de los administradores, como así también la de su *extinción* (arts. 274 y 275, íb., respectivamente).

Tal distinción resulta trascendente ya que el supuesto de exención de responsabilidad se admite ante la *decisión que adopte el directorio*, mientras que la extinción de responsabilidad se contempla ante un *acto de gestión* que resulte aprobado por la asamblea.

El primero de los casos, presupone la existencia de un Directorio plural, por lo que ante la promoción de una eventual demanda de responsabilidad social con sustento causal en dicha decisión, la misma subsistirá en relación a los directores que consintieron tal medida y no en relación a quienes se opusieron. Así se ha establecido que: “Cuando la responsabilidad derive de una decisión del directorio, el art. 274, párr. 2º, establece una vía de exención. Admite que quien participó en la decisión o la conoció debe dejar constancia escrita de protesta”<sup>12</sup>.

Ahora bien, en caso de extinción de responsabilidad social, “Cuando se trata de un acto de gestión, la asamblea puede aprobar esa gestión, con lo que se extinguirá la responsabilidad, a condición de que: a) no exista violación de la ley, del estatuto o reglamento, b) no medie oposición del 5% del capital, por lo menos.”<sup>13</sup>.

#### b) *Acción individual de Responsabilidad*

Entre el administrador de la sociedad y dicho ente, existe una relación orgánica creada por ley, cuyo contenido funcional reconoce sustrato legal. Dicha consideración es válida en la medida en que se la analice en el marco del

Organicismo que tipifica la estructura de las sociedades actuales. Con ello quiero significar que desde el punto de vista externo, quien detente la administración del ente, *prima facie*, no actúa en ejercicio de un interés propio, por cuanto exterioriza la voluntad social del ente. Bajo dicha perspectiva deben analizarse las consecuencias que irrogan a los terceros la declaración de la responsabilidad social de los administradores. Hemos visto que a los mismos le compete el ejercicio de la acción individual de responsabilidad (art. 279, LS).

En relación al carácter que le asiste a de dicha Acción ha de señalarse que no accesorio ni subsidiario en relación a la acción social que pudiera deducirse. Así se ha sostenido que la promoción de la Acción individual de responsabilidad “No necesita de autorización social, ni está condicionada a la acción ejercida por la sociedad (art. 276, LS), y no actúa en subsidio de la acción social, sino independientemente, pues posee diverso contenido...”<sup>14</sup>. En dicho sentido se deduce que la Acción individual no se encuentra subordinada al ejercicio de la Acción social concurrente.

Ahora bien, el efecto inmediato que acarrea la admisibilidad de la acción deducida, conlleva a que su resultado ingrese directamente al patrimonio particular del socio o del tercero actor, y no de la sociedad.

Así también, “... la sentencia que hace lugar a la acción individual no produce la remoción de los administradores condenados, ni afecta la estructura orgánica del ente.”<sup>15</sup>.

No obstante el desarrollo precedente, estimo que no puede desconocerse que en situaciones en las que la acción de responsabilidad social es incoada por terceros, la reparación del perjuicio, no obstante ser resarcida a título personal por el responsable o administrador, irroga consecuencias desfavorables a la sociedad, brindo argumentos para ello. En primer término, porque la causal de responsabilidad invocada y admitida, implicará una nueva valoración del desempeño de la función del administrador por parte del órgano de gobierno a los fines de la consecución del interés social. En segundo lugar, ya que el acaecimiento de un hecho calificado judicialmente como perjudicial para los terceros o los socios en defensa de sus intereses particulares, proyecta consecuencias desfavorables en la trayectoria social del ente, aún en caso de resultar sensible su percepción o cuando pudiera apreciarse inane a la sociedad y sólo extensivo a quienes se vieron perjudicados por tal situación.

#### LEGISLACIÓN

*Art. 4037, Código Civil:* “Prescribese por dos años la acción de responsabilidad civil extracontractual”.

*Art. 68, Código Comercio:* “Toda negociación es objeto de una cuenta. Toda cuenta debe ser conforme a los asientos de los libros de quien la rinde, y debe ser acompañada de los respectivos comprobantes”.

*Art. 848, Código Comercio:* “La prescripción ordinaria en materia comercial tiene lugar a los diez años, sin distinción entre

presentes y ausentes, siempre que en este Código o en leyes especiales, no se establezca una prescripción más corta”.

*Art. 848, Código Comercio:* “Se prescriben por tres años: 1. Las acciones que se deriven del contrato de sociedad y de las operaciones sociales, con tal que las publicaciones prescriptas en el Título respectivo hayan sido hechas en forma regular”.

*Art. 66, Ley 19.550:* “*Memoria:* Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad”.

*Art. 157, Ley 19.550:* “*Gerencia. Designación:* La administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente”.

“*Derechos y obligaciones:* 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”.

“*Responsabilidad:* Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecido 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”.

*Art. 271, Ley 19.550:* “Prohibición de contratar con la sociedad. El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta 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 la asamblea 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”.

*Art. 272, Ley 19.550:* “*Interés contrario.* Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del artículo 59”.

*Art. 273, Ley 19.550:* “*Actividades en competencia.* El director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del artículo 59”.

*Art. 274, Ley 19.550:* “*Mal desempeño del cargo.* 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 en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo”.

“Exención de responsabilidad. 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 de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”.

*Art. 275, Ley 19.550:* “*Extinción de la responsabilidad.* La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del cinco por ciento del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en el caso de liquidación coactiva o concursal”.

*Art. 276, Ley 19.550:* “*Acción social de responsabilidad. Condiciones. Efectos, ejercicio.* La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo”.

“Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275”.

*Art. 277, Ley 19.550:* “*Acción de responsabilidad: facultades del accionista.* Si la acción prevista en el primer párrafo del artículo 276 no fuera iniciada dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista puede promoverla, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de la medida ordenada”.

*Art. 278, Ley 19.550:* “*Acción de responsabilidad. Quiebra.* En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente”.

*Art. 279, Ley 19.550*: “Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores”.

#### REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

<sup>1</sup> José Oriol Llebot Majo, “Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima” en Colección Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Civitas, S.A.1995, pág. 55.

<sup>2</sup> Caso “Francis v. United Jersey Bank”, N.J., 432 A. 2d 814, 821-822 (1981), cit. por José Oriol Llebot Majo.

<sup>3</sup> José Oriol Llebot Majo, “Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima” en Colección Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Civitas, S.A.1995, pág. 91.

<sup>4</sup> Caso “Guth v. Loft, Inc.”, 5 A. 2d 503, cit. por José Oriol Llebot Majo.

<sup>5</sup> Incom., Sala A, Octubre 8 de 1997, in re “Eledar S.A. c. Serer, Jorge A.”

<sup>6</sup> Otaegui, Julio C., Administración Societaria, Ábaco, Buenos Aires, 1979, págs. 407 y ss.

<sup>7</sup> Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo, Derecho Societario, Parte General, Los órganos societarios, Heliasta, 1996, T. 4, págs. 428 y ss., cit. por Germán Luis Ferrer, Prescripción de la Acción Social de

Responsabilidad de Directores de Sociedades Anónimas, Tesis de Maestría del autor.

<sup>8</sup> Isaac Halperin – Julio C. Otaegui, “Sociedades Anónimas, 2ª Edición Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 561.

<sup>9</sup> “La acción de responsabilidad promovida por la sociedad contra los directores administradores de una sociedad anónima prescribe a los tres años contados desde el momento en que la acción de responsabilidad es ejercida, esto es, desde que el administrador o director ha sido declarado responsable por decisión asamblearia, en autos: Eledar S.A. c/ Serer, Jorge A., Incom., Sala A, Octubre 8 -1997. ; Héctor Alegría, “Prescripción de Acciones de Responsabilidad contra los directores de las Sociedades Anónimas”.

<sup>10</sup> Otaegui, Julio C., Administración Societaria, Ábaco, Buenos Aires, 1979, págs. 409/410.

<sup>11</sup> Héctor Alegría, “Prescripción de Acciones de Responsabilidad contra los directores de las Sociedades Anónimas”.

<sup>12</sup> Isaac Halperin – Julio C. Otaegui, “Sociedades Anónimas, 2ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 553.

<sup>13</sup> Ob. anterior citada, pág. 554.

<sup>14</sup> CCv. Y Com. de Lomas de Zamora, Sala 2ª, Rosende, José E. y otro c/ Ricci, Héctor G. y otros, 23/05/02, J.A., 2002-IV – síntesis, Lexis N° 1/60474, cit. por Horacio Roitman, Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, Tomo IV, Fedye, 2006, pág. 601.

<sup>15</sup> Nissen, Ricardo A., “Ley de sociedades comerciales”, op. Cit., p. 409.

# Régimen de Mayorías Aplicables en la Toma de Resoluciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada

María Cristina Curtino

*Directora de la Sala de Derecho Comercial y de la Empresa del Instituto de Investigaciones en Derecho Privado*

*cristinacurtino@hotmail.com*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Antecedentes.* 3. *Régimen actual.* 4. *Modificaciones del contrato.* 5. *Socio con voto mayoritario.* 6. *Decisiones Ordinarias.* 7. *Derecho de Receso* 8. *Mayorías Específicas.* 9. *Diferencia entre Mayoría Absoluta y Simple Mayoría.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El art. 160 de la LS que regula el régimen de las mayorías necesarias para tomar las resoluciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, es conflictivo y poco claro, para algunas situaciones, en especial para la toma de decisiones ordinarias que no hacen a la modificación del contrato societario. La ley de Sociedades no reglamenta, como lo hace para la sociedad anónima el funcionamiento del órgano de administración, simplemente deja en el campo de la autonomía de la voluntad la regulación de las mayorías necesarias para la modificación del contrato social imponiendo un mínimo del capital social más de la mitad del capital social. Es decir debe estar aprobada la modificación del contrato con más de la mitad del capital social, esto significa que el quórum para que se pueda realizar la reunión es por lo menos más de la mitad del capital social. No existe en la ley de sociedades un régimen de quórum para las reuniones de los socios en este tipo societario. No habla la ley de quórum sino de mayoría para su aprobación de lo que deducimos que el quórum mínimo es más de la mitad del capital social. Dado que la ley permite, en el marco de la autonomía de la voluntad, respetando la ley y contrato social que los socios puedan pactar mayorías y quórum si así lo quisieran. El problema se plantea con la toma de decisiones ordinarias que no implique modificación del contrato social como designación y revocación de gerentes, aprobación de balances etc. ya que la LS en su último párrafo establece que se adoptaran por mayoría del capital presente en la asamblea planteando un conflicto si se trata de una mayoría absoluta o de la simple mayoría de capital. No cabe ninguna duda que la mayoría a la que se refiere el art. 160 para las toma de decisiones ordinarias, se refiere a la simple mayoría, es decir cualquier número del capital presente que tome la decisión es suficiente.

La reunión de socios o asamblea o acuerdo de socios es el órgano que debe tomar decisiones en cumplimiento de su función de órgano de gobierno. El gobierno definitivo de la

sociedad esta en manos de los socios quienes resolverán todos los actos que hacen a su vida, desde su disolución, a su prorrogación, las modificaciones del contrato social, como así también los socios resuelven sobre cualquier cuestión de interés social. Sus resoluciones respetando el régimen de mayorías establecidos por la ley o las pactadas por los socios en el contrato social son obligatorias para todos los socios. “Sus resoluciones deben ajustarse a la buena i.e. y ejercerse en el interés social, sino serían impugnables”, opina Halperín, a lo que habría que agregar que sus resoluciones deben respetar las mayorías legales o contractuales.

En cuanto las formalidades en la forma de deliberar y tomar acuerdos sociales, debe respetarse lo dispuesto por el contrato o en su defecto son válidas las resoluciones adoptadas por el voto de los socios por medio de la consulta escrita. Aún así, un reciente fallo de la Cámara Apel. Civil y Comercial de Bahía Blanca se dispuso que aunque el contrato social prevea que las resoluciones se tomen en asamblea, previendo recaudos para la convocatoria de los socios y disponiendo que las actas pertinentes se asentarán en el libro respectivo, da por válida, con muy buen criterio, una reunión unánime de dos socios cuya resolución la toman en un acta volante sin ninguna formalidad. No es lo mismo, cuando se ha omitido la convocatoria, ya que esto produce la invalidez de la reunión de los socios, ya que la asamblea o reunión es un órgano deliberativo que le da a sus integrantes no solo el derecho de votar las decisiones, sino también a discutir las. Ello se viola si algún socio no fue citado.

## 2. ANTECEDENTES

La ley 11.645, el Art. 18 de la misma requería unanimidad para el cambio de objeto y cualquier modificación que impusiera mayor responsabilidad a los socios. Para cualquier otra modificación del acto constitutivo se requería como quórum por lo menos de las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de por lo menos la mitad del capital social.

La ley 19.550, antes de la reforma de la ley 22.903 requería la unanimidad de los socios y no se aceptaba el pacto en contrario siendo más rígido que las mayorías de las sociedades de interés que si aceptaba el pacto en contrario cuando se tomen decisiones de cambio de objeto, prorrogación, transformación, fusión, escisión y toda modificación que

imponga mayor responsabilidad a los socios, salvo cuando los socios fueren veinte o más, en cuyo caso se aplicará el Art. 244, es decir el régimen de mayorías previstos para las Asambleas Extraordinarias de las Sociedades Anónimas. Las demás modificaciones del contrato que no fueran previstas por la ley requeriría unanimidad si la sociedad fuere de cinco socios o menos, mayoría de capital si fuere de menos de veinte socios y aplicación del Art. 244 si fuere de veinte socios o más socios

Cualquier otra decisión, incluso la designación de gerentes se adoptará por mayoría de capital presente.

### 3. RÉGIMEN ACTUAL

El Art. 160. de la LS con la reforma de la ley 22.903 quedó redactado de la siguiente manera: *“El contrato establecerá las reglas aplicables a las resoluciones que tengan por objeto su modificación. La mayoría debe representar como mínimo más del capital social.*

*En defecto de regulación contractual se requiere el voto de las tres cuartas partes del capital social.*

*Si un solo socio representare el voto mayoritario, se necesitará además, el voto de otro.*

*La transformación, la fusión, la escisión, la prorroga, la reconducción, la transferencia de domicilio al extranjero, el cambio fundamental del objeto y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaran en contra, otorga a estos derecho de receso conforme a lo dispuesto por el Art. 245.*

*Los socios ausentes o que votaron contra el aumento de capital, tienen derecho a suscribir cuotas proporcionalmente a su participación social. Si no lo asumen, podrán acrecer los otros socios y, en su defecto, incorporarse nuevos socios.*

*Las resoluciones sociales que no conciernen a la modificación del contrato, la designación y la revocación de gerentes o síndicos, se adoptarán por mayoría del capital presente en la asamblea o partícipe en el acuerdo, salvo que el contrato exija una mayoría superior”.*

El sistema reglado es más amplio y permite la regulación contractual para establecer el régimen de mayorías necesarias en la toma de decisiones, es decir que los socios tienen libertad para pactar las mayorías más convenientes a la sociedad, siempre y cuando represente como mínimo más de la mitad del capital social siempre que se trate de modificaciones del contrato social. Esta es una muy buena opción para la sociedad que opte por agilizar la toma de decisiones. Los socios deben ser lo suficientemente diligentes al momento de la constitución de la sociedad, y prever un régimen de mayorías conveniente, ya que una modificación posterior requerirá mayorías superiores. Asimismo el Art. 160 prevé un régimen de mayorías para el caso que el contrato social no estipule ningún régimen convencional de mayorías.

*En general el nuevo Art. 160 establece:*

1.- Que los socios pacten las mayorías que deseen siempre que respeten como mínimo la mayoría de capital para las modificaciones del contrato social. Asimismo se puede contractualmente establecer una mayoría más rígida. Esta

regla es aplicable a cualquier decisión excepto la previstas en el Art. 160 último párrafo: *“...aquellas que no conciernen a la modificación del contrato...”*

2.- Si no hay regulación contractual se requiere para tomar la decisión de modificar el contrato el voto afirmativo de las tres cuartas partes del capital

3.- Si un socio representa el voto mayoritario se requiere el voto de otro socio.

4.- Si se trata de aprobación de balances, designación y remoción de gerentes y cualquier otra decisión ordinaria que no conciernen a una modificación del contrato, estas resoluciones se adoptaran con el voto de la mayoría del capital presente, salvo que el contrato prevea una mayoría superior. Este capital presente no exige ningún quórum, por lo que una simple mayoría, que significa la mayor de todas, por ejemplo un 40 % del capital, sería suficiente para poder tomar una decisión.

La exposición de motivos de la ley 22.903 expresa sus fundamentos de esta manera: *“La regulación de las mayorías requeridas para los acuerdos sociales también es objeto de significativas modificaciones en el nuevo texto del Art. 160, abriéndose posibilidades a la autonomía privada para determinarlas contractualmente con prescindencia del número de los cuotistas. Como límite se fijan mayorías por debajo de las cuales no puede actuar la libertad contractual. El régimen se integra además con reglas que fijan supletoriamente las mayorías .Se acoge una atenuación al principio puramente capitalista como determinante de la adopción de resoluciones en los acuerdos sociales que tengan por objeto las modificaciones del contrato, al establecer que éstas no pueden emanar nunca del voto de un solo socio, aceptándose así una interpretación de la doctrina francesa que se estima razonable y adecuada a la naturaleza en nuestro medio de las relaciones intrasocietarias bajo este tipo”.*

En sentido contrario de la opinión de Halperin, quien manifiesta que el voto de la mayoría no puede introducir modificaciones contractuales que afecten o alteren derechos adquiridos por los socios sin su conformidad, el régimen de mayorías establecido por los socios en su contrato social y de acuerdo al nuevo Art. 160 hace que las resoluciones adoptadas de esa manera sean obligatorias para todos los socios, aún los ausentes y los que votaron en contra.

Si el contrato no prevé ninguna mayoría se aplica el régimen legal de los párrafos 2° y 3° para el supuesto de resolver modificaciones al contrato social, en cuyo caso se requerirá el voto de las tres cuartas partes del capital social.

Asimismo, se mantiene la mayoría dispuesta en el Art. 151 de LS que dispone que las cuotas suplementarias de capital son exigibles por la sociedad mediante acuerdo de los socios que representen más de la mitad de capital.

### 4. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL

El artículo 160, también modificado por la ley 22.903, introduce un régimen de mayorías mas flexible que el establecido por la Ley 19.550, el cual, al requerir la unanimidad para varias decisiones, ponía muchas veces a la sociedad en situaciones sin salida. El actual sistema obedece a

los siguientes principios. En este caso debe estarse, en primer lugar, a la mayoría fijada por las partes en el contrato, la cual, no obstante, no puede ser menor a la mitad del capital social (o sea que los socios pueden pactar mayoría superiores a la mitad más uno del capital: 60 %, 80 % o incluso, la unanimidad). Si el contrato nada dispone al respecto, la decisión que modifique el contrato social se adoptará con el voto favorable de las 3/4 partes (o sea el 75%) del capital social. En cualquier caso si un solo socio representare el voto mayoritario, se necesitará además, el voto de otro (así, si en una SRL de tres socios un socio tiene el 90 % de las cuotas y los otros 5 % cada uno, no bastará el voto del socio mayoritario sino que se requerirá la adhesión de alguno de los otros socios). Además, siempre que se trate de una SRL de dos socios, la resolución que modifique el contrato se adoptará siempre por unanimidad). Esta disposición modifica el principio de determinación exclusiva de las mayorías en base al capital (votan las acciones o cuotas y no las personas), introduciendo un criterio personal.

La reunión de socios o asamblea debe tomar decisiones en su función de órgano de gobierno. "Sus resoluciones deben ajustarse a la buena fé y ejercerse en el interés social, sino serían impugnables<sup>1</sup>.

Esta modificación es criticada en cuanto para modificar el estatuto si un socio tiene el 99 % de las cuotas necesita el voto del otro socio. Hay doctrina que dice que necesita el voto del otro, no importa si es a favor o en contra. Nissen<sup>2</sup> opina que "esta norma debe ser interpretada en congruencia con el art. 1071 del Código Civil que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos, y en virtud de ello, si un socio minoritario no funda su negativa en motivos serios e inspirados en el interés social puede ser motivo de daños y perjuicios e incluso constituir ello motivo para justificar su exclusión de la sociedad (art. 91 LSC)".

##### 5. SOCIO CON VOTO MAYORITARIO

Si se trata de aprobación de balances, remoción y designación de gerentes y toda aquella que no implique modificación del contrato social, estas resoluciones se adoptaran con el voto de la mayoría del capital presente, salvo que el contrato prevea una mayoría superior.

La transformación, fusión, escisión, prorrogación, precondición, transferencia de domicilio al extranjero, el cambio fundamental del objeto, y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, la ley otorga a estos el derecho de receso, remitiendo al procedimiento a lo reglado por el art. 245 de la LS.

No se entiende que significa "el incremento de las obligaciones sociales" por lo que se podría suponer que el agravamiento del pasivo daría lugar al derecho de receso, cosa que no es así ya que debe implicar siempre una modificación del contrato social.

En caso de incremento de responsabilidad social, los socios ausentes o que votaron tienen derecho de receso, lo que está bien regulado, por que no olvidemos que los socios son solidarios e ilimitadamente responsables por sobre valoración

de los bienes aportados en especie en un aumento de capital o por falta de integración del aporte en efectivo.

Debe distinguirse el aumento de capital social, que si bien puede encontrarse dentro de las decisiones que incrementen la responsabilidad social, en el 5to. Párrafo del artículo encontramos que establece que los ausentes y quienes votaron en contra tienen derecho a suscribir cuotas proporcionalmente a su participación social y si no lo asumen los otros socios tienen derecho a acrecer o en su defecto incorporar nuevos socios.

La ley no es clara. Una resolución del Ministerio de Justicia establece que el socio ausente o disconforme solo tiene derecho de preferencia y no de receso- Nissen critica ampliamente esta posición ya que en las SRL el socio tiene agravada las responsabilidades por las garantías del art. 150. y opina que si tienen derecho de receso los socios disconformes, no solo el de preferencia

También causa preocupación la solución del art. 160 que solo da derecho de receso a los que votaron en contra. En la práctica esta solución no se aplica.

La exposición de motivos de la ley 22.903 expresa sus fundamentos de esta manera: "La regulación de las mayorías requeridas para los acuerdos sociales también es objeto de significativas modificaciones en el nuevo texto del art. 160, abriéndose posibilidades a la autonomía privada para determinarlas contractualmente con prescindencia del número de los cuotistas, Como límite se fijan mayorías por debajo de las cuales no puede actuar la libertad contractual. El régimen se integra además con reglas que fijan supletoriamente las mayorías. Se acoge una atenuación al principio puramente capitalista como determinante de la adopción de resoluciones en los acuerdos sociales que tengan por objeto las modificaciones del contrato, al establecer que éstas no pueden emanar nunca del voto de un solo socio, aceptándose así una interpretación de la doctrina francesa que se estima razonable y adecuada a la naturaleza en nuestro medio de las relaciones intrasocietarias bajo este tipo"

La exposición de motivos fundamenta esta solución atenuando el principio puramente capitalista al establecer que las resoluciones que tengan por objeto la modificación del contrato no pueden emanar de un solo socio. Esta modificación es criticada en cuanto para modificar el estatuto si un socio tiene el 99 % de las cuotas necesita el voto del otro socio. Hay doctrina que dice que necesita el voto del otro, no importa si es a favor o en contra. Nissen opina que "esta norma debe ser interpretada en congruencia con el Art. 1071 del Código Civil que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos, y en virtud de ello, si un socio minoritario no funda su negativa en motivos serios e inspirados en el interés social puede ser motivo de daños y perjuicios e incluso constituir ello motivo para justificar su exclusión de la sociedad (Art. 91 LSC)".

##### 6. DECISIONES ORDINARIAS

Resoluciones de designación y revocación de gerentes y que no modifican el contrato social: Las resoluciones que designan, remueven gerentes y no modifican el contrato

social se adoptarán por mayoría del capital presente en la asamblea o participe en el acuerdo, es decir todas las decisiones que hacen a la gestión de la vida diaria de la sociedad como por ejemplo la aprobación del balance, honorarios de los gerentes etc. Es importante destacar que no es la mayoría del capital, sino la mayoría de capital presente. Así, Nissen “En la designación o revocación de gerentes etc. Las resoluciones correspondientes se adoptaran con el voto de mayoría del capital presente en la asamblea o participe en el acuerdo aun en las sociedades con solo dos socios, salvo que el contrato exija una mayoría superior- NISSEN tomo 3 pag, 76.

No cabe duda que la mayoría se refiere a la mayoría de los presentes, cualquier sea la misma. La aplicación analógica la encontramos en el art. 243 segunda convocatoria donde para los temas de asamblea ordinaria entre los que se encuentra la designación y remoción de administradores las resoluciones se toman con la mayoría de los votos presentes cualquiera sea el porcentaje de capital presente.

Esta posibilidad de remoción sin expresión de causa y por mayoría se justifica y responde a la idea de facilitar una organización simple de la administración La razón de la destitución “ad nutum” es la protección de los socios contra una administración indeseada, a la que encuentran remedio con una decisión sencilla y rápida. (CUADERNOS DE DERECHO SOCIETARIO –VOLUMEN II )

La simple mayoría pactada en el contrato puede interpretarse como la mayoría que no exige más de la mitad del capital es decir la mayoría absoluta, ya que simple mayoría es la mayor sin exigir un mínimo de base. Así en los autos LOPEZ REY, CARLOS C/ FIVAR SRL S/ SUM. (ED 17.12.97, Fº 48366, FIRME) fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en la Comercial N° 11, se desestimó un pedido de nulidad de la decisión asamblearia por el cual se removió a un gerente, porque aunque tenía el 50 % de capital, reconociendo el porcentaje como suficiente, la decisión asamblearia es valida ya que el porcentaje del impugnante no debió ser considerado a los efectos del computo de la Mayoría puesto que los administradores están inhibidos de votar en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción (ED-17.12.97).

#### 7. DERECHO DE RECESO

El Art. 160 Párr. 3 establece que cuando se resuelva la transformación, fusión, escisión, prorroga, reconducción, transferencia de domicilio al extranjero, el cambio fundamental del objeto, y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, la ley otorga a estos el derecho de receso, remitiendo al procedimiento a lo reglado por el Art. 245 de la LS.

No se entiende que significa “el incremento de las obligaciones sociales“, por lo que se podría suponer que el agravamiento del pasivo daría lugar al derecho de receso, cosa que no es así, ya debe implicar siempre una modificación del contrato social . En caso de incremento de responsabilidad social, los socios ausentes o que votaron tienen derecho de

receso, lo que esta bien regulado por que no olvidemos que los socios son solidarios e ilimitadamente responsables por sobre valuación de los bienes aportados en especie en un aumento de capital por ejemplo.

Debe distinguirse el aumento de capital social, que si bien puede encontrarse dentro de las decisiones que incrementen la responsabilidad social, en el 5to. Párrafo del artículo encontramos que establece que los ausentes y quienes votaron en contra tienen derecho a suscribir cuotas proporcionalmente a su participación social y si no lo asumen los otros socios tienen derecho a acrecer o en su defecto incorporar nuevos socios.

La ley no es clara. Una resolución del Ministerio de Justicia establece que el socio ausente o disconforme solo tiene derecho de preferencia y no de receso- Nissen crítica ampliamente esta posición ya que en las SRL el socio tiene agravada las responsabilidades por las garantías del Art. 150. y opina que si tienen derecho de receso los socios disconformes, no solo el de preferencia

También causa preocupación la solución del Art. 160 que solo da derecho de receso a los que votaron en contra.

#### 8. MAYORÍAS ESPECÍFICAS

La ley prevé para otros temas, mayorías específicas, de acuerdo al tema a resolver como por ejemplo la mayoría dispuesta por el Art. 151 de LS que dispone que las cuotas suplementarias de capital son exigibles por la sociedad mediante acuerdo de los socios que representen más de la mitad de capital.

Los socios podrían agravar esta minoría por pacto en contrario. También puede pactarse cláusulas que requieran la conformidad mayoritaria o unánime de los socios para la transmisión de las cuotas (Art. 153 LS), o que confieran un derecho de preferencia a los socios o a la sociedad si esta adquiere cuotas con utilidades o reservas disponibles. En definitiva, el régimen de mayorías previsto por la ley, que da diversas opciones, criticables o no, puede ser subsanado por la voluntad de los socios que es en definitiva el órgano de gobierno de la sociedad.

#### 9. DIFERENCIA ENTRE MAYORÍA ABSOLUTA Y SIMPLE MAYORÍA

Es muy común que se confunda la Mayoría Absoluta con Simple mayoría.

La mayoría absoluta es más de la mitad y no el 51 % como algunos confunden. Es decir el 50 % mas un voto es mayoría absoluta, pudiendo significar ese voto un centésimo del 1 %.

La LS habla en general de Mayoría absoluta, pero encontramos algunas excepciones, como mayoría de personas para regularizar la sociedad no regularmente constituida y la simple mayoría como la del art. 160, ultimo párrafo, cuando establece que las resoluciones se adoptan por mayoría de capital presente. Una mayoría distinta es también la del art. 243 cuando establece como quórum en segunda convocatoria para la asamblea ordinaria, cualquier sea el numero de capital presente pero las decisiones se toman con la mayoría absoluta

de ese capital , es decir si por ejemplo se encuentra presente el 20 % del capital social, las decisiones son validas si son aprobadas por el 10 % del capital mas un voto.

La Simple Mayoría, es cualquier mayoría superior a otra, en especial sin considerar un mínimo de quórum.

#### REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

<sup>1</sup> Halperin . Sociedades de Responsabilidad Limitada . p. 255.

<sup>2</sup> NISSEN RICARDO- “Ley de Sociedades Comerciales “ Tomo 3 pag. 77

# La caducidad de la concesión de servicios públicos por quiebra del concesionario y la responsabilidad emergente de la continuación

Alberto F. G. Misino (h)

*Jefe de Trabajos Prácticos de Títulos de Crédito y Derecho Concursal de la carrera de Abogacía de la UBP*

*albertomisino@gmail.com*

**Sumario:** 1. Introducción; 2. Conceptos Previos; i) Los contratos administrativos; a) Elementos; ii) Los servicios públicos: a) La titularidad; b) Sus elementos identificatorios y los caracteres; 3. La concesión de servicios públicos: 1) Concepto y caracteres esenciales del contrato; 2) Modos de finalización del contrato: a) Rescate; b) Revocación y c) Caducidad; 4. El derecho concursal y la empresa; 1) Principios específicos; 2) El tratamiento de los contratos en curso de ejecución en el concurso preventivo y en la quiebra; 3) ¿y el cramdown? 5. La continuidad del servicio público y la quiebra; 6. La continuación de la explotación en la quiebra y la caducidad; 7. La responsabilidad civil emergente de la continuación de la explotación en la quiebra; 8. Nuestra opinión.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema que nos ocupa en la presente ocasión es de aquellas situaciones en las cuales se encuentran en un difícil equilibrio dos ramas del derecho, el derecho Administrativo y el derecho Concursal. No es el objetivo del presente trabajo dar por terminado el tema de que se trata sino introducir una opinión que provoque en el lector una crítica que origine una discusión enriquecedora.

Analizaremos el contrato de concesión de servicio público, sus características; los modos anormales de finalización y entre ellos la caducidad, deteniéndonos en esta última y analizando en su caso las modalidades y características de la materialización de la misma caracterizándolo como un acto administrativo.

Intentaremos al adentrarnos en la temática concursal, analizar si la presentación en concurso preventivo o la declaración de quiebra pueden ser invocadas por el concedente como motivo fundante de la caducidad de la concesión, analizaremos también el caso del cramdown y el acuerdo preventivo extrajudicial. A tal fin deberemos pasar necesariamente por analizar una de las características esenciales del servicio público: la continuidad y cómo se observa afectado tal principio en las situaciones concursales precedentemente enunciadas.

Por último daremos nuestra opinión respecto del tema presentado analizando el tratamiento de la responsabilidad patrimonial emergente de la continuación de explotación de la concesión.

## 1. CONCEPTOS PREVIOS

### 1) Los contratos administrativos;

En diversos precedentes jurisprudenciales nuestra Corte se ha expedido respecto de aspectos que en conjunto configurarían una definición del contrato administrativo entendiendo a tal como: un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado<sup>1</sup>.

#### a) Elementos:

De la definición elegida *supra*, podemos rescatar elementos que a nuestro criterio sean pertinentes a los efectos del estudio y caracterización de los contratos administrativos y así observamos la presencia de tres elementos destacados:

- Un elemento objetivo: entendido como actividad destinada a la satisfacción de intereses generales.
- Un elemento subjetivo: representado por una persona jurídica pública que desarrolla la actividad o realiza el control de su desarrollo cuando la misma es desarrollada por particulares.
- Un elemento orgánico: el régimen legal exorbitante del derecho privado aplicable a la actividad denominada de derecho público.

### 2) Los servicios públicos:

#### a) La titularidad.

La teoría clásica francesa de los servicios públicos pregonaba el mantenimiento de esferas importantes de la actividad económica para ser explotadas por parte del Estado; de hecho se entendía que la función del Estado era la prestación organizada de servicios públicos. Tal entendimiento se maximizaba con el desarrollo de monopolios estatales; no se limitaba la actuación del Estado a la regulación de un sector de la economía sino que tomaba a su cargo la operación del servicio por parte de la Administración.

En el derecho norteamericano la prestación de servicios públicos se da dentro de un sistema predominantemente privado; tal aspecto caracterizante no importa la inexistencia del servicio público, sino que el mismo se encuentra determinado por un concepto normativo fundamental: la utilidad pública (*public utilities*). Dicha definición es variable y se condice con su movilidad temporal que implica que

aspectos, sectores o prestaciones que en un momento pueden no haber sido objeto de regulación por el régimen de derecho público, en otro pueden ser considerados como de interés general y utilidad pública. La consecuencia de su caracterización como servicio público -por ser de utilidad pública- importa el sometimiento a un régimen reglamentario que podríamos comparar con el régimen exorbitante sin embargo el desarrollo de la actividad es como expresásemos eminentemente por parte de privados. Así se deriva de lo expuesto que el rescate por parte del Estado y la prestación por el mismo de servicio es una excepción que obedece a necesidades extremas y que requieren específica autorización del Congreso.

En nuestro país existen diversas etapas que describiremos de manera sucinta; en un primer momento los servicios públicos eran prestados por privados – salvo excepciones<sup>2</sup>- a través de concesiones y/o permisos.

Luego de la segunda guerra mundial se produce un cambio en la política gubernamental donde comienzan a desarrollarse planes de sustitución de importaciones. El amplio aspecto en que el Estado interviene en la economía tiene su correlato en la Constitución del año 1949 donde se especifica en su artículo 40 parte pertinente: “*Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallen e poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.*”.

Sin perjuicio de la suerte que corrió la constitución del ‘49, lo cierto es que hasta mediados de los años 80 los servicios públicos en el país se encontraban prestados casi en exclusividad por el Estado de manera directa o a través de empresas públicas monopólicas; claro ejemplo de ello eran el transporte aéreo, ferrocarriles, correo, teléfonos, generación y transporte de energía y petróleo. Luego de ello y con intentos para desmonopolizar la actividad llegamos a la ley 23696 que sienta las bases del proceso privatizador de la década del noventa. Así, del análisis realizado, observamos que nuestra Carta Magna no establece normativa específica respecto de la titularidad de los servicios públicos, lo que deja abierta la posibilidad para que el legislador la determine. En consecuencia, podríamos entender que servicio público es – desde un punto de vista normativo– actividad que la ley determina tal, reservada a la regulación estatal, prestada por la propia Administración o a través de particulares.

#### *b) Sus elementos identificatorios y los caracteres;*

Se han intentado muchas definiciones sobre lo que debe entenderse por servicio público; lo cierto es que tratar elaborar una o fundamentar acabadamente la adopción de una y no otra excede el trabajo propuesto pero no podemos soslayar realizar una conceptualización a fin de extraer los caracteres salientes; así se ha definido al servicio público como “*toda actividad económica regular, continua y uniforme que persigue el propósito público de satisfacer eficazmente las necesidades materiales colectivas a cuyo aseguramiento está obligado el Estado, tanto a través de la prestación per se o por particulares delegados, para alcanzar el bienestar general, y cuyo sujeto acreedor es el contribuyente del erario público,*

*titular del derecho fundamental al acceso al servicio y como usuario a la prestación efectiva del mismo, con preponderancia de sus intereses económicos con relación al sistema de potestades estatales y los derechos del prestador privado del servicio, en un régimen especial del derecho público*”<sup>3</sup>.

En el entendimiento que la definición indicada posee una complejidad importante, sin perjuicio de su claridad, intentaremos observar y desglosar los caracteres que se derivan de la definición expuesta en relación a los cuales hay algún consenso doctrinario<sup>4</sup>.

a) *La generalidad o universalidad:* que importa que la prestación (o la disponibilidad del mismo) va destinada al público en general o u grupo indeterminado de personas;

b) *Igualdad o uniformidad:* lo que provoca que todos los habitantes tengan derecho a exigir o recibir el servicio público prestado en igualdad de condiciones

c) *La continuidad:* las necesidades de interés general que fundan la prestación de servicios públicos son permanentes; no se agotan<sup>5</sup>.

d) *La regularidad:* que importa que la prestación debe ser realizada conforme reglas, normas y/o condiciones generales para su funcionamiento.

e) *La obligatoriedad:* carácter introducido por algunos autores que importa un deber de prestación, pudiendo en su caso la Administración –en caso de prestación por privados- disponer los medios necesarios para mantener y asegurar el servicio.

En cuanto a los elementos se observa en los servicios públicos los mismos que caracterizan al contrato administrativo y que fueran antes analizados.

### 3. LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

#### *1) Concepto y caracteres esenciales del contrato;*

Podríamos intentar una definición del contrato de concesión de servicio público indicando que es aquel acuerdo en el cual la Administración encarga a una persona la ejecución de un servicio, delegándole ciertas potestades jurídicas, y en el cual la explotación es realizada por el particular a su riesgo, bajo vigilancia directa o indirecta del Estado<sup>6</sup>.

#### *2) Modos de finalización del contrato:*

En cuanto a los modos de finalización del contrato de concesión debemos hacer necesariamente una elemental clasificación; a) por un lado encontramos los modos normales de extinción; en el caso de la concesión de servicios públicos tal situación está dada por el cumplimiento del plazo y/o de la obligaciones emergentes en el contrato; b) Los modos anormales de finalización entre los que destacamos sólo aquellos que tienen que ver con el análisis que llevamos adelante y son particulares del derecho administrativo<sup>7</sup>, a saber:

a) *Rescate:* que es la revocación por causa de interés público<sup>8</sup> o del contrato de concesión oportunamente otorgado por la Administración.

b) *Revocación por ilegitimidad:* donde la Administración denuncia el contrato por graves faltas o irregularidades con el mismo y las mismas son visibles

c) *Caducidad*: Importa la extinción del contrato por falta cometida en la ejecución pudiéndose encontrar la sanción explícitamente contemplada en el contrato.

En cuanto a la caducidad que es el tema que nos ocupa en el presente no puede discutirse que se trata de una sanción administrativa; tal sanción al caer dentro del régimen de la Administración Pública debe ser sometida a un procedimiento reglado que permita el derecho de defensa del posible afectado y que concluya con una decisión debidamente fundada.

Lo mencionado da cuenta que la caducidad de la concesión es un acto administrativo y, como tal su otorgamiento debe respetar los principios establecidos en la teoría general del acto administrativo.

Mucho menciona la doctrina la explícita mención de la sanción en el contrato pero, al hablar de quiebra o concurso preventivo debemos hacer un análisis específico ya que este tipo de cláusulas, por lo menos impuestas en el derecho privado para casos de quiebra o concursos son inválidas por varios aspectos entre los que destacamos:

- Porque se ha entendido que el principio de conservación de la empresa impide la validez de las cláusulas sancionatorias cualquiera sea la sanción que se imponga para la situación concursal;

- Porque la situación de concurso preventivo no impide el cumplimiento del contrato y la continuidad en la prestación del servicio público;

- Porque en el concurso preventivo la ley acuerda la facultad de resolver el contrato sólo al deudor, no así al contratante *in bonis*, tratándose de una disposición legal imperativa su aplicación no puede ser soslayada por un acuerdo anterior a la etapa concursal;

- Ni siquiera una ley – anterior a la sanción de la ley de quiebras - que lo establezca explícitamente serviría para fundar la caducidad en este caso ello porque podría interpretarse la derogación tácita de dichas normas con la sanción de la ley de quiebras –ley 24522 y sus mod. año 1995-

- Porque hasta si existiese una norma - incluso posterior a la sanción de la ley de quiebras – que explícitamente sancionara con la caducidad de la concesión en caso de apertura de proceso concursal, tal norma podría ser tildada de irrazonable si sólo en ello se fundase el acto administrativo de caducidad, ello porque mientras no exista discontinuidad del servicio público y sea prestado en forma por el concesionario no hay razones suficientes que motiven la adopción de una sanción de las más graves en un caso de estos como es la caducidad.

- Por último porque el art. 145 LCQ establece que: “*La sentencia de quiebra hace inaplicables las normas legales o contractuales que autoricen la resolución por incumplimiento, cuando esa resolución no se produjo efectivamente o demandó judicialmente antes de dicha sentencia.*”

No podemos dejar de mencionar que muchos autores sostienen que la sanción de caducidad puede estar explícitamente o implícitamente en el contrato<sup>9</sup>, sin perjuicio de ello creemos que en el derecho sancionatorio las potestades en este aspecto deben necesariamente guardar un marco de

respecto al principio de legalidad que no es homogéneo con lo implícito.

#### 4. EL DERECHO CONCURSAL Y LA EMPRESA

##### 1) Principios específicos.

A partir del siglo veinte la empresa se constituyó en el centro de atención del derecho comercial; la suerte de las actividades empresariales pasó a ser la principal preocupación al observarse los efectos disvaliosos en el empleo y el sistema económico todo de la insolvencia.

En ese entendimiento se produjo una corriente que desplazó el foco de interés en los procesos concursales desde los acreedores a la salvaguarda de la empresa, dando nacimiento entonces al principio de conservación de la empresa.

Nuestra legislación concursal recepta aquel principio aunque parcialmente; ello se deriva de todas las normas que regulan el concurso preventivo y las demás soluciones no liquidativas (APE, cramdown) y, aún en la quiebra con la posibilidad de continuación –excepcional- de la explotación de la fallida o con la facultad de liquidar establecimientos en marcha como un todo, incluso en este caso cercenando o restringiendo parcialmente las facultades de acreedores garantizados con derechos reales de prenda o hipoteca.

##### 2) El tratamiento de los contratos en curso de ejecución en el concurso preventivo y en la quiebra.

En el concurso preventivo la regulación de los efectos en los contratos se encuentra legislada en el art. 20 LCQ en aquella norma se establece la posibilidad de continuar o resolver el contrato por parte del deudor.

Para hacer uso de la opción que la ley acuerda sólo al concursado, el régimen de continuación de estos contratos requiere que existan prestaciones recíprocas pendientes. En el contrato de concesión podemos observar que siempre existen prestaciones recíprocas pendientes por tratarse por lo general de contratos de largo aliento por lo cual, cumplido tal recaudo, la decisión de continuación debe ser adoptada por el juez, a la postre director del proceso concursal, y sólo a pedido del concursado, conforme la normativa quebratoria.

En la quiebra, la posibilidad de continuar o resolver los contratos sufre sustanciales diferencias respecto del concurso preventivo. La ley establece específicamente un tratamiento particular a los contratos en curso de ejecución<sup>10</sup> pero además incorpora una norma imperativa que establece la inaplicabilidad de las cláusulas contractuales o normas legales que estipulen la resolución por incumplimiento en caso de quiebra.

##### 3) ¿Y el cramdown ?

La pregunta ahora a realizarnos es si es posible la continuación del servicio público en manos de la concesionaria encontrándose esta no ya en concurso preventivo sino en una etapa posterior, especificada en el art. 48 de la ley 24522<sup>11</sup>, cual es el mal llamado cramdown o mejor expuesto: procedimiento de salvataje empresario.

El salvataje de empresas es una solución jurídica que permite la transferencia de la totalidad de las participaciones societarias de empresas concursadas a terceros, acreedores o no, para lo cual los interesados deberán cumplir una serie de recaudos legales; inscribirse en un registro abierto en el

juzgado donde se desarrolla el proceso concursal, otorgándose la propiedad de las participaciones representativas del capital a quien primero adquiera las conformidades suficientes de los acreedores. Todo con la finalidad clara de evitar la liquidación de la “empresa”.

No se diferencia en la ley concursal la actividad realizada por la sociedad concursada o su objeto social para la procedencia del procedimiento de salvataje empresario por lo que las concesionarias de servicios públicos no están ajenas al procedimiento, pero cabe preguntarse -teniendo en cuenta los caracteres del servicio público y el régimen exorbitante de derecho público- si es factible la transferencia que importa el cambio de titularidad del capital –composición subjetiva del capital– sin que la misma afecte los principios tenidos en miras para la concesión del servicio.

Adelantando la respuesta a tal interrogante debemos decir que consideramos factible la aplicación del procedimiento de salvataje a las prestatarias de servicios públicos e ilícito la declaración de caducidad de la concesión por tal motivo<sup>12</sup>.

#### 5. LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO Y LA QUIEBRA

En este punto hemos puesto la piedra angular del problema que se suscita entre los ordenamientos concursal y administrativo; ello porque como hemos observado la continuidad del servicio público es una de las características esenciales del mismo. Por regla el servicio público, en atención a los intereses generales en juego, no puede suspenderse. Aún derechos constitucionales esenciales *v. gr.* El derecho de huelga, tienen un límite preciso en cuanto a la posibilidad de su ejercicio si se trata de servicios públicos esenciales y el fundamento de tal restricción radica en la necesidad de que el ejercicio de tal derecho obstruya o impida la continuidad del servicio. En este orden queda claro que no es posible la suspensión o discontinuidad del servicio público.

En cuanto al derecho concursal, uno de los principios que se infieren del su ordenamiento es que el procedimiento de quiebra es un proceso eminentemente liquidativo destinado a la realización de los bienes del quebrado para así, con el resultante, hacer frente a los acreedores insinuados en el concurso. Lo expuesto nos indica que el deudor cesa su actividad por quiebra –como regla– y los contratos con prestaciones recíprocas en los que es parte el quebrado, de no continuarse la explotación de la empresa en forma inmediata, quedan suspendidos hasta tanto exista decisión jurisdiccional sobre la continuación de la empresa –en cuyo caso deberá el juez de la quiebra indicar cuáles contratos se continúan y cuáles no–.

Así, en el caso de la concesión de servicio público, la decisión de continuación importa necesariamente la de continuación del contrato y en contraposición la no continuación de la explotación implica la resolución del contrato por quiebra.

#### 6. LA CONTINUACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN EN LA QUIEBRA Y LA CADUCIDAD.

La ley 24522 de concursos y quiebras legisla específicamente la posibilidad de continuación de la explotación de la quebrada distinguiendo dos supuestos; a) la

continuación inmediata de la explotación por parte del síndico (art. 189 LCQ) revocable por parte del juez en cualquier momento y; b) la continuación de la explotación de la empresa del fallido -o de alguno de sus establecimientos- dada por el Tribunal pero “*sólo en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización o se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse.*”

De tal guisa se desprende que la continuación de la explotación de la quebrada es actividad excepcional y precaria<sup>13</sup> y en virtud de lo establecido en el art. 191 LCQ debe ser justificada sólo en función de la grave disminución del valor de realización de los bienes de la fallida o, en su caso, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse<sup>14</sup>.

La legislación concursal va un paso más allá en la regulación de la problemática de la continuación de la explotación en caso de quiebra y regula explícitamente el supuesto de que la fallida fuese una empresa prestataria de servicios públicos. Así es aplicable a tales empresas el régimen general de continuación excepcional con algunas variantes y, entre ellas, se destaca que la cesación efectiva de la explotación no puede producirse antes de pasados treinta días desde que se comunique a la autoridad competente *la decisión judicial de no continuar con la explotación de la quebrada.*

El régimen falencial estipula determinadas cargas particulares en atención a la especial situación de la quebrada prestataria de servicio público y ellas son:

a) Deber de comunicar la sentencia de quiebra a la autoridad que ha otorgado la concesión o a la que sea pertinente;

b) Deber de comunicar la no continuación de la explotación de la empresa a la autoridad pertinente; en cuyo caso la autoridad puede disponer lo que estime conveniente para asegurar la prestación del servicio por lo que, a partir de ese momento, las obligaciones que resulten de esa prestación son ajenas a la quiebra;

c) Continuidad del servicio por lo menos por un lapso de treinta días de la comunicación de no continuación; plazo en el cual las obligaciones que allí se asuman conforman el pasivo concursal como gastos del proceso y con la preferencia del art. 240 LCQ.

Como *supra*, analizásemos, existe la imposibilidad de resolver el contrato por incumplimiento luego de declarada la quiebra, si tal resolución no se produjo efectivamente con anterioridad a la declaración de falencia o se demandó judicialmente en el mismo lapso, pero, a poco que analicemos la situación observamos que las normas mencionadas son insuficientes para regular un caso de caducidad de concesión por varios motivos: En primer lugar, porque adoptada la decisión por parte de la Administración de hacer caducar el contrato debe desarrollarse necesariamente el procedimiento reglado para la obtención del acto administrativo que resuelve la caducidad. Es decir nos sometemos a un proceso que en principio carece de la celeridad que tendría en el derecho privado el pacto comisorio y la posibilidad de resolver extrajudicialmente, con simple comunicación y vencido el plazo legal, el contrato de que se trata. Desde este aspecto

sostenemos que –por analogía– si la decisión que declara la caducidad de la concesión fue adoptada mediante acto administrativo con anterioridad a la declaración de quiebra nos encontraríamos en una situación en que la misma habría producido –en principio– sus efectos propios<sup>15</sup>.

En segundo lugar, porque la referencia a la “*demanda judicial de resolución*” anterior, es un caso poco factible en el ámbito de un contrato administrativo como el que nos ocupa porque la Administración es la que resuelve la caducidad a través del procedimiento para la formación del acto administrativo; ello hace improbable que la propia Administración recurra a la vía judicial para demandar aquello que en su seno debe resolver. Sin embargo creemos que al igual que en el caso anterior puede aplicarse la analogía a este supuesto y así determinar que, de haberse notificado el emplazamiento a la concesionaria a fin de que justifique los incumplimientos en que incurrió y ejercite su derecho de defensa con anterioridad a la declaración de bancarrota, la posterior adopción por parte de la Administración de la sanción de caducidad sería viable y produciría plenos efectos jurídicos respecto de la quiebra.

Por último debemos resaltar que no encontramos óbice a la posibilidad de declaración de caducidad de la concesión por parte de la Administración por incumplimientos posteriores a la decisión de continuación de la explotación.

En este supuesto debería analizarse si la decisión de continuación se encuentra acompañada de una medida cautelar que impida la declaración de caducidad dictada por el tribunal concursal, en cuyo caso los nuevos incumplimientos operan como modificatorios de las condiciones analizadas al momento de adoptar tal cautelar (que se mantiene firme *rebus sic stantibus*) y pueden motivar la revocación de la medida. De no existir la cautelar, puede válidamente iniciarse el procedimiento tendiente a declarar la caducidad quedando el síndico concursal legitimado para participar en el procedimiento administrativo en representación de la concesionaria quebrada.

#### 7. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EMERGENTE DE LA CONTINUACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN EN LA QUIEBRA

La continuación de la explotación en el caso particular de una concesionaria de servicios público decidida por el juez concursal opera como continuación también de las estipulaciones pactadas en el contrato de concesión. Así el sistema emergente de responsabilidades propias de los incumplimientos contractuales no sufre modificación por el estado falencial de la concesionaria. En este orden las multas y/o resarcimiento de daños a la Administración y/o a terceros producto de la continuación de la explotación de la concesión, engastan en las normas del art. 240 LCQ esto es son gastos de conservación y justicia por lo que no requieren verificación en el proceso concursal y deben ser pagados por la falencia –de existir fondos– al momento en que se tornan exigibles, caso contrario al momento de realizar la distribución final.

En el caso particular de las multas y/o demás sanciones pecuniarias (v. gr. Intereses punitivos, cláusulas penales etc.) producto de los incumplimientos de la concesionaria quebrada

que continúa la actividad, pese a que las mismas deben ser determinadas a través de una decisión proveniente de un procedimiento reglado al efecto, quien se encuentra legitimado para representar a la fallida es en principio el síndico, sin perjuicio de lo cual de haberse nombrado Administrador o co-administrador a efectos de continuar la explotación podría este último ser quien deba actuar, para lo cual debería requerirse funciones específicas designadas por el juez de la quiebra.

El régimen de responsabilidad extracontractual impone idénticas conclusiones que las *supra*, indicadas.

#### 8. NUESTRA OPINIÓN

Existe una cierta dificultad en establecer respecto del tema de que se trata conclusiones de alcance general en algunos de los tópicos tratados; no así en otros. En tales condiciones podemos afirmar que en el concurso preventivo, en atención a los principios de conservación de la empresa la presentación (o apertura) del proceso preventivo impide la declaración de caducidad de la concesión por tal motivo. Tal conclusión es plenamente válida para el Acuerdo preventivo extrajudicial en el que se continúa la actividad.

En el *cramdown* o salvataje empresario la situación es similar que en el concurso preventivo, no podría el concedente declarar la caducidad por haberse frustrado la vía preventiva y haberse ingresado en etapa de salvataje previa a la declaración de la quiebra, atento a que en dicha etapa la “empresa” sigue su desarrollo.

Desde luego que las conclusiones mencionadas hasta este momento no convalidan los incumplimientos posteriores a la presentación en concurso preventivo o la apertura de los registros de oferentes en el salvataje de la empresa; incumplimientos que pueden ser motivo fundante de la adopción de sanciones entre las que no podemos descartar la caducidad de la concesión adoptada por la concedente en legal forma, esto es cumplido el procedimiento para la formación de la decisión y su concreción en un acto administrativo.

En caso de falencia del concesionario, al existir regulación específica que trata el tema en cuestión, no es causal *per se* para que la Administración concedente declare la caducidad de la concesión, ello por lo menos hasta tanto exista incumplimiento de las prestaciones del servicio público o decisión judicial de no continuación de la explotación –la que por lo menos debería garantizarse por un período de treinta días a contar de la declaración de falencia– ya que, de no continuarse la explotación el contrato queda resuelto por imperio de la ley, luego de lo cual la decisión de dejar caduco el contrato es estéril. El límite temporal de la Administración a los efectos de producir la caducidad de la concesión es que la misma sea decidida por acto administrativo antes de la declaración de quiebra o que, a lo sumo se haya emplazado a la concesionaria antes de la declaración de bancarrota a los fines de ejercer su derecho de defensa, ante los incumplimientos de causa anterior a la falencia y por aplicación analógica de las normas de resolución contractual extrajudicial de la ley concursal.

Un último caso es la posibilidad de declarar la caducidad de la concesión por incumplimientos posteriores a la decisión de

continuación de la explotación, fundado en hechos también posteriores, los que operan como suficiente motivo para decidir la sanción.

Así, todas las cláusulas que pululan en los contratos administrativos y en los que se establece la sanción de caducidad por quiebra o concurso preventivo no alcanzan a ser suficiente fundamento para derivar de ellas suficiente y razonablemente un acto administrativo que disponga la caducidad de la concesión en virtud de contrariar, tales estipulaciones, normas imperativas -como el art. 145 LCQ en el caso de quiebra-. Si en caso de quiebra obtenemos tal conclusión, con mayor temperamento debe adoptarse igual solución en caso de acuerdo preventivo extrajudicial, concurso preventivo judicial o salvataje de la empresa que se revelan como situaciones menos graves que hacen aplicable una solución análoga, cuanto menos, y en defecto de regulación específica.

El régimen de responsabilidad contractual y extracontractual producto de la continuación de la explotación de la empresa, en particular de la continuación de la concesión, produce que todas aquellas sanciones pecuniarias y/o responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de la empresa tiene en la quiebra el tratamiento establecido para los gastos de conservación y justicia – art. 240 LCQ – esto es se abonan a su vencimiento y, ante la inexistencia de fondos toman tal prelación en la distribución final.

#### REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

<sup>1</sup> Cfr. COVIELLO, Pedro José Jorge, *La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 115.

<sup>2</sup> Un ejemplo es la ley de creación del monopolio del correo por ley N° 816 del año 1876.

<sup>3</sup> SALOMONI; Jorge Luis, *El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina*, en Revista Documentación Argentina N° 267/268, Inap, Madrid, 2004, págs. 367 y ss.

<sup>4</sup> Seguimos en esta caracterización a ILDARRAZ, Benigno - ZARZA MENSAQUE, Alberto R., *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo*; Coedic. Ediciones Macchi – Organización Charafedín, Buenos Aires, 1986, p. 491/493.

<sup>5</sup> Debemos aclarar que cuando hacemos referencia a la permanencia de la necesidad que origina la prestación no importa que ella deba ser sin solución de continuidad. La continuidad a que hacemos referencia se refiere al excluir la posibilidad del cese del servicio debiendo destacarse que algunos de los mismos pueden ser esencialmente periódicos, si que ello afecte la continuidad.

<sup>6</sup> La definición intentada necesariamente requiere un análisis desde el punto de vista temporal; ello porque, antes de la ley 23696 y la ola privatizadora de la década del noventa, unos de los elementos que caracterizaba al contrato de concesión de servicio público era el plazo de duración y con ello su modo normal de finalización era el cumplimiento de dicho período. Luego de los noventa, se estableció la posibilidad de que las concesiones de servicios públicos – su privatización – se realicen *sine die* (caso teléfonos) y con la creación de un conjunto de Entes Reguladores que hacen posible el cumplimiento del necesario contralor en la prestación

<sup>7</sup> Lo explicitado tiene su causa en que son aplicables a la finalización anormal del contrato administrativo muchos de los casos que operan como extintivos de los contratos en el derecho privado v. gr. el distracto; la fuerza mayor, la imposibilidad sobreviviente etc. etc.

<sup>8</sup> Debe asistir causas de oportunidad y conveniencia debidamente fundadas por parte de la Administración en el acto que disponga el rescate, caso contrario la misma sería ilícita.

<sup>9</sup> ILDARRAZ, Benigno – ZARZA MENSAQUE, *Curso.....* p. 430; en el mismo sentido: - FARRANDO, Ismael (h.) en Lexis N° 1510/006216.

<sup>10</sup> El art. 144 LCQ menciona: “ARTICULO 144.- Prestaciones recíprocas

pendientes: reglas. El supuesto previsto por el inciso 3) del artículo anterior queda sometido a las siguientes reglas:

1) Dentro de los VEINTE (20) días corridos de la publicación de edictos en su domicilio o en sede del juzgado si aquéllos no corresponden, el tercero contratante debe presentarse haciendo saber la existencia del contrato pendiente y su intención de continuarlo o resolverlo. En igual término, cualquier acreedor o interesado puede hacer conocer la existencia del contrato y, en su caso, su opinión sobre la conveniencia de su continuación o resolución.

2) Al presentar el informe del Artículo 190, el síndico enuncia los contratos con prestaciones recíprocas pendientes y su opinión sobre su continuación o resolución.

3) El juez decide, al resolver acerca de la continuación de la explotación, sobre la resolución o continuación de los contratos. En los casos de los Artículos 147, 153 y 154 se aplica lo normado por ellos.

4) Si no ha mediado continuación inmediata de la explotación, el contrato queda suspendido en sus efectos hasta la decisión judicial.

5) Pasados SESENTA (60) días desde la publicación de edictos sin haberse dictado pronunciamiento, el tercero puede requerirlo, en dicho caso el contrato queda resuelto si no se le comunica su continuación por medio fehaciente dentro de los DIEZ (10) días siguientes al pedido.

6) En casos excepcionales, cuando las circunstancias del caso exijan mayor premura, el juez puede pronunciarse sobre la continuación o la resolución de los contratos antes de las oportunidades fijadas en los incisos precedentes, previa vista al síndico y al tercero contratante, fijando a tal fin los plazos que estime pertinentes.

7) La decisión de continuación:

a) Puede disponer la constitución de garantías para el tercero, si éste lo hubiere pedido o se hubiere opuesto a la continuación, en la medida que no estime suficiente la preferencia establecida por el Artículo 240.

b) Es apelable únicamente por el tercero, cuando se hubiere opuesto a la continuación; quien también puede optar por recurrir ante el mismo juez, demostrando sumariamente que la continuación le causa perjuicio, por no ser suficiente para cubrirlo la garantía acordada en su caso. La nueva decisión del juez es apelable al solo efecto devolutivo por el tercero.”

<sup>11</sup> Recordemos que el cramdown o salvataje empresario fue derogado por la denominada "Ley de Emergencia Productiva" N° 25.563 sancionada el 30/1/2002 y restablecido por la ley N° 25.589 del 15/5/2002 tal como disponía en su texto original la ley N° 24.522.

<sup>12</sup> En un caso “el Tercer Juzgado de Concursos de Mendoza, en los autos: “Compañía de Transporte Paso de los Andes SRL p/concurso preventivo”, del 8/4/1998, resolvió aplicar el trámite del salvataje a una empresa de transporte concesionaria de un servicio público de pasajeros. Tuvo especial consideración que “la actividad que desarrollaba la concursada era la explotación de servicios públicos de transporte de pasajeros”, y otorgó administración a los órganos de la concursada, que no habían incurrido en irregularidades, reduciendo los mismos sólo a los actos de administración, resaltando la necesidad de asegurar la continuidad técnica operativa de la empresa. Para ello, además de las facultades de vigilancia del órgano sindical, exigió a éste mayor información y permitió la incorporación de interventores provinciales. Como medida precautoria, había notificado al ente público “Dirección Vial de Medios de Transporte”, del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas de Mendoza (gobierno de Mendoza) que se debía abstener de decretar la caducidad de la concesión del servicio público de transporte, subsistiendo tal medida mientras continúe abierto el proceso de salvataje. El gobierno de Mendoza consintió la medida y solicitó designación de veedores técnicos.” Ver CORREA, José Luis, *El ente o sujeto licitante*, en Contratos Administrativos, FARRANDO, Ismael (h.) (dir.), Ed. Abeledo Perrot, 2002, Lexis N° 1510/002284

<sup>13</sup> Decimos precaria en virtud de que el juez debe establecer el plazo por el que autoriza la continuación de la explotación sin perjuicio de lo cual, a tenor del art. 192 LCQ “...el juez puede poner fin a la continuación de la explotación antes del vencimiento del plazo fijado si ella resultare deficitaria o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores...”

<sup>14</sup> Destacamos también que la continuación del ciclo productivo necesariamente debe resultar en beneficio para la quiebra, ello importa que la ecuación costo beneficio respecto de la continuación debe ser positiva, caso contrario la continuación no tendría sentido.

<sup>15</sup> Y decimos en principio porque mientras el acto nos se encuentre firme y pueda ser impugnado, el mismo podría revocarse y, además, hasta sería pasible de que se adoptase la vía contenciosa tendiente a la suspensión de los efectos del acto. Dejamos planteado el problema de la competencia para

obtener tal cautelar; creemos que la vía contenciosa no podría discutirse (legitimando al síndico concursal a intentarla) pero provoca algunos reparos la posibilidad de que tal decisión cautelar sea adoptada por el juez concursal en el marco del proceso principal.

BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 4º Edic., Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1947

CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho Administrativo*, TºI, 3º Edición, Ediciones Macchi, 1995.

ILDARRAZ; Benigno; ZARZA MENSAQUE; Alberto R., *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo*; Coedic. Ediciones Macchi – Organización

Charafedín, Buenos Aires, 1986.

MARIENHOFF, Miguel F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 1º reimpres. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974

ROITMAN, Horacio, *Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*, 2º Edic. actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005

ROITMAN, Horacio, *Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.

ROUILLON, Adolfo N, *Régimen de concursos y quiebras*, 11º Edic. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2002.

SALOMONI, Jorge Luis, *El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina*, en Revista Documentación Argentina N° 267/268, Inap, Madrid, 2004, págs. 367 y ss.

# El Transporte Aéreo Comercial de Pasajeros y la Responsabilidad por Daño Moral

Guillermo C. Ford Ferrer

*Director de la Carrera de Abogacía de la UBP*

*Profesor Titular de Derecho de los Transportes y de las Telecomunicaciones de la Carrera de Abogacía de la UBP*  
*Profesor Titular (Cat. A) de Derecho de las Navegaciones Marítima, Aérea y Espacial de la UCC.*

*gford@ubp.edu.ar*

**Sumario: 1. Evolución de la apreciación del daño moral en el transporte aéreo. 2. Código Aeronáutico Argentino. 3. Supuestos que generan la obligación resarcitoria del daño moral. 4. Un vacío legal. 5. Overbooking. 6. El retraso y el derecho a decidir cómo y donde usar el tiempo. 7. Algunas reflexiones a modo de conclusión.**

## 1. EVOLUCIÓN DE LA APRECIACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL TRANSPORTE AÉREO

Tanto el Convenio de Varsovia de 1929, como nuestra ley interna (art. 139 del C.A), guardan silencio acerca de la composición de los rubros que integran la reparación del daño ocasionado a los pasajeros en el transporte aéreo.

La Convención de Varsovia de 1929 solo alude a "muerte, heridas o cualquier otra lesión corporal sufrida por un viajero". Por su parte, el art. 139 suprime el término "heridas", sin que ello atenúe la limitación literal que encierra el concepto "lesión corporal", lo que, en realidad, aparenta excluir el daño moral<sup>1</sup> como componente de la reparación en casos de accidente dentro del marco del transporte aéreo.

Tal limitación textual, en un comienzo, dio sustento a determinada corriente de pensamiento encabezada por autores como Pierre Tosi<sup>2</sup> o Mateesco Matte<sup>3</sup> para predicar la total ambigüedad de este sistema a los afectos de su interpretación práctica; lo que ha venido a confirmarse a lo largo del tiempo, a través de las manifestaciones más diversas en el plano de a hermenéutica tanto doctrinaria como jurisprudencial.

Gonzalo García, presidente de la comisión redactora del anteproyecto que sirvió de base del primer Código Aeronáutico Argentino (Ley 14.307) se inclinó por una interpretación estrictamente literal manifestando que la expresión "lesión corporal" solamente es comprensiva de los daños físicos<sup>4</sup>.

Federico Videla Escalada, por el contrario, sostiene que no puede excluirse la afección psíquica, íntimamente relacionada con el funcionamiento de los procesos corporales<sup>5</sup>, lo que no significa, como parece obvio, el despliegue de una posición de apertura a la posibilidad de una efectiva reparación del daño moral.

Los desórdenes de orden psiquiátrico, conforme los avances de la ciencia médica actual, constituyen verdaderas manifestaciones patológicas del ser humano, equiparables

enfermedades estrictamente físicas. De tal modo que es razonable que los tribunales la consideren, con la conveniente asistencia de la medicina legal, susceptibles de provocar incapacidad laboral, con miras a una reparación de naturaleza material, como es el caso del lucro cesante o la denominada *pérdida de chance*, amén del daño emergente resultante de la necesidad de costear una terapia o un tratamiento médico.

Todos estos rubros, se insiste, integran reparaciones de naturaleza exclusivamente material, en realidad ajenas al concepto de agravio moral, el cual, por naturaleza es no susceptible de apreciación pecuniaria. El daño moral "Hace sufrir a la persona molestandola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas<sup>6</sup>", sin que ello necesariamente se deba traducir en traumas de naturaleza psicológica o mucho menos en afecciones psiquiátricas.

En el ámbito del transporte aéreo la cuestión versa fundamentalmente en cuestiones de orden semántico, ya que la Convención de Varsovia, en su versión original utiliza como lenguaje oficial el francés, por lo que, para a determinar el verdadero sentido y alcance de la expresión *lesión corporelle*, se ha considerado de mucha utilidad acudir a la interpretación de la jurisprudencia francesa del art. 17 del Convenio de Varsovia.

En este orden de ideas, Eduardo Cosentino, aclara que este complejo debate sobre la admisibilidad o no del agravio moral, paradójicamente, no se ha reproducido en el campo del derecho francés, ya que "*lesión corporelle*" involucra en forma automática tanto el daño material como aquella la violación de distintas áreas que componen la personalidad moral del sujeto de derecho. "...Esta concepción -continúa- se encontraba ampliamente consolidada en la época en la que se produjo el nacimiento y desarrollo del transporte aéreo, y por tanto fue aceptada como un presupuesto natural en la Conferencia Diplomática de Varsovia de 1929. Por ello es que la jurisprudencia francesa sin detenerse en discusión jurídica alguna ha hecho lugar en forma reiterada al resarcimiento por agravio moral sufrido por el pasajero en caso de lesión corporelle...<sup>7</sup>"

Por el contrario, en el ámbito de la jurisprudencia anglosajona el proceso ha sido más tortuoso en razón de las particularidades que presenta el "*Common Law*", toda vez que

en dicho sistema, la reparación del daño depende inexorablemente de la preexistencia de un deber jurídico expreso que prescinde de una antijuridicidad genérica o de normas amplias como las de nuestro 1109 del Código Civil. De acuerdo a esta forma de imputación casuística, si no hay norma específica anterior al perjuicio, el agente del daño queda aparentemente liberado de la obligación de indemnizar<sup>8</sup>. En virtud de ello, durante mucho tiempo la denominada "angustia psíquica o el impacto emocional" fue excluida como daño resarcible.

Recién a partir del año 1961 mediante el Caso "Baltala c/ State of New York" se atribuyó a la "angustia" carácter de perjuicio indemnizable, pero sujeto a la condición *sine quanon* de su concurrencia con una lesión corporal, interpretación ésta que veda en forma categórica la reparación del daño moral autónomo o desvinculado de un daño psicofísico.

Este criterio jurisprudencial civilista fue receptado en el ámbito del transporte aéreo a través de los casos líderes: "Rosman c/ Transworld Airlines Inc." y "Burnett c/ transworld Airlines Inc.". En el último, se sostuvo que "los delegados (de Varsovia de 1929) han escogido aparentemente un principio ampliamente aceptado por el que se admite "angustia mental" como consecuencia de una lesión corporal, la que tiene por sí misma virtualidad suficiente para producir impacto el "impacto emocional".

Posteriormente, en la resolución del caso "Husserl c/ Swissair" la interpretación de la convención se torna más amplia al declararse que: "no existe evidencia alguna por la que se pueda determinar que se pretendió excluir algún tipo de daño en especial". Con este precedente, se inicia otra corriente jurisprudencial que asigna al agravio moral el carácter de daño resarcible autónomo; es decir, independiente de la existencia de una lesión física efectiva<sup>9</sup>.

En autos "Patagonia c/ Transworld Airlines", el Juez John Marbach advirtió que la traducción norteamericana de la expresión francesa "*lesion corporelle*" no brinda fundamento suficiente para constituir una barrera insalvable entre el daño físico y los perjuicios morales sufridos por el pasajero. Recurriendo a una especie de interpretación auténtica, el magistrado apunta que el significado correcto de la expresión francesa debe rescatarse dentro del contexto originario del sistema normativo "Varsovia-Montreal". Por ende, la cuestión no se agota -según este criterio- en torno al agravio sufrido por músculos y huesos, sino también a la persona en su configuración psíquica, vale decir, su cerebro y nervios". Marbach culmina por señalar que "el derecho positivo debe interpretarse en sentido dinámico", descartando de este modo las interpretaciones puramente literales<sup>10</sup>.

## 2. CÓDIGO AERONÁUTICO ARGENTINO

Dentro del sistema legal del Código Aeronáutico Argentino (Ley 17.285), resultan resarcibles "los daños y perjuicios causados por muerte o lesión corporal de un pasajero" en aquellos supuestos en que el accidente que causó el daño se produzca tanto a bordo de la aeronave como en las operaciones de embarque y desembarque. La clara redacción de la norma exime de toda posibilidad de discusión en cuanto

a los alcances de la obligación resarcitoria que emana como consecuencia de una lesión corporal o de la muerte del pasajero. De conformidad con nuestro sistema jurídico, esta obligación no puede sino comprender el amplio espectro de consecuencias disvaliosas generadas por el hecho lesivo, en la medida en que éste afecte el derecho del sujeto a su integridad psicofísica y a su incolumidad espiritual.

Conforme la elaboración doctrinaria y jurisprudencial citada, puede sostenerse que en modo alguno la expresión "*lesión corporal*" puede considerarse equivalente al mero resarcimiento del "daño material", puesto que ambos términos tienen una conceptualización propia y diferenciada. En todo caso, se podrá concluir que entre ambos media una relación de causa a efecto (El hecho de la lesión genera el daño y éste, a su vez determina el nacimiento de la obligación resarcitoria), aun cuando, claro está, aquel no se agote en el menoscabo patrimonial<sup>11</sup>.

En efecto, conforme se ha establecido: "*la lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima*"<sup>12</sup>.

Ahora bien: debe entenderse entonces que tanto la muerte como las lesiones a la integridad personal pueden acarrear -aun cuando ello no suceda automáticamente en todos los casos- un menoscabo de orden patrimonial (gastos de atención médica, pérdida de ganancias, incapacidad física sobreviniente; pero en cambio, en las mismas e idénticas circunstancias, quedará configurado siempre un menoscabo o afección espiritual que deberá ser indemnizado.

En el ámbito de aplicación del derecho de daños, todo hecho que repercuta negativamente en la vida o en la integridad corporal del sujeto, e inclusive los acaecidos con motivo de la actividad aeronáutica, se proyectará sobre la esfera espiritual del sujeto, generando un daño indemnizable a título de daño moral.

En otro sentido, la característica de la limitación de la responsabilidad aeronáutica parece haber generado en un principio la controversia sobre si dicha limitación constituye de algún modo una valla insalvable para contemplar al daño moral dentro de la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el pasajero. Pero lo cierto es que dicha limitación sólo apunta a la imposición de topes máximos cuantitativos de la responsabilidad sin que los mismos tengan en realidad incidencia alguna sobre el verdadero y auténtico contenido de los rubros que integran la reparación del perjuicio.

De esta manera, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dejó escrito que: "*Esta limitación cuantitativa de ninguna manera entra a discernir el tipo de daño que integra la reparación*", lo cual significa tanto como sostener que si bien la ley ha establecido una cantidad como límite máximo, no ha excluido o dejado afuera ningún tipo de daño material o moral. En este sentido se ha declarado que "*el daño moral resulta indiscutible que puede reclamarse y ser indemnizado*", sin que por ello se afecte el sistema de especialidad de la responsabilidad aeronáutica. Dicho esto sin perjuicio de mantener el autor de este trabajo su opinión

totalmente adversa a seguir manteniendo la limitación cuantitativa en el sistema de responsabilidad aeronáutica<sup>13</sup>, siguiendo una tradicional postura doctrinaria iniciada hace ya tres décadas por el Dr. Manuel Augusto Ferrer (h)<sup>14</sup>. Desde otro punto de vista, la jurisprudencia argentina, también ha declarado que, estando en presencia de conductas vinculadas a un contrato, la existencia de una lesión de orden espiritual debe surgir de hechos que demuestren una proyección extrapatrimonial seria. Por una parte, porque no cualquier "molestia" o "inconveniente" constituye un agravio de orden moral, y, por otra parte, porque tampoco la ley ha previsto su indemnización como una forma genérica, válida para todos los casos de complementar o aumentar la entidad del resarcimiento económico<sup>15</sup>. De esta manera se recoge el criterio civilista que pone de relieve que el art. 522 del Código Civil Argentino en realidad no establece una indemnización automática, sino que la deja librada al juicio prudente del sentenciante "de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso"<sup>16</sup>.

Dentro de esta corriente de pensamiento, también se ha destacado que, para que proceda el resarcimiento en los casos de responsabilidad contractual, se requiere que el daño supere las molestias que naturalmente devienen ínsitas en el incumplimiento desde que la indemnización de que se trata constituye un remedio excepcional - a falta de otros- al que recurre el orden jurídico para compensar de algún modo su menoscabo espiritual<sup>17</sup>.

De tal modo, expresa Cosentino, "el Juzgado deberá ponderar las distintas situaciones de modo de otorgarle relevancia indemnizatoria únicamente a aquellos supuestos en los que han mediado verdaderas lesiones morales, desechando daños equívocos que deriven de criterios subjetivos o de una consecuencia normal y habitual por el quebrantamiento del orden contractual"<sup>18</sup>. Estas lesiones morales son definidas como "auténticos intereses legítimos y personales" que han sido vulnerados por el incumplimiento flagrante del deber de garantía de seguridad implícito en la prestación del transportista aéreo.

### 3. SUPUESTOS QUE GENERAN LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA DEL DAÑO MORAL

Circunscribiéndose al ámbito de aplicación del Código Aeronáutico, resulta de máximo interés práctico identificar algunos supuestos que potencialmente puedan generar obligación de reparar el daño moral.

El primero de ellos, conforme la redacción del art. 139 del C.A. (acorde el art. 17 del Convenio de Varsovia), lo constituye la muerte del pasajero, en cuanto el accidente que ocasionó el daño se hubiere producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o de desembarque.

En el caso de la muerte bajo la vigencia de los límites temporales de la obligación a cargo del transportador, la acción de daños corresponde a los familiares directos (herederos forzosos), quienes podrán invocar un daño que se genera "in iure proprio".

Tomando en cuenta que tal obligación reconoce un origen extracontractual, la acreditación del daño moral será

relativamente sencilla, puesto que, probado el hecho y la legitimación activa como deudo del fallecido, no será menester demostrar a su vez el dolor ocasionado por el deceso del ser querido: media a su respecto, una presunción sobre su procedencia, como se explicará más abajo.

La situación de angustia o dolor provocado por la desaparición de un familiar directo surge de la propia naturaleza humana y, por ende, no requiere de ninguna demostración. "...el dolor, la tristeza, angustia y desazón por la pérdida de un ser querido constituyen un verdadero daño moral. Lo es también la soledad en que a veces es colocado el que sobrevive"<sup>19</sup> Como bien ha apreciado la jurisprudencia "esta clase de daño se prueba por sí mismo, porque no hace falta demostrarlo y porque no puede probarse como el daño material. No es posible demostrar el dolor que sufre la madre por la pérdida del hijo ....., pues, se trata nada más y nada menos que de sentimientos que anidan en lo más íntimo del alma y que no se pueden corporizar ni medir y que se presuponen porque son sentimientos ínsitos en la naturaleza humana"<sup>20</sup>

La acción resarcitoria en supuestos de lesiones corporales, corresponde, en el sistema argentino, al damnificado directo, habiendo mediado en el caso un incumplimiento de carácter contractual del transportador, de carácter esencial que es nada más ni nada menos que desembarcar al pasajero en las mismas condiciones de salud que tenía al momento de su embarque.

En este caso, la Doctrina y es especial nuestra jurisprudencia, se inclinan por establecer la necesidad de armar elementos probatorios que acrediten cabalmente la existencia y extensión del daño moral sufrido. Ahora bien, siguiendo a Matilde Zabala de González, "...no debe confundirse la prueba del daño moral con la facultad judicial para conceder o rechazar la indemnización, pues no existe margen para una denegación si se encuentra de manifiesto a través de variables derroteros de convicción...por regla, el daño moral se infiere a partir de situaciones objetivas que autorizan a presumirlo..."<sup>21</sup>

Por otra parte, no toda lesión puede originar necesariamente un daño que determine correlativamente una obligación de resarcir: una lesión en el dedo, por ejemplo, carente de significación para el hombre común, puede revestir una singular importancia para un pianista o un cirujano, determinando no sólo un daño patrimonial indemnizable, sino también un lógico e inexorable daño de orden espiritual merecedor, a todas luces, de una indemnización económica.

Es así como en el plano de la lesión corporal, el daño moral debe ser contemplado y analizado con mucho rigor, de acuerdo a las particulares circunstancias del caso, ya que, como se advirtió anteriormente, la jurisprudencia descarta las simples molestias o inconvenientes.

Dentro de este contexto, resulta relevante comentar el supuesto de aquella lesión que -sin afectar gravemente la salud del pasajero, y sin que lo incapacite para trabajar- produce una cicatriz desfigurante en la cara, creándose la situación de un daño estético, considerado categóricamente como perteneciente al gran género del daño moral. "...Aunque

no sea desagradable o repulsiva la desfiguración, no por eso deja de ser motivo de mortificación para el sujeto, que su rostro presente un aspecto extraño, anormal<sup>22</sup>.

En este sentido, La Dra. Matilde Zavala de González, ha señalado con acierto que "... La integridad y normalidad corporales son bienes deseables para cualquier persona y su pérdida y menoscabo deben resarcirse por repercutir en las afecciones legítimas del sujeto (daño moral), con prescindencia del sexo, edad, y actividad productiva. Las alteraciones del cuerpo humano, especialmente del rostro, originan en todo caso una disminución estética aunque no sea desagradable o repulsiva, pues se reflejan siempre desfavorablemente en la vida de relación, al margen de las ulterioridades económicas<sup>23</sup>".

#### 4. UN VACÍO LEGAL

Avanzando un poco más en la cuestión es ineludible interrogarse si los términos de la actual redacción de los cuerpos normativos -art. 139 de nuestro C.A. y art. 17 de la Convención de Varsovia de 1929- es lo suficientemente amplio como para admitir la procedencia de una reparación por daño moral absolutamente independiente de la producción de una lesión corporal. Tal sería el ejemplo, cuando fallas humanas o técnicas ocasionan durante el vuelo o las operaciones de despegue o aterrizaje, serios riesgos a la seguridad de los pasajeros, provocando una situación de angustia, aflicción y padecimiento difícilmente superable en los mismos, aunque no se hayan presentado lesiones de ningún tipo.

Abundan en tal sentido, ejemplos que no constituyen precisamente elaboraciones artificiosas, sino que se encuentran extraídos de las crónicas periodísticas: muerte de un pasajero por intoxicación con alimentos contaminados con el virus del cólera durante un viaje de varias horas, lo que genera un estado de inquietud y zozobra en los restantes; apertura de una puerta de una aeronave en vuelo, que produce la succión por efecto de la despresurización de la cabina de una comisario de abordaje y su inmediata caída al vacío, lo que coloca en peligro cierto e inminente a pasajeros con el natural y razonable estado de angustia de los mismos; etc.

No obstante que el reconocimiento de la procedencia del reclamo del daño moral sería en circunstancias como las apuntadas (y tantas otras similares) un acto de estricta justicia, cabría advertir su absoluta desprotección frente a los rígidos límites de la normativa específica vigente, sino se abordara el problema desde un punto de vista de una concepción sistemática del derecho que integre las eventuales lagunas o imprecisiones. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "...la invocación de posibles imperfecciones técnicas de los instrumentos legales no autoriza en modo alguno a soslayar el empeño interpretativo, siendo constitucionalmente exigible el encontrar soluciones dentro de las normas que rigen la situación..." (conf. Fallos 312:1036 y 308:1343).

En efecto, sin dejar de propender a una mejora legislativa que solucione este notable vacío, es pertinente destacar que el

juzgador puede, frente a casos como los aludidos, recurrir a la aplicación supletoria de las disposiciones del Derecho Civil (Conf. art. 2 del Código Aeronáutico Argentino) para habilitar una reparación autónoma del daño moral.

Finalmente, cuadra también preguntarse si el resarcimiento por el agravio moral corresponde o no en supuestos bastante frecuentes vinculados al contrato de transporte aéreo que no devienen necesariamente de "accidentes" o percances propios del riesgo aeronáutico, ni que se encuentran vinculados a una lesión de orden físico, pero que lamentablemente se han tornado frecuentes en la práctica cotidiana del transporte aéreo.

#### 5. OVERBOOKING

Según se sabe, el *overbooking* constituye una mala práctica enquistada en el sistema de transporte aéreo comercial, que pretende justificarse desde el punto de vista empresario como una defensa frente al incumplimiento de determinado porcentaje estadístico de pasajeros de la obligación de presentarse a los mostradores del aeropuerto para confirmar su embarque o *check-in (no show)*. En suma, se comprometen más plazas que las disponibles, de tal manera que, si los cálculos estadísticos fallan, uno o varios pasajeros no tendrán lugar para viajar.

Esta práctica, que no tiene sino el objeto de procurar que la aeronave parta con la mayor cantidad de plazas ocupadas posibles, por razones evidentemente económicas, tiene como consecuencia la posibilidad de que un pasajero absolutamente cumplidor, que ha abonado su pasaje con tarifa normal y que se presenta a efectuar el *check-in* en tiempo oportuno, le sea negado el embarque de manera totalmente arbitraria.

Independientemente de todas las soluciones que en el orden económico, administrativo, legal, etc., se intenten o se hayan intentado para disminuir esta violación sistemática de los derechos de los pasajeros<sup>24</sup>, el *overbooking* constituye un liso y llano incumplimiento contractual y merece ser tratado como tal, con todas las consecuencias emergentes de tal violación al principio de buena fe establecido por el art. 1198 del Cod. Civil.

En los hechos, estas prácticas de *Overbooking* puede determinar, por ejemplo, la frustración viajes muy planificados de vacaciones, o de una luna de miel, de negocios importantes, de trabajo, científicas, etc., produciendo consecuencias absolutamente disvaliosas en el ánimo de los afectados de una entidad más que suficiente para justificar su encuadramiento dentro del concepto de agravio moral.

La jurisprudencia nacional, si bien en un principio renuente, ha terminado con el tiempo por aceptar esta innegable solución "...toda vez que dicha práctica resulta por lo menos temeraria y negligente en cuanto constituye una inobservancia de los deberes inherentes a una conducta comercial responsable y respetuosa de los derechos de los pasajeros, así como de sus legítimos intereses personales y patrimoniales... Por lo que puede concluirse que el daño moral resulta indemnizable tratándose del incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros en casos como el sub lite

(conf. esta sala causas cit.; sala I, causas 7337 del 17/2/78; 7650 del 21/7/78; sala II, causas 6478 del 4/4/78; 7107 del 18/4/78, entre otras)...”<sup>25</sup>.

La jurisprudencia internacional ha juzgado severamente esta verdadera corruptela entendiendo que constituye una práctica discriminatoria inaceptable, tal como ocurrió en los EE.UU. de Norteamérica en el caso "Ella Fitzgerald c. Pan American World Airways" aplicándose en dicho decisorio el Acta de Aviación Civil de 1938.

Con posterioridad, en el caso "Wills c. T.W.A." el tribunal resolvió que la negativa de una aerolínea en proporcionar un asiento debidamente reservado a un cliente, resulta una discriminación injusta manifestando luego que la práctica del "overbooking" constituye una conducta temeraria. En el mismo sentido se pronunció el tribunal interviniente en el caso "Archibald c. Pan Am" manifestando que el pasajero que prueba que posee una reserva confirmada y que esta prioridad no fue respetada ni cumplida, es razón bastante para establecer que una preferencia o discriminación ha ocurrido y ello da lugar a daños punitivos.

Como colofón que reafirma esta tendencia, es pertinente destacar el caso "Neder Ralph c. Allenghany Airlines" en el que se demandó a la Aerolínea por discriminación y fraudulenta falsedad a raíz de un caso de "overbooking", en el cual la Corte Suprema de los EE.UU. estableció que la sobreventa constituía un comportamiento malicioso contra los pasajeros y el grupo consumidor y condenó a la empresa con U\$S 61 por daños compensatorios y U\$S 50.000 por daños punitivo<sup>26</sup>.

## 6. EL RETRASO Y EL DERECHO A DECIDIR CÓMO Y DÓNDE USAR EL TIEMPO

El artículo 19 del Convenio de Varsovia de 1929 y correlativamente, el artículo 141 del C.A. hacen responsable al transportista por los daños y perjuicios emergentes del retraso en el transporte aéreo de pasajeros, equipajes y mercaderías.

Tampoco en este caso los precedentes dispositivos legales abundan en mayores detalles ni señalan los alcances de la reparación, por lo que resulta lícito afirmar que los rubros que integran la reparación deben ser determinados en cada caso en concreto (como en las situaciones precedentemente expuestas) recurriendo al derecho civil, por imperio del art. 2<sup>a</sup> del C.A. en los casos de transporte aéreo de cabotaje. También es pertinente aclarar que para los vuelos internacionales cuyo punto de arribo (lugar de cumplimiento del contrato) sean situados en la República Argentina, el Tribunal puede integrar los vacíos de los instrumentos internacionales aplicando el derecho local (conf. Art. 1209 Cod. Civ.).

No obstante la estrechez de la regulación legal, estimamos que -en base a lo dispuesto por el art. 141 del C.A. (o art. 19 del Convenio de Varsovia), el retardo generan también la obligación de resarcir el daño moral producido, en tanto y en cuanto este resulte suficientemente acreditado por el reclamante con las limitaciones establecidas por el art. 522 del Código Civil. También el caso de retardo, particularmente en el transporte de pasajeros, la jurisprudencia se ha mostrado

reticente en un principio a admitir que los retrasos injustificados pudieran tener la entidad suficiente como para configurar un verdadero agravio moral, calificando en muchas oportunidades las largas esperas de los pasajeros como "meras molestias" que no alcanzan a lesionar intereses legítimos de los reclamantes.

Pero en la última década, basados sobre todo en precedentes jurisprudenciales extranjeros, los tribunales nacionales han tendido a pronunciarse favorablemente frente a estos reclamos.

Lo interesante de estos pronunciamientos es que con un criterio mucho más avanzado, hacen hincapié en las situaciones de retardo injustificado privan al pasajero del derecho elemental del ser humano de decidir "cómo y dónde ocupar el tiempo de su vida".

Una demostración de ello, es el reciente pronunciamiento de la Sala Primera de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en autos "Villanueva, Jorge I. c/ Iberia Líneas Aéreas del 27 de noviembre de 2008"<sup>27</sup>, cuyas partes pertinentes transcribimos a continuación:

*"Sobre el punto, debo destacar que en el contrato de transporte aéreo existe un interés especial en la regularidad de los servicios y que la demora en el cumplimiento de la traslación altera uno de sus elementos determinantes del acuerdo de voluntades de manera tal que constituye fuente de daños y perjuicios para quien soporta el incumplimiento (conf. Cosentino, Eduardo T., "El retraso en el transporte aéreo", publicado en la Revista de Derecho de Daños: Daños en el Transporte, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 347).....En base a la plataforma fáctica descripta tengo para mí acreditada la configuración de los extremos para admitir la responsabilidad de la empresa Iberia Líneas Aéreas por el daño causado al actor con motivo del cumplimiento defectuoso del contrato de transporte aéreo en lo que respecta a su viaje hacia el Estado de Israel.....En efecto, la demandada invoca que el retardo en la salida del vuelo de Buenos Aires -que hizo frustrar la conexión con el vuelo programado desde Madrid a Tel Aviv- se debió a un desperfecto técnico en el avión al encontrarse -horas previas- en el aeropuerto de Barajas que le impidió llegar en el horario programado al aeropuerto de Ezeiza. En su memorial de agravios sostiene que debe ser liberada de responsabilidad debido a que en autos no se encuentra controvertido que "...se había cumplido con todas las tareas vinculadas a su normal mantenimiento..." de la aeronave (conf. fs. 180, párr. 4º).....Sin embargo, dicha excusa lejos está de configurar un motivo de fuerza mayor que le permita eximirse de responsabilidad. Por el contrario, los problemas técnicos de esta naturaleza sólo son imputables a la compañía aérea (conf. mi disidencia en la causa 442/1993 del 7/3/1996, esta sala, causas 3.235/2002 del 5/2/2004 y 8.665/2001 del 10/2/2004; y esta Cámara, sala 3ª, causa 6.002/2005 del 19/2/2008) y ponen de manifiesto que el transportista pudo haber evitado la dilación producida si hubiera examinado al avión con suficiente anticipación, lo que, según lo demuestran los hechos, no ocurrió.....Por otra parte, Iberia Líneas Aéreas no rindió prueba que indicara que adoptó, o le fue*

*imposible adoptar, alguna medida tendiente a brindar una solución razonable y expedita al problema como pudo ser la de reemplazar el avión originalmente dispuesto por otro alternativo, o bien la de ofrecer a los pasajeros la posibilidad de abordar otro avión para impedir una demora en el despegue de sus vuelos.....Por lo tanto, no existiendo elementos de convicción que permitan inferir la presencia de hechos ajenos a la empresa de aviación (o cuanto menos no imputables), ni encontrándose comprobada una actitud diligente en su accionar, en mi criterio la responsabilidad de la demandada por la demora del actor en arribar al Estado de Israel debe ser confirmada.....Comprometida, entonces, la responsabilidad de la parte demandada solamente en lo que respecta a la demora padecida por el actor para arribar al Estado de Israel, corresponde entrar a considerar el agravio en forma conjunta atinente al daño moral. En tanto la demandada lo considera no probado y elevado, mientras que la parte actora lo cuestiona por exiguo. En materia contractual, el reconocimiento de una indemnización por daño moral tiene carácter restrictivo y el juez debe ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias del caso (conf. Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. I, Ed. Perrot, 1976, ps. 194/196). Este criterio ha sido aplicado por la sala, que ha exigido la constatación de molestias o padecimientos que hieren las afecciones legítimas de la víctima, es decir, que excedan la mera contrariedad por la frustración de la relación convenida y esperada.....En el sub lite, la descripción de los hechos revela que el actor fue colocado -por la conducta culpable o indiferente de la demandada- en una situación de desasosiego y angustia que resulta indemnizable (esta Cámara, sala 1ª, causa 4.623/2002 del 26/2/2004; en igual sentido, sala 2ª, causa 5.667/1993 del 10/4/1997 y sala 3ª, causa 14.667/1994 del 17/7/1997, entre otras).....Por lo demás, el cumplimiento defectuoso del contrato de transporte por el retraso de 13 horas aproximadamente en arribar a la ciudad de destino ha producido la privación del derecho elemental del ser humano de decidir cómo y dónde ocupar el tiempo de su vida (conf. mi disidencia en la causa 442/1993 cit. y esta sala, causas 3.235/2002 cit. y 15.716/2004 del 14/2/2008).....A mi modo de ver, entiendo equitativo (teniendo en cuenta los fundamentos de ambos recursos) adecuar la indemnización por daño moral en un total de \$ 3000, suma que llevará los intereses fijados en la sentencia de 1ª instancia toda vez que no existe queja alguna de las recurrentes al respecto.....”*

#### 7. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

El sistema de responsabilidad del transportista aéreo nacido a partir de la Convención de Varsovia de 1929, fue en realidad concebido en un momento que la aviación comercial estaba en sus comienzos, y en donde los riegos de la aeronavegación eran muy elevados.

Por tal motivo fueron justificadas (o al menos comprensibles) determinadas instituciones, como la limitación de la responsabilidad, que no tuvieron otra motivación que morigerar las consecuencias eventuales de una

responsabilidad integral del transportista que en el terreno práctico constituyera un obstáculo para el incipiente desarrollo de una actividad altamente beneficiosa para la comunicación y el comercio entre los distintos pueblos del orbe.

Pero con el correr del tiempo y sobre todo, a partir de los avances extraordinarios logrados en el campo técnico para restringir a un mínimo tolerable aquellos riegos originales, el dinamismo propio del Derecho Aeronáutico, impone una insoslayable revisión de algunos paradigmas y concepciones que han devenido arcaicas, frente al gran desarrollo que ha tenido en estas últimas décadas el denominado derecho de daños.

El paulatino reconocimiento por vía pretoriana que ha tenido el daño moral en el ámbito del transporte aéreo, es un síntoma alentador en este sentido, que debe ser sostenido y reafirmado del tiempo, no sólo como forma de reconocer elementales derechos que hacen a la dignidad de la persona humana, sino como instrumento corrector de constantes conductas abusivas por parte del sector transportista en perjuicio de los usuarios, que se han venido enquistando en el sistema aerocomercial durante muchos años, las cuales opacan y desmerecen sus notables virtudes e innegables beneficios.

Aeronáutico y Espacial, Punta del Este, Uruguay, 24, 25, 26 y 27 de marzo de 2008.

#### REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- <sup>1</sup> Cosentino, Eduardo; "Régimen Jurídico del Transportador Aéreo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 119.
- <sup>2</sup> "La Responsabilité Aérienne", p.42.
- <sup>3</sup> "Traité de Droit Aérien Aeronautique", p.404.
- <sup>4</sup> "Algunos Aspectos de la Responsabilidad en la Convención de Varsovia de 1929 y de la Revisión Propyectada", Revista del Instituto de Derecho Aeronáutico, Córdoba (Argentina), Nro. 6, pag. 116.
- <sup>5</sup> Derecho Aeronáutico, Tomo IV, A- p. 435.
- <sup>6</sup> Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Depalma, 1967, p. 22, nota a pie de página (11), y p. 23.
- <sup>7</sup> Cosentino, Eduardo, op. cit.p. 123.
- <sup>8</sup> Cosentino, Eduardo, op.cit. p. 121.
- <sup>9</sup> Us district Court, Central District of California, "Krystal c/ BOAC, Brithish Airways", 10-9-75. 14 Avi 17.128; Us District, Southern District of New York, "Karfunkel c/ Air France y Singapore Airlines", 4 de marzo de 1977; 14 Avi. 17.674; New York City Civil Court, "Queen's County, Kalish c/ TWA", 19 de enero de 1977; 14 Avi 17.936. Ref.Cosentino E, op. cit. p. 122.
- <sup>10</sup> Cosentino, Eduardo, op. cit. p. 122.
- <sup>11</sup> Rubiolo de Lucero, Graciela; Ford, Guillermo Carlos y Villa, Juan; "La reparación del daño moral en el ámbito del transporte aéreo"; Revista Brasileira de Direito Aeroespacial, Ed. Especial, N°73, noviembre de 1977/marzo de 1988, p. 89-92.
- <sup>12</sup> Zavala de González, Matilde, "Daños a las Personas", 2da., Ed. Hammurabi, 1990, pag. 57.
- <sup>13</sup> S.C. Bs.As., 3 de marzo de 1981, El Derecho, 94-628, Videla Escalada, Federico, Tratado de Derecho Aeronáutico, Tomo IV, v.A, p.361, Nro. 843 y ss.- Idem: Mosset Iturraspe, Jorge, "El Valor de la Vida Humana", Santa Fe, 1983, p. 243.
- <sup>14</sup> Propositiones Ante la Declinación del Convenio de Varsovia-La Haya", Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, enero-diciembre, 1972.
- <sup>15</sup> Sala II, Civil y Comercial de la Capital Federal, causa 5784, "Labary, Catalina y otro c/ Cía de Aviación Air France", 28-4-78.
- <sup>16</sup> ED, 88-139; ED, 88-628; ED, 92-817; ED,93-408.
- <sup>17</sup> Sala II, Civil y Comercial, Cámara en lo Civil y Comercial, "Winicki, Benjamín y otro c/ Air France y otro", 19-06-80.
- <sup>18</sup> Op. cit. p. 125.
- <sup>19</sup> Mosset Iturraspe, El Valor de la Vida Humana, U.N.L., 1983, p. 28.
- <sup>20</sup> Cámara Tercera Civil y Comercial, de la ciudad de Córdoba, Argentina, autos

"Iribarne c/ Carossio", Voto del Dr. Norvillo Saravia; *Semanario Jurídico* (Comercio y Justicia), Nro. 244, 29-11-82.

<sup>21</sup> Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, 5ª ed, Ed.

Hammurabi, p. 160.

<sup>22</sup> Cam. 3ra. C.C. Córdoba, fallo citado.

<sup>23</sup> Zavala de González, Matilde, "Indemnización de secuelas psíquicas y corporales de un accidente de tránsito", nota a fallo, *Semanario Jurídico* (Comercio y Justicia), 29-11-82, pag. 334 y ss.

<sup>24</sup> Deiana, Massimo, *Responsabilità del vettore aereo per overbooking: ricostruzione del fenomeno e possibili soluzioni*, relato expuesto en las

XXXIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, Punta del Este, Uruguay, 24, 25, 26 y 27 de marzo de 2008.

<sup>25</sup> LA LEY 1994-B, 559 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III "Beiroa, Rodolfo R. c/Aerolíneas Argentinas". Buenos Aires, diciembre 22 de 1992.

<sup>26</sup> LA LEY 1994-B, 559 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III "Beiroa, Rodolfo R. c/Aerolíneas Argentinas". Buenos Aires, diciembre 22 de 1992.

<sup>27</sup> Abeledo Perrot on-line: N° 70050633

# En Torno a las Acciones Sociales y Concursales de Responsabilidad y Extensión de la Quiebra

Francisco Junyent Bas

Miembro de la Academia Nacional de Derecho

Profesor Titular de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho y C.S. de la UNC

fjunyent@justiciacordoba.gov.ar

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La configuración de los grupos societarios. 2.1. Un intento de aproximación conceptual. 2.2. En torno a su caracterización: la dirección unificada. 3. El control societario. 3.1. El nivel de vinculación jurídica. 3.2. El control interno: de derecho y de hecho. 3.3. El control externo: los especiales vínculos. 3.4. La licitud de las relaciones de control y la sanción de su desvío. 4. Las obligaciones de administradores y socios. 4.1. El régimen de responsabilidad societaria 4.2. La pauta del interés social. 4.3. Criterio normativo y jurisprudencial 5. Las obligaciones de los socios. 5.1. Consideraciones preliminares. 5.2. El art. 54 de la ley 19.550. 5.2. a. El daño a la sociedad. 5.2.b. la llamada desestimación de la personalidad. 6. La necesaria delimitación del art. 54, primer y tercer párrafos, de la L.S. 6.1. La tutela del patrimonio societario: una acción social contra socios y controlantes. 6.2. El descorrimiento del velo: una acción singular. 7. Diferencias entre las diversas hipótesis del art. 54 de la ley 19.550. 7.1. La tipicidad de la acción social. 7.2. El abuso de la personalidad como pretensión individual. 8. Las responsabilidades societarias y concursales. 8.1. Reflexiones sobre la responsabilidad de administradores, socios y controlantes. 8.2. La insolventación: una acción típica en la falencia 8.3. Las acciones societarias 8.4. La extensión de la quiebra en caso de abuso de la personalidad 9. La convergencia de las diferentes clases de acciones. 9.1. El esquema legal. 9.2. En torno a las diferencias entre el plexo societario y el concursal.

## 1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad de los administradores y socios se torna, aquí y ahora en este mundo globalizado, más relevante que nunca ante el fenómeno de concentración societaria y la actuación de las sociedades “agrupadas” realza la importancia de conocer el sistema de responsabilidad reglado en el derecho patrio.

Así, las directrices centrales de los arts. 59 y 274 de la Ley 19.550 concretan la pauta de un “buen hombre de negocios”, como parámetro que exige respetar el interés social como eje nuclear de la gestión empresaria que se articula en normas operativas del deber de lealtad, atento al manejo de bienes ajenos, como así también, en obligaciones propias de la diligencia que se requiere del empresario ordenado y prudente.

A su vez, los socios y accionistas tienen también pautas de conductas establecidas en orden a tutelar el patrimonio social de la entidad, arts. 36, 54 y cons. de la ley, todo lo cual nos exige un análisis de la realidad grupal para poder completar adecuadamente el sistema de responsabilidad.

## 2. LA CONFIGURACIÓN DE LOS GRUPOS SOCIETARIOS

### 2.1. Un intento de aproximación conceptual.

La existencia de los agrupamientos empresarios y de las relaciones de coordinación y de colaboración ha motivado nuevas preocupaciones doctrinarias en orden a una adecuada conceptualización jurídica, máxime si se tiene en cuenta que la empresa se mueve desde la pluralidad subjetiva de los tipos sociales que la sustentan hacia nuevas formas de integración que habilitan una actuación conjunta.

Así, la doctrina<sup>1</sup> ha expresado que el avance hacia la concentración permite advertir que la posición de poder en una sociedad individual ya no es un fin en si mismo, sino que sirve para dominar varias sociedades por acciones y coordinar su conducción mejorando su “performance” en el mercado.

En forma sencilla puede decirse que un “grupo” es una reunión en una unidad económica de dos o más sociedades o, con más exactitud, una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a una dirección única o si se quiere a un poder único, tal como explica Manóvil<sup>2</sup>.

De este modo, la empresa económica se presenta al mismo tiempo como única y plural. Es única, porque unitaria es la política económica y el interés que preside la actividad de las organizaciones singulares. Es plural, porque desde el punto de vista técnico-jurídico existe una diversidad de personas con individualidad jurídica.

A su vez, cabe recordar que los grupos pueden ser tanto de coordinación como de subordinación.

En éstos últimos, la nota característica es que las decisiones fundamentales aparecen subordinadas a la voluntad de los directivos de otra sociedad, o sea, que hay sujeción real detrás de una autonomía aparente.

De todas formas, cabe aclarar que las expresiones de “control” y “grupo” si bien se implican no son necesariamente coincidentes.

En efecto, todo grupo presupone una posición de control que permita la coordinación o la subordinación pero, no toda posición de control desemboca necesariamente en un fenómeno de grupo.

## 2.2. En torno a su caracterización: la dirección unificada.

Desde esta perspectiva, la doctrina expresa que para que exista grupo debe haber un vínculo orgánico, cualitativamente distinto al del control que implica la avocación, en medida más o menos extensa, por parte de la controlante, de atribuciones concernientes a la administración de la controlada. Por lo tanto, mientras la sociedad controlante se vale de sus poderes de socio y no ejerce otra influencia que los mismos no hay grupo sino, mera relación de control.

El grupo requiere el elemento de la dirección unificada u organización centralizada que otorgan al conjunto subjetivo de personas jurídicas distintas, un interés propio que le da su "tonalidad" especial: el llamado interés "grupal".

Por ello, la noción de concentración empresaria engloba las diversas medidas tendientes a constituir un grupo de empresas por la centralización de los poderes de decisión, de manera tal que, la actividad empresaria ya no es realizada en forma separada e individual por cada empresa, sino que da lugar a una nueva unidad: el agrupamiento empresarial.

Las relaciones de colaboración que dieron lugar al nacimiento de los grupos han merecido en nuestro país una doble vertiente de tratamiento en la ley societaria mediante la regulación del control.

Así, al no haber un reconocimiento jurídico de los grupos como tales, las empresas que integran diversos modos de colaboración se agrupan a través del control societario reglado en el art. 33 de la ley 19.550.

De tal modo, la vinculación empresaria y las relaciones de control se dan mediante el denominado "control interno", a través de la participación accionaria que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social, o, mediante las relaciones contractuales del "control externo" que se configura ante la existencia de relaciones de dominación, verbigracia: ser el único suministrador de insumos, materias primas etc.

## 3. EL CONTROL SOCIETARIO

### 3.1. El nivel de vinculación jurídica

La ley 19.550 regula el esquema de las relaciones de control en los dos incisos del art. 33 puntualizando que: "Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias.

2) Ejercza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades...".

Del texto legal citado se sigue que las sociedades controladas están sujetas a la voluntad social de la sociedad controlante, pero que, este control tiene diversos matices.

La noción de control es compleja y constituye una terminología ambigua que en su acepción común alude a "dominación, mando, gobierno o dirección" de una sociedad por otra ya sea por el poder de voto o por relaciones

contractuales.

Así, la doctrina<sup>3</sup> lo ha caracterizado como "el poder efectivo de dirección de los negocios sociales" y también como "el derecho de disponer de los bienes de otro como propietario".

Vale aclarar que el art. 33 de la normativa societaria refiere, tanto al control directo o indirecto, es decir, ya sea que se posea participaciones que otorguen la voluntad social *per se* o por interpósita persona.

Esta modalización del control directo e indirecto vale tanto para la relación interna como para la dominación externa, tal como se sigue del esquema legal pautado en el art. 33 de la ley 19.550.

### 3.2. El control interno: de derecho y de hecho.

Desde esta perspectiva, el control puede conceptualizarse como el poder efectivo de dirección de los negocios sociales ya sea, mediante la posibilidad de gobernar la voluntad social, como así también, de ejercer influencia decisiva por los especiales vínculos intersocietarios.

Por un lado, el "control interno de derecho" está definido en el inciso primero del mentado art. 33 de la ley societaria, en cuanto implica "el manejo" de la voluntad social, pues, se basa en tener el poder de voto para imponerse en las reuniones sociales o asambleas.

Este control es el que ejerce el titular de los votos suficientes para predominar en la reunión del órgano deliberativo en razón de tener la mayoría social.

Dicho derechamente el accionista controlante.

A su vez, el inciso segundo del precepto citado, hace referencia al "control interno de hecho" que se define por la circunstancia de ejercer una "influencia dominante" como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés, situación que implica una dispersión accionaria que le da prevalencia a la relación de dominio.

Este control fáctico depende del ausentismo en las asambleas, de manera tal que aún sin las mayorías necesarias se puede ejercer el dominio de la voluntad social.

### 3.3. El control externo: los especiales vínculos.

Desde otro costado, el inciso 2° del art. 33 de la L.S. reconoce el denominado "control externo" que se ejerce sobre una sociedad mediante particulares relaciones económicas o contractuales, o como dice el texto legal, por los "especiales vínculos existentes entre las sociedades".

Este control emergente de relaciones contractuales y otros vínculos ejercidos por una sociedad sobre otra, o a través de sociedades interpuestas se diferencia notablemente del interno pues, la participación accionaria no juega ningún papel preponderante.

También hemos dicho que el Decreto 677/01 caracteriza el control interno instituyendo el concepto de "participación significativa", "actuación concertada" y "parte relacionada".

### 3.4. La licitud de las relaciones de control y la sanción de su desvío.

Desde esta perspectiva entonces, las relaciones de control son absolutamente lícitas en la medida que se transparenten en la contabilidad de cada una de las sociedades, de conformidad

a la manda del art. 62, tercer párrafo de la L.S. y en las correspondientes notas complementarias regladas en el art. 65 del cuerpo legal citado.

Ahora bien, cuando la relación de control se ejerce “abusivamente” se produce una distorsión del recurso técnico-jurídico societario y conduce a conductas reprochadas tanto en el art. 54 de la L.S., como en el art. 161 inc. 2º de la L.C., tal como lo analizaremos infra.

#### 4. LAS OBLIGACIONES DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS

##### 4.1. El régimen de responsabilidad societaria

En primer lugar, como punto de partida inicial, sostuvimos y, por ende, reiteramos<sup>4</sup> que el régimen de los arts. 59, 157 y 274 del estatuto legal estructuran una responsabilidad profesional, específica y diferenciada de la responsabilidad genérica del Código Civil.

El administrador societario tiene una responsabilidad genérica, como persona individual, art. 1109 C.C. y una responsabilidad específica y diferenciada, como profesional, arts. 59 y 274 ley 19.550, por el daño causado en ejercicio de sus funciones, art. 43 C.C..

En efecto, el cartabón del art. 59 establece como pauta de conducta la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios, como paradigma abstracto que configura un régimen profesional e implica el conocimiento y experiencia de la actividad comercial, como tarea habitual, que obliga al administrador societario, aún por culpa leve, a diferencia del administrador civil que sólo responde por culpa leve pero *in concreto*.

En una palabra, el administrador social al conducir la gestión empresaria debe respetar el interés social como parámetro que se concreta en el plan de negocios.

El interés social constituye una directiva central del régimen de responsabilidad de los administradores societarios que implica una capacidad técnica y profesional, que si bien está inserta en el patrón del art. 59 de la ley 19.550, no deriva del incumplimiento de una relación convencional, sino del carácter de integrantes del órgano de administración, lo que establece una relación funcional con el ente social en la gestión empresaria.

##### 4.2 La pauta del interés social.

Así, la ley de sociedades impone el cumplimiento de determinados recaudos que aseguren un ponderado equilibrio entre los intereses de los socios, de los administradores y de la sociedad, haciendo prevalecer siempre el interés social, que se convierte en el instrumento para valorar la conducta de los administradores societarios.

Así, cabe recordar la definición de la doctrina que afirma que el interés social es “*el interés objetivo común a los socios conforme al fin social y en un momento histórico dado*”<sup>5</sup>.

Por su parte, este interés se satisface con la concreción de ganancias, arts. 1º, 131, 139, 145, 160, 234 y 316 de la L.S., con relación a los socios y se entiende también como la prosperidad y crecimiento de la empresa, arts. 70 y 197 L.S.<sup>6</sup>

En esta línea, tal como se desprende de la actual normativa societaria “*el interés se constituye en la síntesis de los deberes*

*impuestos a los administradores*”.

En una palabra, los administradores en el ejercicio de su función deben orientar su conducta de conformidad al interés social, concepto que, en singular convergencia, no se confunde con el de los socios, aunque lo comprende y permite advertir el carácter funcional de la actuación de los administradores.

Halperín<sup>7</sup> lo definió como “*el interés objetivo común a los socios conforme al fin social y en un momento histórico dado*”. Por su parte, el maestro Colombres negaba su existencia afirmando que existían numerosos intereses plurales. Sin embargo, la doctrina ha seguido recurriendo a este concepto basilar para el funcionamiento de la sociedad, como pauta de conducta de los administradores y demás órganos societarios.

En esta línea, coincidimos con Otaegui<sup>8</sup> en el sentido de que la ley de sociedades protege a la empresa que sustenta la sociedad, completando el concepto del interés social.

En una palabra, el interés social 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 implica también la prosperidad de la empresa*.

En este sentido, Guillermo Cabanellas<sup>9</sup> afirma que la figura del interés societario, “*lejos de ser un simple objeto de preocupación académica, constituye un elemento central de la sociedad en cuanto instrumento de organización y evaluación de la actividad de los administradores*”.

Más allá de toda elucubración académica, aparece con meridiana claridad que la personalidad societaria implica la existencia de un interés propio y particular que no se confunde con el de los socios y que la ley reconoce en numerosas normas<sup>10</sup>.

En igual sentido, la experiencia cotidiana demuestra la necesidad de preservar la correcta administración del patrimonio social y de allí, la caracterización del interés social.

El decreto 677/01 que regla la actuación de las sociedades emisoras que cotizan sus acciones en el Mercado de Valores y realizan oferta pública de títulos, establece como principio rector de la actuación de los administradores al “interés social”, precisando que éste es “el interés común de todos los accionistas” y que se endereza a la “creación de valor en la gestión empresaria”.

En una palabra, se trata de destacar las obligaciones generales de lealtad y diligencia, intentando poner énfasis en la conducta de los administradores, sean directores o ejecutivos y de los propios socios y accionistas.

##### 4.3. Criterio normativo y jurisprudencial.

De tal modo, lo real y cierto es que la ley 19.550, en diversos artículos, admite la existencia del interés social.

Así, los arts. 241, 248 y 272 de la L.S., tratan de impedir que pueda llegar a existir algún tipo de colisión entre los intereses de la sociedad y los personales.

De este modo, se obliga al accionista, socio o representante, a abstenerse de votar todos aquellos acuerdos en los que

hubiese participado y pudiera plantearse un conflicto de intereses, dejando así a salvo cualquier tipo de conducta que pueda ser considerada como antisocial.

En este sentido, cabe destacar que las normas aludidas no hacen referencia a supuestos particulares, sino a todos aquellos casos en los que pueda presumirse que la decisión del órgano deliberativo pueda favorecer intereses particulares

Dicho derechamente, esta pauta rectora se refleja en la regla de que los distintos órganos deben actuar de manera tal de beneficiar el interés societario.

Así, se tiende a custodiar el interés social, procurando que todos los accionistas emitan su voto en beneficio de la sociedad y no en su propio interés.

En este sentido, se ha pronunciado la Cámara Nacional de Comercio Sala B<sup>11</sup>, expresando que la actuación en interés de la sociedad constituye condición esencial para la emisión del voto por el accionista, que podrá ser nulificado cuando el mismo haya sido emitido persiguiendo un fin propio o extrasocietario.

A su vez, Uría<sup>12</sup> tiene dicho que el accionista busca en la sociedad la satisfacción de intereses personales, pero estos solo deben lograrse a través de la realización del interés social, configurado como el interés común de todos los accionistas, toda vez que la existencia de los socios es la esencia y el fundamento de la sociedad.

De lo dicho se desprende que, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha admitido siempre la existencia del interés societario y lo ha tomado como guía de la actuación de todos los órganos societarios.

Desde este punto de vista, los órganos societarios deben respetar el interés social y actuar en consecuencia.

El deber de los administradores de actuar en miras del interés societario surge de la obligación general de lealtad y diligencia que establece el art. 59 L.S. y se complementa con el principio de buena fe del art. 1198 C.C.

## 5. LAS OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

### 5.1. Consideraciones preliminares

Desde esta perspectiva, los socios deben respetar determinadas pautas de conducta, de conformidad al art. 36 de la ley 19.550, estándoles vedado dañar a la sociedad o instrumentarla como mero recurso para violar la ley o frustrar derechos de terceros, tal como lo establece el art. 54 de la L.S.

La adquisición del estado del socio importa una forma determinada de actuar no solo frente a sus propios consocios, sino también, frente a la propia sociedad, pues mal podría esta desempeñarse en el mundo de los negocios si cada alguno de los socios actuara en forma independiente sin respeto alguno por las normas de funcionamiento de las sociedades que el legislador ha impuesto en forma imperativa<sup>13</sup>.

Esa manera de actuar, si bien impuesta para el normal funcionamiento en todas las sociedades, es más o menos intensa de acuerdo al tipo social de que se trate.

Las obligaciones fundamentales del socio pueden ser resumidas del siguiente modo:

a) subordinar su interés al de la sociedad en el sentido de que solo a través de la actuación del ente obtendrá los beneficios económicos;

b) respetar las normas de la legislación societaria en orden a la actuación de la sociedad que integra;

c) brindar su colaboración en la gestión empresarial.

Tal como enseña la doctrina, el socio debe contribuir a la formación del patrimonio social, no solo cumpliendo con el aporte comprometido, sino también, participando activamente en la vida interna del sujeto de derecho, evitando causarle daños, teniendo siempre presente que la actuación de la sociedad debe respetar el fin societario, de conformidad a los art. 1 y 2 de la L.S.

La conducta “torpe” de los socios en cuanto produzca daño a la sociedad aparece atrapada en el art. 54 de la L.S.

*En una forma pedagógica puede decirse que el art. 54 es a los socios, lo que el art. 59 es a los administradores. Unos y otros deben respetar la sociedad que integran y/o administran y la infracción a la normativa societaria, o en su caso, el daño a terceros, los hace responsables en forma personal y solidaria.*

5. 2. El art. 54 de la ley 19.550.

5. 2. a El daño a la sociedad.

La norma del epígrafe contiene dos párrafos perfectamente diferenciados.

En el primero, se 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. 1068 del Código Civil en cuanto obliga al socio o al controlante a reparar el daño causado a la sociedad haciéndolo responsable en forma personal y solidaria.

La norma refiere específicamente al socio o controlante, pues, la responsabilidad del administrador se juzga por las normas de los art. 59, 274 y ss. de la ley 19.550.

Desde esta perspectiva, cabe recordar que, de conformidad a la pauta del art. 36 del estatuto societario, el socio debe adecuar su conducta al interés de la sociedad, actuando con la lealtad que le es exigible a quien se ha agrupado con otras personas para un negocio común.

La norma citada ejemplifica una serie de situaciones generadoras de responsabilidad, siempre y cuando el autor del daño haya actuado con dolo o culpa.

El texto del art. 54 de la L.S., según modificación de la ley 22.903, también extiende la responsabilidad al controlante de la sociedad en todos aquellos casos de daño doloso o culposo y, en especial, cuando se han aplicado fondos o efectos de la sociedad para uso personal o de terceros.

### 5.2. b. la llamada desestimación de la personalidad

Desde otra perspectiva, el tercer apartado del art. 54 regula la inoponibilidad de la persona jurídica al puntualizar que “la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieran posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Este último caso, es el clásico “abuso de la persona jurídica” por parte de los socios o de los controlantes.

Los presupuestos del art. 54 que hacen referencia a la actuación de la sociedad son tres:

- a) Que encubra la consecución de fines extrasocietarios.
- b) Que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe.
- c) O para frustrar derechos de terceros.

El acierto del art. 54 lo constituye la descripción del fenómeno que origina las sanciones allí establecidas pues el legislador no se ha limitado al acto de constitución de la sociedad, ni se remonta al origen del ente para tornar aplicable la norma, sino que, la expresión “actuación” debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias<sup>14</sup>.

El accionar de la sociedad que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe engarza con la doctrina del abuso del derecho, pues es patente su semejanza con la normativa del Código Civil, art. 1071.

Es de notar que la violación de la ley entendida como norma imperativa tutelante del orden público, afecta el interés general y mientras que la violación a la buena fe agrede, en principio, un interés particular.

En una palabra, la actuación de la sociedad que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe se refiere al caso en que se utilice a la persona societaria en detrimento a un interés general o particular, extendiéndose la responsabilidad de la sociedad al socio<sup>15</sup>.

## 6. LA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL ART. 54, PRIMER Y TERCER PÁRRAFOS, DE LA L.S.

### 6.1. La tutela del patrimonio societario: una acción social contra socios y controlantes.

Tal como hemos explicado supra, el primer párrafo del art. 54 de la ley 19.550 resulta una aplicación en el ámbito societario del texto del art. 1068 del Código Civil, en cuanto obliga al socio o al controlante a reparar el daño causado a la sociedad estableciendo su responsabilidad en forma personal y solidaria, tutelando el patrimonio de la entidad, es decir, de la empresa.

El precepto refiere puntualmente al socio o controlante, pues, la responsabilidad de los administradores queda atrapada por las normas de los art. 59, 274 y ss. de la ley 19.550, un esquema claramente diferenciado.

En esta línea, hemos afirmado que la pauta del art. 36 del estatuto societario exige al socio que ajuste su accionar al interés de la sociedad, comportándose de conformidad a la directriz fundante de todo el ordenamiento jurídico, reglado en el art. 1198 del C.C. en cuanto impone la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Por otra parte, cabe reiterar que el dispositivo del art. 54 también extiende la responsabilidad al controlante de la sociedad, en todos aquellos casos de daño doloso o culposo y, en especial, cuando se han aplicado fondos o efectos de la sociedad para uso personal o de terceros.

Como se advierte esta norma veda el abuso o desviación de poder que conlleva la disposición de bienes sociales para uso particular violando el principio de lealtad al interés social.

### 6.2. El descorrimiento del velo: una acción singular

Desde otro costado, el tercer apartado del art. 54 regula la inoponibilidad de la persona jurídica cuando la actuación de la sociedad se convierta en un alternativa que permita violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros y, por ende, dicha conducta se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieran posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

De tal modo, dichos socios o controlantes quedan obligados personalmente por las obligaciones de la sociedad, pero ello no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad, sino que constituye una alternativa de computación.

La inoponibilidad del art. 54 no implica la nulidad de la sociedad, como los supuestos de los arts. 18, 19 y 20, sino simplemente su inoponibilidad, tratándose de un caso de imputación aditiva entre los sujetos de derecho y los socios y/o controlantes que llevaron a cabo la conducta reprochable y tipificada por la ley.

Así, dichas personas responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados a los terceros, por lo que se configura una acción individual de daños en contraposición a la acción social reglada en el primer párrafo del art. 54 de la L.S.

## 7. DIFERENCIAS ENTRE LAS DIVERSAS HIPÓTESIS DEL ART. 54 DE LA LEY 19.550

### 7.1. La tipicidad de la acción social.

A esta altura de las reflexiones resulta fundamental señalar que los dos primeros párrafos del art. 54 refieren al daño causado a la sociedad por la actuación “torpe” de los socios o controlantes y, por ende, es una acción social que puede ser iniciada por los representantes de la entidad afectada, como así también, por los socios en forma singular, en caso de inacción de los administradores naturales, aplicándose analógicamente los art. 276 y 277 de la ley societaria.

En una palabra, la acción social legitima a la sociedad, en cabeza de los administradores y también a los socios “uti singuli”.

Así lo afirma la doctrina más calificada<sup>16</sup> advirtiendo que se trata de una acción social en defensa del patrimonio de la persona jurídica que debe ser promovida a través de su órgano de administración o de representación, pero, ello no descarta

la actuación individual o “uti singuli” del socio, en defensa de la sociedad que integra frente a la inactividad de los órganos societarios de promoverlas.

A su vez, es una acción que puede ser ejercida en caso de insolvencia por el síndico o los acreedores a tenor de lo dispuesto por el art. 278 de la L.S.

### 7.2. *El abuso de la personalidad como pretensión individual.*

Por el contrario, la inoponibilidad es una acción “singular” que corresponde exclusivamente a quien o a quienes se haya perjudicado con el accionar societario como instrumento de una finalidad diversa.

Por ello, Manóvil<sup>17</sup> destaca que los interesados son, en principio, solamente los terceros afectados, sin perjuicio que esta afirmación no excluye a los socios o accionistas, en tanto su vínculo con la sociedad sea como terceros.

En una palabra, el art. 54, en su primer párrafo, contempla la responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños causados a la sociedad, con dolo o culpa, por sus socios o por quienes no siéndolo la controlen.

En su segundo apartado, el dispositivo legal obliga al socio o controlante a restituir a la sociedad los beneficios que distrajo, debiendo asimismo soportar personalmente las pérdidas que se pudieren producir.

Por último, el tercer párrafo introduce la desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica mediante la imputación directa de la actuación de la sociedad en los supuestos previstos en la norma, es decir, a los socios o controlantes que persiguieron fines extrasocietarios, violaron la ley o el reglamento o afectaron derechos de terceros.

Las diferencias de los diversos apartados de la norma son palmarias y lo mismo sucede con la legitimación activa y pasiva.

Así, la acción contemplada en el primer párrafo del art. 54 tiene naturaleza social y se dirige a reparar el daño sufrido por el patrimonio social por la conducta de los socios o sus controlantes, legitimando de este modo al síndico concursal en caso de falencia.

Por el contrario, la desestimación de la personalidad implica una acción singular que sanciona a los socios y controlantes que han dañado a terceros, bajo la actuación de la fallida, por lo que es una acción singular que no legitima al síndico en los términos del art. 175 de la L.C.

Esta figura es asumida en la legislación concursal como una alternativa de extensión de la quiebra, de conformidad a los arts. 161 inc. 1 y 2 de la ley 24.522, en cuanto reflejan los efectos de la falencia en aquellos que han abusado de la personalidad o desviado el interés social de la controlada.

## 8. LAS RESPONSABILIDADES SOCIETARIAS Y CONCURSALES

### 8.1. *Reflexiones sobre la responsabilidad de administradores, socios y controlantes.*

De todo lo dicho se sigue que las responsabilidades societarias, tanto de los administradores como de los socios y controlantes, se conectan con la normativa concursal en un juego complejo que no siempre ha sido bien entendido por la doctrina.

Las inconductas de los administradores y socios se encuentran pautadas en ambos estatutos legales y requieren de una correcta integración.

### 8.2. *La insolventación: una acción típica en la falencia.*

Así, la ley concursal regula la responsabilidad de administradores y terceros en los art. 173 a 176 incorporando aquellas conductas “torpes” de insolventación que hayan dañado a la sociedad, legitimando al síndico y, subsidiariamente, a los acreedores para su promoción.

Los artículos citados, que hemos desarrollado ampliamente en otras oportunidades<sup>18</sup>, regulan los supuestos de responsabilidad en la quiebra.

La primera norma regla la acción concursal propiamente dicha en dos figuras diferenciadas: una, productora de la insolvencia por parte de los administradores, representantes y gestores de negocios; y otra, tendiente a la disminución del activo o exageración del pasivo por parte de terceros, es decir, de los cómplices de los administradores.

En una palabra, el art. 173 de la L.C. establece la responsabilidad de quienes tengan poder de “disposición” en la entidad fallida por las conductas de insolventación, como así también, de los terceros cómplices que hayan colaborado el menoscabo del patrimonio como garantía común de los acreedores.

### 8.3. *Las acciones societarias.*

Por su parte, el art. 175 del estatuto falimentario asume las acciones sociales de responsabilidad en contra de los administradores y socios en los términos de la legislación societaria.

La estructura lógica del texto permite considerar incluidas en esta hipótesis no solamente a la acción social del art. 276 de la L.S., que persigue a los administradores infieles del daño causado a la sociedad, sino que, también debe considerarse la acción social que nace del primer párrafo del art. 54 en cuanto hace responsable a los socios y controlantes por el perjuicio social.

Se trata en ambos casos de acciones societarias en donde el legitimado activo es la sociedad fallida, por ser quien ha sido afectada por la conducta dañosa.

*Una situación absolutamente distinta es la que se configura en el caso del art. 54 ter, ya que en este supuesto los legitimados son los terceros dañados a título singular y, por ende, en principio la acción escapa al plexo concursal.*

*Alguna doctrina, ha entendido que la inoponibilidad de la personalidad podría ser una alternativa viable por tratarse de una modalidad de abuso de la personalidad.*

*Ahora bien, esta afirmación no es exacta ya que no existe perjuicio social que justifique su ejercicio y la “manipulación abusiva” de la fallida es sancionada por el plexo concursal con la extensión de la quiebra, a tenor de los art. 161 inc. 1 y 2.*

### 8.4. *La extensión de la quiebra en caso de abuso de la personalidad.*

Desde otro costado, en el capítulo referido a la extensión de la quiebra la ley concursal, al reglar este especial procedimiento tendiente a la declaración de quiebra de un sujeto distinto del fallido estipula que, la configuración de

ciertas conductas apareja la posibilidad de sancionar el abuso de la personalidad y el desvío del interés social de la sociedad controlada.

En este aspecto, cobran especial relevancia los dos primeros incisos del art. 161 de la L.C. en cuanto reglan las hipótesis de:

a) actuación en interés personal bajo apariencia de actuar por la fallida;

b) abuso de control en una persona jurídica.

La extensión de quiebra en estos supuestos tiene un contenido sancionatorio, ya que la ley ha tipificado ciertas conductas reprochables y les ha asignado una grave consecuencia como es la de declarar la quiebra.

Estas alternativas se encuentran íntimamente ligadas al abuso de la personalidad jurídica societaria y al quebrantamiento del principio de funcionalidad (por desviación del interés). La ley no admite la desvirtuación del instrumento técnico de la sociedad<sup>19</sup> o incluso otras relaciones patrimoniales (y por ello le adjudica gravísimos efectos).

No obstante ello, la aplicación de estos supuestos de comunicación falencial deben distinguirse nítidamente de la aplicación societaria de la desestimación de la personalidad jurídica (art. 54, 1º y 2º párr., L.S.), en la que sólo se procura la imputación de determinados actos a los socios controlantes o sus consecuencias resarcitorias<sup>20</sup>, pero no la responsabilidad total por el pasivo de la sociedad, ni la comunión con sus efectos.

A diferencia de la extensión falencial de los socios ilimitadamente responsables (art. 160 de la L.C.), es esencial en estos supuestos extensivos la ilicitud de la conducta, ya que de otro modo la configuración de una hipótesis, si ésta no estuviese prohibida, no podría acarrear tan significativos efectos.

## 9. LA CONVERGENCIA DE LAS DIFERENTES CLASES DE ACCIONES

### 9.1. *El esquema legal.*

Hemos dicho que el art. 54 de la ley societaria sanciona la actuación de los socios y controlantes que perjudican a la sociedad en aquellos casos de actuación dolosa o culposa y, en especial, cuando se han aplicado fondos o efectos de la sociedad para uso personal o de terceros.

Asimismo, el tercer apartado de la norma citada permite la desestimación de la personalidad cuando la actuación societaria haya constituido un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe.

Por ello, tal como explican Barreiro y Lorente<sup>21</sup> existen entre los institutos de la desestimación jurídica y la extensión de la quiebra presupuestos fácticos y jurídicos de gran semejanza pero cuyas condiciones de viabilidad y efecto resultan diferentes, siendo necesario distinguirlos.

### 9.2. *En torno a las diferencias entre el plexo societario y el concursal.*

La extensión de la quiebra constituye una acción principal, colectiva y concursal mientras que, la inoponibilidad societaria es una acción individual y societaria. Por ello, ante la quiebra de una sociedad “vaciada”, cuando el

“trasvasamiento” de la actividad de la fallida se manifiesta mediante el “abuso de la personalidad societaria” auténtica en sí misma, pero empleada para ocultar una actividad de otro sujeto, bajo la apariencia de la actuación de la persona de existencia ideal, el obrar antijurídico de los socios y controlantes aparece atrapado en el art. 161 del estatuto falimentario, ya sea, en el inciso primero o en el inciso segundo y sólo eventualmente puede configurarse la alternativa del art. 54 tercer párrafo de la L.S..

En efecto, adviértase que la extensión de la quiebra supone una actuación “dañosa” para la sociedad abusada o controlada y, por el contrario, el artículo 54 tercer párrafo implica menoscabo de derechos de terceros.

En realidad, la norma societaria que protege el daño a la sociedad lo constituye el primer apartado del art. 54 donde se sanciona a los socios o controlantes que en forma dolosa o culposa haya perjudicado la actuación de la sociedad disponiendo de sus bienes en beneficio de terceros.

El ejercicio de las acciones de extensión de quiebra, al intentar reparar el daño sufrido por la fallida, beneficia a los acreedores que integran la masa.

Por el contrario, la acción de desestimación de la personalidad jurídica sólo torna inoponible al sujeto interpuesto frente al acreedor singular que ha sido dañado por la actuación “torpe” reglada en la norma.

Dicho de otro modo, la reparación de los daños causados por los socios y/o controlantes de la fallida sólo pueden beneficiar singularmente al tercero perjudicado, por lo que, no existe posibilidad de legitimar al síndico concursal para el ejercicio de la acción que surge del art. 54 ter, de la L.S.

Una situación distinta se configura en la hipótesis del primer párrafo del art. 54 de la L.S. donde la afectada patrimonialmente es la sociedad, y, entonces sí, la acción es de naturaleza social teniendo como legitimados pasivos a los socios y controlantes y como beneficiarios a todos los acreedores de la entidad.

En consecuencia, en esta alternativa es viable la legitimación del síndico concursal a tenor del art. 175 de la ley 24.522.

De esta manera se advierte que, las cuestiones atinentes a la reintegración patrimonial de una sociedad insolvente se enmarcan en numerosas acciones que el ordenamiento jurídico articula a los fines de intentar dar solución y reparo a tales cuestiones.

Esta realidad normativa compleja implica la necesidad de distinguir los diversos remedios jurídicos a los fines de adecuar el ejercicio de las acciones a los fines perseguidos y a la correcta tutela del patrimonio social y de los terceros, según el caso concreto.

## REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

<sup>1</sup> Manóvil Rafael M., Grupos de sociedades en el Derecho Comparado, Abeledo – Perrot, 1998, pag. 70.

<sup>2</sup> Manóvil, Rafael, ob.cit., pag. 156.

<sup>3</sup> Alegría, Hector, Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control, RDCO, Depalma, 1978 – 303.

- <sup>4</sup> Junyent Bas, Francisco, Responsabilidad de los administradores societarios, Advocatus, pag. 160
- <sup>5</sup> Halperín, Criterios generales de la reforma a la ley de sociedades, RDCO, 1972, pag.611
- <sup>6</sup> Junyent Bas, Francisco, Responsabilidad de los administradores societarios, pag. 170
- <sup>7</sup> Halperín, I. Sociedades Anónimas, Depalma, pag. 449
- <sup>8</sup> Otaegui, Administración Societaria, Abaco.,pag.64
- <sup>9</sup> Cabanellas de las Cuevas, G. El interés societario y su aplicación, RDCO. t. 25, 1992, pag., 579
- <sup>10</sup> Para un completo estudio del tema puede verse con provecho la obra de Molina Sandoval, Carlos, Régimen Societario, cap. III, Lexis Nexis, 2004, en donde el autor desarrolla el tema puntillosamente.
- <sup>11</sup> CNCom., Sala B, 2/11/92, “Bado R. C/ Barranca Luna S.R.L. s/ sumario” y “Bado R. C/ Pereira G y otro s/ sumario”
- <sup>12</sup> Garrigues J. y Uría R., Comentario a la ley de sociedades anónimas, T. I, p. 658.
- <sup>13</sup> Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Editorial Abaco, Tomo I, 1996, pag. 322.
- <sup>14</sup> Nissen, Ricardo, Curso de Derecho Societario, Ad-Hoc, 1998, pag. 129.
- <sup>15</sup> Otaegui, Julio, Anomalías Societarias, Advocatus, pag. 109.
- <sup>16</sup> Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades..., pag. 368.
- <sup>17</sup> Manóvil, Rafael, ob.cit, pag. 1035.
- <sup>18</sup> Junyent Bas, Francisco, Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- <sup>19</sup> Houin Roger, Las consecuencias de la quiebra de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada sobre sus dirigentes en derecho francés, Revista Jurídica de Cataluña, vol. LXXIII; año 1.956, trad. de J. M. Pascual, pag. 15.
- <sup>20</sup> Molina Sandoval, Carlos, La desestimación de la personalidad jurídica societaria Abaco, Buenos Aires, 2002, pag. 148.
- <sup>21</sup> Barreiro, Marcelo – Lorente, Javier, La desestimación de la personalidad jurídica y la extensión de la quiebra, La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, 19 de diciembre del 2003, pag. 1 y ss.

# Responsabilidad de los Administradores

José Sala Mercado

*Adscripto a la Cátedra de Derecho Societario de la Universidad Blas Pascal*

*jochesala@hotmail.com*

**Sumario: Responsabilidad de los administradores. Régimen general de Ley 19.550. Articulado que da tratamiento al tema referido y su comentario. Diligencia del administrador: responsabilidad.**

## ARTICULADO PERTINENTE

ARTÍCULO 59 (L.S.): *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.*

ARTÍCULO 274 (L.S.): *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.*

### Exención De Responsabilidad

*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.*

ARTICULO 275 (L.S.): *La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento o si no media oposición del cinco por ciento (5 %) del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.*

ARTICULO 276 (L.S.): *La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en*

*éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.*

*Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275.*

### Comentario

A) Art.59: A decir de Perrota “son dos los factores determinantes de la apreciación judicial en torno a la responsabilidad de los precitados administradores y representantes”, a saber: 1).- Lealtad y 2).- Diligencia de un buen hombre de negocios.

Durante el régimen que precedió a la ley de sociedades comerciales el administrador era asimilado a la figura del mandato, evolucionando posteriormente la doctrina hacia la naturaleza de funcionario, de ello se deduce que ambas<sup>1</sup> pautas de diligencia y lealtad emanan de las funciones de gestión y organizador del administrador social se remontan a las soluciones del mandato. De allí que se afirme que una imputación de culpa basada en el artículo<sup>2</sup> 59, no agravaría ni atenuaría la culpa que le correspondería al administrador de aplicarse el criterio civilista del Art. 512 C.C.

## EL DEBER DE LEALTAD

Este deber radica, fundamentalmente, en la prohibición de realizar actos por cuenta propia y/o ajena en competencia con la sociedad de la cual es administrador. Por otro lado también significa proceder en la función administradora a favor del interés social, de su objeto y de la actividad necesaria para cumplirlo. Así la violación de dicho deber requiere malicia, postergando el interés social en beneficio propio o de un tercero.

### Criterios jurisprudenciales

Es procedente la acción de responsabilidad promovida contra el gerente de una sociedad que vende la totalidad del activo patrimonial sin previo consentimiento de los restantes socios, concurriendo como circunstancia agravante que dicho acto de disposición tuvo como beneficiario a una empresa cuyo capital mayoritario le pertenecía, pues se halla acreditado en la causa que la conducta antijurídica y reprochable del administrador cercenó toda posibilidad de que la empresa continuara con su actividad (CNCom., Sala C, 15/02/2000, “Uranga, Gabriel c/ Sugmo S.R.L. y otros”) LA LEY, 2001-A-503.

## LA DILIGENCIA DE UN BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS

Esta pauta fija un estándar que permite al juez, en el caso concreto, establecer o desechar la responsabilidad solidaria e ilimitada de administradores y representantes en el desempeño

de su cometido, por daños y perjuicios que resultaren, no solo de su acción, sino también de su omisión. A los fines de la aplicación de esta pauta al accionar de un administrador, se deberá tener en cuenta las circunstancias contenidas en el código civil de persona, tiempo y lugar (Art. 512 del CC), y la actuación presumible de un buen hombre de negocios, o sea de un comerciante experto en las mismas (Art. 902 del CC).

#### *Criterios jurisprudenciales*

Cabe considerar justificada la remoción del administrador que no cumplió con los deberes de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (Art. 59 L.S.) perjudicando con su accionar a la sociedad que administraba. (CNCom., sala C, noviembre 20-996, - Edelding de Gordon, Luis c/ Gordon, Jaime y otro) JA 2000- IV- Síntesis.

Existe un deber genérico de proceder de buena fe en la esfera contractual y otro más específico de adecuar el comportamiento a la pauta establecida por el Art. 59 de la ley de sociedades que exige actuar como un “buen hombre de negocios”. (CNCom, sala C, Mayo 12-2000, Müller, Rodolfo E. c/ Edal SA) La Ley, 2000-E-902- Impuestos, 2001-11-138.

Resulta inadmisibles la imposibilidad alegada por los socios de ejercer un debido contralor sobre las cuentas sociales, si el gerente designado por ellos para la administración compartida de la sociedad contaba con dicha facultad, faltando a su cumplimiento por su propia inacción, en abierta oposición a la mínima diligencia que le es exigible como buen hombre de negocio – Art. 59, ley 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760) – (CNCom., Sala C, 23/11/1999, “Podestá, Luis A. y otros c/ Ferrario, Andrés B. y otros”) LA LEY, 2000-C-906, reseña de fallos.

En el desempeño de la función directorial el administrador se halla sujeto a una serie de obligaciones que emanan de la necesidad de dar cumplimiento a deberes genéricos y específicos. Entre ellos se encuentra el de obrar con lealtad, el cual es el resultado de la vinculación de confianza que inspira la designación y la tarea de administrar los bienes ajenos o el de la diligencia de un buen hombre de negocios. (CNCom., sala C, marzo 26-999 – Fernández, Jorge y otro c/ Compañía Financiera Universal S.A. y otros). JA 2000 – I-394.

El concepto de conducta (Art. 59 LS) comprende actitudes positivas y omisivas.

(CNCom., sala B, noviembre 26-1998 – Estructuras Elcora S.A. c/ Yurcovich, Rosa y otro) JA 1999-IV- 178.

El administrador societario al desempeñar sus funciones debe obrar con la diligencia impuesta por el Art. 59 de la ley de sociedades, modelo que deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, de tiempo y lugar. En caso de omisión de los cuidados más elementales atinentes a sus funciones, el administrador será responsable por el dolo. A ello cabe agregar el deber de fidelidad, que completa estos aspectos exigibles, consistentes en que no se debe dar preferencia a los intereses propios en detrimento de los de la sociedad.

(CNCom., sala C, noviembre 20-1996, - Edelding de Gordon, Luis c/ Gordon, Jaime y otro), LA LEY, 1997-E-547, con nota de Diego Emilio Rangugni y Federico Sosa Valle.

#### IMPOSIBILIDAD DE EXTENSIÓN DE QUIEBRA DE LA SOCIEDAD A SUS ADMINISTRADORES POR IMPERIO DEL ART. 59 LS.

Es improcedente la extensión de quiebra de la sociedad fallida a sus administradores, solicitada con fundamento en la alegada violación de los Art. 59 y 274 de la ley de sociedades 19550, normas que prevén la responsabilidad ilimitada de los administradores y representantes por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión, o por las consecuencias de su actuación; en efecto la obligación de responder mas allá del aporte y con todo el patrimonio personal, es aplicable a las prestaciones enunciadas en dichos artículos pero nunca a todo el pasivo social. (CNCom, sala B Marzo 29-996, Florcam SA s/q. s/ inc. Extensión a Cámara, Florentino y otros) LA LEY, 1996-D, 750- DJ, 1996-2-904.

B) Art. 274: Si bien en el artículo analizado anteriormente se trato de una suerte de teoría general de la responsabilidad de los administradores, la norma que aquí nos ocupa profundiza dicho criterio general. Así es como ya entra en el campo de analizar sobre quienes recae esta responsabilidad. De su lectura y análisis se desprende que recae individualmente sobre cada socio ya que no hay responsabilidad atribuible al órgano al no ser este una persona jurídica sino una responsabilidad subjetiva que tiene como sujeto al director como persona independiente. Los artículos siguientes (276 a 279) establecen frente a quienes responde, es decir frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los terceros. En cuanto al tipo y extensión de responsabilidad, la postura mayoritaria de nuestro país sostiene que la misma es extracontractual frente a socios y terceros y contractual frente a la sociedad. De allí que existen por tanto distintos criterios en cuanto a la extensión de la reparación y los plazos de prescripción para cada caso. Asimismo y a los fines de determinar la existencia de responsabilidad, deben tenerse en cuenta los presupuestos del derecho común de la teoría general de responsabilidad civil, cuales son los factores objetivos y subjetivos del daño, antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y acción. Brevemente analizamos los distintos presupuestos:

1. Conducta: acción u omisión del director, consistente tanto en la falta de diligencia en el ejercicio de su función como en el no impedir el actuar incorrecto de otros directores si conocía o debía conocer tal situación.

2. Antijuridicidad: aquella acción u omisión violadora de la ley, contrato o estatuto social y el reglamento. Encuadra aquí el abuso de la función ejercida por el director que desnaturaliza la misma mediante su ejercicio.-

3. Daño: debe derivar de la conducta antijurídica un efecto dañoso para la sociedad cuyo menoscabo subsista al momento en que su reparación se reclame.

4. Factor de atribución: se habla de dolo y culpa grave pero no es pacífica la doctrina que entiende que la culpa leve considerada en abstracto también puede tenerse como una alternativa.

A continuación y como extensión de la responsabilidad cabe analizar la solidaridad de la misma puesto que este artículo contiene una confusa redacción que lleva a

preguntarse si... ¿Existe responsabilidad colectiva?...¿Existe responsabilidad por el hecho de un tercero?...Ambas respuestas son negativas. Creemos que la redacción del Art. 274 lleva a la confusión de plantearse estos interrogantes. Así es que la norma<sup>3</sup> a dice “la responsabilidad de los directores será solidaria.....la responsabilidad podrá imputarse individualmente cuando se hubiesen dividido personalmente las funciones entre los directores, siempre que la distribución de funciones y la designación del director haya sido inscripta”. El criterio seguido por la jurisprudencia acorde al espíritu de la ley 19550 es el de responsabilidad individual de cada director y que para que exista obligación de reparar debe existir una actuación imputable a cada funcionario por acción u omisión, atribuible a título de dolo o culpa, además de los restantes supuestos de la responsabilidad civil. Es decir, recién cuando se encuentren reunidas estas condiciones en más de un director la responsabilidad será solidaria.

C) Art. 275: Enumera las causales de extinción de la responsabilidad. Los supuestos son:

1. Aprobación de la gestión.
2. Renuncia expresa.
3. Transacción.

Todos extinguen la acción social de responsabilidad sin perjuicio de que un socio o tercero pueda iniciar la suya individual.

Para que estos supuestos surtan efecto respecto de la extinción de responsabilidad, no debe tratarse de la violación de la ley, del estatuto o reglamento como tampoco debe mediar oposición del 5% del capital social.

La aprobación de la gestión se realiza por asamblea ordinaria y es correspondiente aclarar que la aprobación de los estados contables no implica la de la gestión. Por otro lado resultaría contradictorio que la asamblea aprobada la gestión de un directorio por ser beneficiosa para el ente y a su vez se le impute a uno de sus integrantes responsabilidad por daño al mismo. Por esto es incompatible la aprobación de la gestión con la adjudicación de responsabilidad a los miembros de la administración.

Para el segundo y tercer supuesto rigen normas de derecho común, así es que la renuncia expresa:

a) Es un acto unilateral, pero puede ser retractada hasta tanto no sea aceptada (Art. 875 CC).

b) La renuncia efectuada a favor de un director se entiende que en principio beneficia a los demás de no ser que se renuncie a la solidaridad de uno de ellos (arts 707 y 704 del CC).

c) Si se trata de derechos litigiosos o dudosos rige lo establecido para las transacciones (Art. 871 del CC).-

En cuanto a la transacción:

a) Debe ser una cuestión susceptible de transacción (Art. 844, 953 y 1167 del CC).

b) No es transable una acción derivada de un delito penal pero si la accesoria de los danos y perjuicios.

c) En caso de tratarse de derechos litigiosos, deberá efectuarse ante el juez.

d) La transacción hecha con un director, favorece a los demás solidariamente responsables.

D) Art. 276: Esta acción es ejercida por la sociedad a título propio, contra el o los directores a los que les es imputable una conducta dolosa o de culpa grave ( en algunos casos hasta de culpa leve) de la cual ha resultado un daño para la sociedad, a fines de que el mismo sea reparado.

Previo al ejercicio de la acción es necesario que medie resolución de asamblea (la regla es que se trate en asamblea ordinaria) ya sea incluyéndose la cuestión en el orden del día o porque es consecuencia directa del tratamiento de un tema incluido en el mismo (en este ultimo caso podrá hacerse por asamblea extraordinaria).

De la decisión asamblearia surge el efecto inmediato de apartar al director o directores a los que se le imputa la conducta lesiva para el ente.

Si bien la acción social de responsabilidad le compete a la sociedad, en su defecto puede ser ejercida por los socios o por el síndico en la quiebra (arts. 276, 277 y 278 de ley 19550). Sin perjuicio de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el resultado de la misma siempre es el resarcimiento cuyo destinatario es el patrimonio social.

En el caso de la existencia de disidentes con el 5% del capital social, la legitimación activa será de uno (en el caso de que un socio tenga el 5%) o mas socios quienes iniciaran la acción mediante un litis consorcio necesario activo. En <sup>4</sup> caso de la existencia de una oposición de más del 5%, no es necesario que todos los socios que conforman dicho porcentaje inicien la acción sino que basta con este mínimo legal establecido. Asimismo, la legitimación pasiva de la acción le corresponde a la sociedad y a los administradores responsables en el caso de que estos continúen en el cargo, ya que su responsabilidad frente a la sociedad tiene como efecto la consecuente remoción.

¿Qué ocurre con si media oposición de menos del 5%? En ese caso, de mediar una infracción a la ley, estatuto o reglamento, la resolución de la asamblea que aprobó la gestión sería impugnabile por el Art. 251 LS, surgiendo entonces el derecho del socio a demandar la nulidad de la asamblea y la responsabilidad de los directores.

*Criterios jurisprudenciales.*

La norma del Art. 274 de la ley 19.550 trata un supuesto de responsabilidad regulado y establecido por la ley mercantil de modo tal que la cuestión debe resolverse conforme su sistema y principios, resultando desacertado aplicar o recurrir a principios e interpretaciones de otro sistema jurídico, en el caso el laboral, aunque sea consecuencia o derivación de un contrato de trabajo. (CN Trab., Sala VI, 29/10/2001, “Denable Roberto y otros c/ La Hidrófila Argentina S.A. y otros s/ despido.”) RSC N° 16 mayo-junio-2002, pág.191.

Conforme lo dice el mensaje que acompañó a la ley 19551, la calificación de conducta y sus efectos deberá extenderse a las personas que realmente pueden haber tenido una intervención efectiva en la realización de los respectivos actos. Asimismo, el artículo 274 de la ley 19550 considera la responsabilidad de los directores cuando el daño ha sido producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. En consecuencia y fuera de la culpa “in vigilando” de los directores que no actuaron en la administración, no

corresponde extenderles la calificación de la conducta a ellos. (CN Com., Sala B, 15/03/1982, S.A. Azucarera Tucumana) Errepar, Sociedades, Tomo II, p.029.040.001.

Resulta abstracto emitir pronunciamiento en punto a la procedencia o improcedencia de la condenare los demandados en su calidad de accionistas con base en el Art. 54 de la ley 19.550 mediante la declaración de inoponibilidad del recurso técnico de la persona jurídica, cuando con dicho sustento normativo se persigue igual propósito que el logrado por aplicación de las normas que consagran la responsabilidad de tales demandados, en tanto directores del ente (Arts. 59 y 274 de la ley 19.550), es decir, su condena en forma ilimitada y solidaria. (CN Com., Sala A, 07/11/2002 “Cancela Echegaray, Guillermo c/ Compartime S.A. y otros s/ sumario) RSC N° 18, septiembre-octubre, 2002, p. 213.

En orden a la acción de responsabilidad fundada en los artículos 59 y 274 de la ley 19550, se vinculan con la responsabilidad del administrador societario, la primera con carácter general y la segunda específicamente con las sociedades por acciones. Ellas indican las bases para ponderar la conducta del administrador y para imponer responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios. (CN Com., Sala E, 26/09/1996, C.A.P.H.A.B. SCA c. Albisu, Silvia E. s/ sumario) Errepar, Sociedades, Tomo II, p.029.039.002.

Los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 (Adla, XLIV-B, 1310) se vinculan a la responsabilidad del administrador societario, la primera con carácter general, y la segunda específicamente a las sociedades por acciones; indicando las bases para ponderar la conducta del administrador, y para imponer responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños y perjuicios ocasionados. Es improcedente analizar la configuración del desempeño de un mal administrador si de otro lado no existe perjuicio que se deba reparar; pues el reproche deriva de responsabilidad contractual, en la que, para que se configure la culpa, es preciso demostrar el daño (CN Com., sala E, 26/09/1996, C.A.P.H.A.B. c. Albisu, Silvia E. - www.laleyonline.com.ar).

La responsabilidad de los administradores, contemplada por los arts. 59, 255, 274, 279 y concordantes de la ley 19.550 no es ajena a la teoría general de la responsabilidad civil, pero orientada específicamente al resarcimiento de los daños que se generen como resultado de la gestión de las personas físicas dentro del ámbito societario que no respondan a la conducta propia de un “buen hombre de negocios”. Imponiéndoles, dicho marco legal, una responsabilidad ilimitada y solidaria hacia la sociedad cuando el comportamiento de los mismos sea violatorio de la ley, el estatuto o del reglamento o dolosa o en abuso de facultades o culpa grave (CN Com., Sala A, 22/10/99, “Gatti, Ernesto Ignacio y otro c/ Bulad, Alfredo Ragueb s/ sumario”) RSC N° 3, marzo-abril, 2000, p. 198 y RSC N° 5, julio-agosto, 2000, p. 65.

#### DESARROLLO POR LA DOCTRINA DE DISTINTOS SUPUESTOS EN LEY 19.550 Y LEY 24.522

*A. Congruencia y alcance de lo establecido en los artículos 59 de LS y 173 de LCQ.*

*Responsabilidad de terceros*

**ARTÍCULO 173.- Responsabilidad de representantes.** *Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.*

*Responsabilidad de terceros. Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.*

**ARTÍCULO 175.- Socios y otros responsables.** *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico.*

*Acciones en trámite. Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que corresponden al concurso por separado.*

#### *Comentario*

Estos artículos, sumados al Art. 59 de LS ya comentado anteriormente, constituyen un principio rector básico de todas las acciones de los representantes. En primer término al analizar estas ideas fuerza que rigen el accionar de los administradores societarios corresponde anteponer como norma fundamental la “buena fe” que debe existir en el accionar de estos. Esa Buena fe que nos trae el Art. 1198 del CC como principio general del orden jurídico y que adquiere aun mayor incidencia en las relaciones comerciales al ser tomado por el artículo 59 de LS. Spota lo define como un standard jurídico: “la medida media de la conducta social correcta”. Dicho standard debe primar en las relaciones comerciales y debe ser el punto de partida para el análisis de una conducta del representante en cuanto en si se ajusto o no a la del “buen hombre de negocios”. En caso negativo, aquí estamos frente a una verdadera responsabilidad profesional derivada de la condición del representante que a su vez ostenta la tutela de intereses confiados y manejo de bienes ajenos, como así también por contener capacidad técnica, experiencia y conocimientos.

¿Es la misma responsabilidad la que tienen los administradores de una sociedad “in bonis” que los de una “insolvente”? ¿Es mas blando el criterio en el Segundo caso?<sup>5</sup>

Creemos que no es bueno diferenciar responsabilidades para uno y otro caso. Bien es sabido que la insolvencia de la sociedad consiste en una patología de la misma. Si a los administradores de una sociedad “in bonis” les exigimos responsabilidad por culpa grave, no resulta equitativo que aquellos que la han llevado hasta la patología mentada resulten premiados por tales resultados con un criterio más blando de juzgamiento. Es dable destacar que la sociedad en quiebra queda definitivamente inhabilitada (Art 237 Ley 24.522) salvo que medie conversión o conclusión de la quiebra, lo que significa que la sociedad no volverá al circuito

comercial. Como contrapartida de esto a los administradores les permitimos volver al año o antes “en caso de que a juicio del magistrado no estuviere prima facie incurso en delito penal”, por lo que de alguna manera las sanciones legales son distintas para el ente y para los que lo llevaron a la quiebra. Para el caso de los administradores en uno y otro momento (sociedad “in bonis” y sociedad insolvente) creemos que el criterio a seguir para determinar la responsabilidad de los mismos debe ser idéntico para uno y otro caso.

Entrando en el concepto específico que establece el Art. 50 de LS, Isaac Halperin decía que el buen hombre de negocios “*debe dedicar al desempeño del cargo todo el tiempo y atención necesarios: si no puede hacerlo por su salud u otras ocupaciones, debe renunciar, porque ha de procurar y cuidar que su desempeño en el directorio sea eficaz*”. Vivimos momentos modernos en que los administradores tienen a su alcance una estructura tecnológica e informática que le da acceso a una información mayor y calificada como así también lo hace desenvolverse en un campo de economía de riesgo agravado. De este funcionario depende el devenir del ente social, ya que si el mismo sabe manejar esos medios y a su vez afrontar ese riesgo con prudencia y diligencia, los resultados serán beneficiosos para el ente. De lo contrario, la sociedad se enfermará y sufrirá la patología ya mentada de la insolvencia, debiendo responder el administrador por su obrar negligente y mas aun en caso de dolo.

#### A. La Acción de Responsabilidad Social en la Quiebra de la Sociedad.

Tanto la LCQ como la ley de Sociedades no contienen en su articulado un plazo de prescripción para las acciones sociales de responsabilidad ejercidas por la sindicatura durante el trámite de quiebra.

Así es que esta ausencia de normas específicas que regulen esta situación, ha llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a intentar llenar este vacío.

Por un lado diversos fallos hacen aplicable a este caso el Art. 846 del Cod. de Com. considerando que a falta de regulación expresa por parte de la ley especial resulta aplicable la prescripción decenal ya que el síndico al impulsar estas acciones es un tercero respecto de la sociedad como representante de la masa (Cam. Nac. Com., Sala E “Crear Credito Argentino S.A. en liquidacion c/ Campo Antonio y otros” 2000-03-21, Cam. Com., Sala A “Cerveceria Estrella de Galicia S.A. s/ quiebra. Acción de responsabilidad 2000-10-12).

Por otro lado, los integrantes de la comisión redactora de la ley de quiebras consideran que la prescripción depende de la posición que ostenten quienes ejerzan dichas acciones. En este sentido consideran que siendo la quiebra un tercero respecto

de los civilmente responsables resulta de aplicación el Art. 4037 del C.C. entendiendo que cuando la acción de responsabilidad es ejercida por un tercero, dicha

responsabilidad es aquilina y por ello prescribe a los dos años (Rivera, Roitman, Vitolo, LCQ, T.III. pags. 33/34, Ed. Rubinzal Culzoni).

Continuando con el análisis de esta cuestión planteada, el art. 175 de ley 24522 no crea acciones específicamente concursales de responsabilidad patrimonial de terceros, sino que modifica ciertos aspectos de las denominadas acciones sociales de responsabilidad contempladas en la legislación societaria.

Sin embargo, si bien el Art. 174 de ley 24522 contempla un límite temporal, este solo es aplicable para la responsabilidad prevista en el Art. 173 ya que la misma redacción del Art. 174 así lo dispone, quedando sin límite temporal la actuación que conlleva la responsabilidad del Art. 175.

Resulta claro que esta es una consecuencia no querida por el legislador siendo que en este caso se encontraría mejor posicionado aquel que actuó dolosamente en perjuicio del patrimonio social frente a aquel que deviene responsable por un acto de culpa o negligencia, conforme los parámetros fijados por el Art. 59 de LS. De esta manera propugnamos una modificación en la legislación vigente que comprenda ambas cuestiones tanto las de los arts. 173 y 175, no solo en cuanto al plazo de prescripción sino también al límite temporal de los actos fundamento de las acciones de responsabilidad.<sup>6</sup>

#### B. Responsabilidad de los administradores en el concurso y en la quiebra. ¿Necesidad de régimen único?

Parte de la doctrina viene sosteniendo la necesidad de un régimen único de responsabilidad para los administradores frente al concurso y la quiebra que sea regulado por la ley concursal. Así este movimiento solicita que el factor de atribución sea tanto el dolo como la culpa, que no se requiera conformidad de los acreedores para iniciar las acciones en caso de quiebra y que, se regule sobre la posibilidad de accionar en contra de los sujetos responsables de la insolvencia durante la tramitación de un concurso preventivo. Se propone acertadamente que se derogue el segundo párrafo del Art. 173; se reformule el Art. 174 contemplando la acción tanto en el concurso preventivo como en la quiebra; se derogue el Art. 175; se reformule el Art. 176 y se deroguen las remisiones a los arts. 119 y 120.

#### REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

<sup>1</sup> Tratado de los conflictos societarios – Parte Segunda – Alberto V. VERON, ed. La Ley.-

<sup>2</sup> Tratado de los conflictos societarios – Parte Segunda – Alberto V. VERON, ed. La Ley.-

<sup>3</sup> Tratado de los conflictos societarios – Parte Segunda – Alberto V. VERON, ed. La Ley.-

<sup>4</sup> Tratado de los conflictos societarios – Parte Segunda – Alberto V. VERON, ed. La Ley.-

<sup>5</sup> Tratado de los conflictos societarios – Parte Segunda – Alberto V. VERON, ed. La Ley.-

<sup>6</sup> VIII Congreso Argentino de Derecho Societario – Tomo V – “El buen hombre de negocios un principio rector insoslayable - Ponencia de la Dra. Stella Maris Bertone, Universidad Nacional de Rosario.-

Secretaría de Investigación  
Sede Campus UBP  
Tel: 0351-414-4444 int. 511  
E-mail: [investigacion@ubp.edu.ar](mailto:investigacion@ubp.edu.ar)



**Sede Centro UBP**

Lima 363 - Córdoba  
Tel: 0351 - 414 4555  
Fax 0351 - 414 4400  
E:mail: [informes@ubp.edu.ar](mailto:informes@ubp.edu.ar)



**Sede Campus UBP**

Av. Donato Álvarez 380 - 5147  
Argüello, Córdoba  
Tel: 0351 - 414 4444 - Fax 0351 - 414 4400  
E:mail: [informes@ubp.edu.ar](mailto:informes@ubp.edu.ar)