

**EL CONTROL SOCIETARIO.
LIMITACIONES AL DERECHO DE VOTO:
“EL CONFLICTO DE INTERESES Y
EL FRAUDE SOCIETARIO”**

LEANDRO SALVATIERRA

RESUMEN

1) El control societario interno es un derecho lícito derivado del derecho de voto.

2) El problema del control es cuando se ejerce abusivamente.

3) Dos son los límites que establece la ley al ejercicio legítimo del derecho de voto y en consecuencia al ejercicio del control: (i) el interés social; (ii) el fraude.

4) Existen dos clases de normas preventivas para evitar la actuación contraria al interés social por los socios o administradores: (i) aquellas que vedan la posibilidad de colocarse en hipótesis de posible conflicto de intereses (art. 239/271 y 273 LS) y (ii) aquellas que prohíben la actuación cuando existe conflicto de intereses (art. 241/248 y 272 LS).

5) A su vez estas normas pueden dividirse en aquellas que (i) tipifican una situación de conflicto de intereses prohibiendo la actuación de afectado (art. 239/241/271 y 273 LS) y (ii) las que refieren genéricamente a dicha posición conflictiva. (art. 248 y 272 LS). Las primeras requieren solamente la verificación de las circunstancias fácticas descriptas por la norma, las segundas necesitan la verificación de que determinadas circunstancias fácticas colocaron al socio o administrador en oposición de intereses con la sociedad, afectando su actuación en perjuicio del ente.

6) La dificultad se refleja en los supuestos no tipificados (art. 248 y 272 LS) por la norma, y en particular cuando el afectado niega u oculta su situación de conflicto.

7) Para que exista interés contrario se requerirá que el BENEFICIO para uno (el controlante) redunde en PERJUICIO para otro (la sociedad).

8) Tanto el concepto de PERJUICIO como el de BENEFICIO debe considerarse en forma amplia.

9) La afectación del controlante con interés contrario, determina la nulidad del acto por incapacidad del sujeto para actuar, y la necesaria reparación de los daños y perjuicios originados por este. (art. 248 LS).

10) La obligación de reparar los daños y perjuicios producidos es la aplicación del principio general del art. 54 LS, con la diferencia que éste último requiere dolo o culpa del controlante, mientras que el 248 LS establece una responsabilidad objetiva.

11) La decisión contraria al interés social por quien no tenga interés contrario, se deberá a: (i) un vicio en el consentimiento de la mayoría al emitir su voto; (ii) un voto emitido con impericia o negligencia; (iii) una afección a su capacidad de discernimiento.

12) Solo en el segundo de los casos señalados en 11) la decisión no será impugnable, por no encontrarse el acto viciado, pero si podrá reclamarse la reparación de daños y perjuicios (art. 54 LS).

13) Aquellas decisiones que en apariencia de legalidad y sin conflicto de intereses se tomen con el propósito de perjudicar a accionistas minoritarios, tienen su causa viciada, y son constitutivas de fraude.

14) El fraude tiene un elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir el resultado análogo al prohibido, y cuenta con un elemento subjetivo, cual es el propósito de eludir la norma imperativa.

15) La dificultad de fraude radica en la complejidad de demostrar este elemento subjetivo, denominada “diabólica probatio”.

16) Esta demostración es solo posible a través de presunciones generales por la prueba de hecho que rodean al acto cuestionado.

17) Dos son los elementos más importantes a demostrar: (i) el beneficio para la mayoría; (ii) el perjuicio para la minoría.

18) La creación de una doctrina judicial que eleve a la categoría de presunciones absolutas determinadas conductas típicamente fraudulenta, resuelta imprescindible.

1.- INTRODUCCIÓN

Sin dudas que la temática del control societario, tiene entidad suficiente para tratarla en forma autónoma y enmarcarla dentro de los grandes puntos de estudio en la materia.

Su conceptualización, su regulación, su uso y abuso son “cuestiones preocupantes” para aquellos que estudian y operan el derecho societario.

Champaud define genéricamente el control societario como “el poder efectivo de dirección de los negocios sociales”¹.

Por su parte, nuestra ley da la noción de control en su art. 33:

“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 necesario para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; 2) ejerza influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.”

¹ Cfr. CHAMPAUD, Claude “Le pouvoir de concentration de la société par actions”, Sirey, Paris 1962, p.107.

La norma, al igual que la doctrina², distingue inicialmente dos formas de control³, el interno o jurídico (inc. 1º) y el externo o de hecho (inc. 2º), este último incorporado por la reforma de la ley 22.903⁴.

A los fines del presente trabajo nos interesa el mencionado control interno, jurídico o de derecho, que se ejerce a través de la facultad de determinar la voluntad social mediante el ejercicio del derecho de voto.

2.- EL PROBLEMA

Como primer cuestión diremos que el control societario no está prohibido, ni debe prejuzgársele con disvalor⁵.

Por el contrario, en muchos casos el contar con un control societario hegemónico brinda una conducción empresaria generalmente más eficiente que en casos donde se carece de tal.

El control societario interno es un derecho, derivado del derecho de voto, con el que cuenta un socio o una agrupación de estos (sindicaciones).

Es el derecho que tiene o tienen quienes cuentan con la mayoría de los votos para determinar la voluntad social.

PREGUNTA: ¿cuál es el problema del “control”?

RESPUESTA: cuando se abusa.

REPREGUNTA ¿y cuándo se abusa?

RESPUESTA: Este es el problema.

En efecto, como todo derecho, su ejercicio tiene un límite, y dicho límite está en su abuso.

² Cfr. ALEGRIA, Héctor “Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control”.

³ Cfr. FERRO ASTRAY, José, “Empresas Controladas”, Abeledo Perrot, Bs.As. 1961, p. 25 y sig.

⁴ “El art. 33 de la LSC limitó la noción de control, como lo expresa la Exposición de motivos, a un criterio fijo y referido solamente al control jurídico interno. Luego d5e 10 años de vigencia de la ley, y teniendo en cuenta las experiencias y tendencia en el derecho comparado, la Comisión estima que debe ampliarse el concepto de control societario a aquellos aspectos vinculados con el denominado control externo o de hecho. Así lo hacen las legislaciones más recientes, atendiendo las situaciones que resultan de la existencia de relaciones contractuales y de la influencia dominante de otra sociedad. Esto no implica, en manera alguna, una posición necesariamente conflictiva respecto de las situaciones de control, o consideradas de suyo disvaliosas a la misma, sino sólo recibir la existencia del grupo a través de una de sus formas de manifestación.

⁵ “La ley (...) tan solo se ha limitad a describir el fenómeno del control y de la vinculación.

Ahí en ese indeterminado punto donde termina el derecho de unos (la mayoría) y comienza el derecho de otros (la minoría o la sociedad en forma diferenciada) está el problema.

En esa zona lagunosa e imprecisa está la diferencia entre lo lícito e ilícito. Desentrañarla es la tarea.

3.- EL ABUSO DEL CONTROL

Advertimos lo complejo que resulta desentrañar el “abuso del control”.

Primero por lo ambigua que aparecen las zonas límites en el ejercicio de todo derecho, y en este en particular.

La cuestión es, hasta donde el ejercicio de ese derecho es válido y cuando comienza a ser inválido.

Para responder esta pregunta, lamentablemente no tenemos un punto de apoyo firme y preciso que resuelva el problema.

Muy por el contrario, buscar la respuesta nos lleva a tomarnos de dos conceptos muy complejos y caros para el derecho: (i) el “interés social” y (ii) el fraude.

Así es, estas dos son las barreras que marcan el límite al legítimo ejercicio del derecho de control.

4.- LIMITACIONES AL VOTO

4.1. EL INTERÉS SOCIAL:

4.1.1. LA PROTECCION NORMATIVA DEL INTERES SOCIAL:

Dijimos que el primer límite al derecho de voto lo marca el interés social.

Coincidimos que es imposible brindar una noción única de interés social, es más su conceptualización ha “suscitado honda polémica acerca de cual es el concepto esencial que la inspira, y si tal concepto es único.”⁶

⁶ Cfr. HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, Deplama, Bs. As. 1974, p. 180/181.

No obstante nos parece convincente la interpretación de Manóvil quien entiende “aquel interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa-fín de la sociedad. Es en este sentido que se habla en la literatura jurídica de interés social, entendido como el común denominador del interés jurídico de todos los socios en la sociedad.”⁷

Expuesto el concepto se pone de manifiesto lo empinada que resulta la tarea de desentrañar si el titular del derecho de control tiene un interés contrario a ese “denominador común entre los socios”.

Sin perjuicio de ello, el interés social como patrón de conducta para la actuación orgánica ha sido protegido por el legislador.

En efecto, tanto para el órgano de gobierno como para el de administración, la ley ha procurado evitar que quienes tiene la facultad de concurrir a la formación de la voluntad social, y se encuentran en situaciones que revelen la posibilidad que su participación no sea coincidente con el interés social, se abstengan de hacerlo.

Con este fin se diseñaron normas “preventivas” que, o bien prohíben la intervención de quién pueda ver afectada su manifestación de voluntad, de forma tal de no contribuir libremente a la formación de decisión social (art. 241/248 y 272 LS), o bien sencillamente vedan la posibilidad de colocarse en hipótesis de conflicto de intereses (art. 239/271 y 273).

Asimismo, contamos con dos grupos de normas:

- i) las que tipifican claramente una situación conflicto de intereses, prohibiendo la actuación del afectado, y
- ii) las que refieren genéricamente a dicha posición conflictiva.

Dentro de las primeras tenemos:

- El art. 239 LS que prohíbe **actuar como mandatarios** de los accionistas en las asambleas a los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad.
- El art. 241 LS que prohíbe **votar** a los directores, síndicos,

⁷ Cfr. MANOVIL, Rafael Mariano, “Grupos de Sociedades”, Abeledo-Perrot, Bs.As.1998, p. 571.

miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión y en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa.

- El art. 271 LS que prohíbe **votar** a los directores afectados la aprobación de contratos que éstos celebren con la sociedad y que no fueran de la actividad que ésta opere o en condiciones de mercado.
- El art. 273 LS que prohíbe realizar por los Directores ya sea por cuenta propia o de terceros **actividad en competencia** con la sociedad.

Dentro del segundo grupo de normas tenemos:

- El art. 248 LS que obliga al accionista o su representante a **abstenerse de votar** los acuerdos relativos a una operación determinada que tenga por cuenta propia o ajena un **interés contrario** al de la sociedad.
- El art. 272 LS que obliga al director que tuviere un **interés contrario** al de la sociedad a hacerlo saber al directorio y a los síndicos y **abstenerse de intervenir en la deliberación**.

Sencillo es deducir que identificar los supuestos incluidos en el primer grupo de normas resulta menos problemático que dilucidar cuando estamos frente al segundo.

“Mientras en el primer sistema, las circunstancias objetivas constituyen causa de exclusión del socio del derecho de voto y, como consecuencia, la invalidez del mismo por violación de la prohibición, en el segundo sistema estas circunstancias constituyen un criterio de admisibilidad de un excepcional control judicial de mérito sobre el contenido de la deliberación.”⁸

Quiere decir entonces que cuando estamos frente a los supuestos indicados por los art. 239/ 241/271 y 273 LS, bastará con probar que el accionista o director se encuentra inmerso en la situación especial tipificada por la norma, para así impedir su participación, sin importar si su actuación fue o será contraria al interés social.

⁸ cfr. CNCom., sala B, diciembre 6-982, “De carabassa, Isidoro c/ Canale, S.A. y otra”, LL, t. 1983 - B, p. 388, con cita de Mengoni.

Por el contrario, en los supuestos del art. 248 y 272 LS (con alguna mayor amplitud de este último ya que inhibe no solo de votar sino también de deliberar), es necesario acreditar que una determinada circunstancia fáctica coloca al accionista o director en oposición de intereses con la sociedad de manera tal que dicha posición afectará o afectó su actuación orgánica dentro del ente.

Es decir que para los supuestos incluidos en el art. 248 y 272 LS habrá que efectuar un análisis causal del acto, una evaluación psicológica⁹ de quienes actuaron o pudieran actuar viciando el consentimiento social, resolviendo en forma contraria al interés corporativo.

Vamos entonces a profundizar estos supuestos no tipificados y a los cuales la ley refiere genéricamente como de “*interés contrario*”.

4.1.2. EL INTERÉS CONTRARIO

En los supuestos referidos por la norma genéricamente como de “*interés contrario*”, hay que analizar las circunstancias externas que pueden afectar a la persona actuante de forma tal que su voluntad dentro del órgano se vea condicionada en forma perjudicial para el ente.

Obvio está decir que un accionista o director presuntamente inmerso en una situación de interés contrario al social puede asumir dos actitudes:

- i) lo hace saber y se abstiene de votar;
- ii) lo niega u oculta y participa del acto.

Como es lógico, a nosotros nos interesa estudiar el segundo supuesto, y dentro de éste, aquellos casos donde dichos accionistas o directores tengan la cantidad de votos suficientes como para definir la

⁹ “Es decir, que el proceso psicológico, de aproximación y de conciliación de interés particular del votante con el interés común, se resuelve en un proceso de autolimitación de los intereses particulares a favor del fin social. Esta autolimitación es la premisa del principio mayoritario que, de ningún modo, debe ser entendido como la prevaencia del interés de la mayoría sobre el interés de la minoría, sino como el reconocimiento de la preeminencia sobre el interés particular del interés común tal como ha sido dispuesto por la mayoría, y que encuentra justificación última en la circunstancia de que es la mayoría la que está expuesta al riesgo de una decisión equivocada.” cfr. CNCom., sala B, diciembre 6-982, “De carabassa, Isidoro c/ Canale, S.A. y otra”, LL, t. 1983 – B, p. 387, con cita de Mengoni.

voluntad del órgano¹⁰.

Seguramente, en la práctica, nos encontraremos ante análisis post-facto, con la decisión tomada y probablemente también (salvo cautelar mediante) con el hecho consumado.

Situados en esta hipótesis, ¿cuál es el método para desentrañar si estamos o no frente a una hipótesis de interés contrario?

Si bien la afección en estos casos es subjetiva (afectan a la causa del acto), entendemos que para determinar si una situación coloca a un socio o administrador en un supuesto de éstos, dos son los elementos objetivos a considerar:

- 1) Si de la decisión tomada o sometida a su consideración surge un **BENEFICIO** para el afectado; y
- 2) Si de la decisión tomada o sometida a su consideración surge un **PERJUICIO ACTUAL** o **POTENCIAL** para la sociedad.

Ambos requisitos tienen que estar presentes, ya que la contradicción del interés significa que el beneficio para uno redundaría en perjuicio para otro¹¹.

“En este orden de ideas, preciso es advertir, ante todo, que “interés contrario” no es igual a ausencia de interés”¹², sino muy por el contrario intereses opuestos. Por ello es necesaria la existencia de las dos caras de esta moneda **BENEFICIO + PERJUICIO**.

¹⁰ Se efectúa lo que Nissen denomina “prueba de la resistencia”, que consiste en determinar si la falta del voto impugnado hubiese impedido la validez de la decisión asamblearia considerada (cfr. NISSEN, Ricardo Augusto, “Impugnación Judicial de Decisiones Asamblearias”, *Depalma*, p. 100).

¹¹ “en sentido jurídico el interés importa una relación entre un sujeto que tiene una necesidad y el bien idóneo para satisfacerla, determinada en la previsión general y abstracta de la norma (Pier G. Joeger, “L'interese sociale”, p. 3 Milán 1964); relación que consiguientemente predice una posición favorable para la satisfacción de una necesidad según la enseñanza de Carnelutti (apud. G. Bulgarelli, “Sociedades, empresa o establecimiento”, p. 29, San Pablo 1980), o quizá, desde una óptica más amplia, de una sustancia lícita, ahora bien, pueden manifestarse una pluralidad de intereses con relación a un bien o una pluralidad de sujetos con intereses del mismo orden sobre el bien. Ello explica que un interés puede estar con relación a otro en situación de interferencia o de indiferencia; y, en el primer caso, en situación de conflicto o de solidaridad. Esta última posibilidad es la que se manifiesta en las relaciones asociativas”. (cfr. CNCom, sala C, setiembre 22-982, “Sanchez, Carlos J. C. Banco de Avellaneda, S. A. y otros., del voto del Dr. Jaime Anaya, LL, T. 1983-B, p. 269).

¹² Cfr. “CNCom, sala C, marzo 12-1993, Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alez S.A.C., ED, T. 153, p. 687.

EL BENEFICIO

Cuando hablamos de BENEFICIO para el afectado, lo hacemos en sentido amplio, ya que consideramos no sólo los casos en que el favorecido por la decisión sea el propio individuo o persona jurídica que tiene actuación orgánica, sino también cuando su consecuencia beneficia a los intereses que esta representa.

Estos intereses “representados” se ven en todos los supuestos donde se coloca una interpósita persona entre el propietario del interés y quien detenta el dominio del cargo o de la participación societaria.

En los casos de los administradores, habrá que evaluar muy particularmente si la decisión beneficia a personas vinculadas al mismo, o al grupo de socios que lo colocaron en el cargo.

EL PERJUICIO

Como sostuviéramos antes de ahora, ambos recaudos deben estar presentes¹³.

BENEFICIO para el socio o administrador o los intereses que estos representan, y PERJUICIO¹⁴ para la sociedad.

Otra vez el requisito debe juzgárselo en forma amplia, en efecto, “no sólo cuando la sociedad tiene una pérdida actual o futura, sino también cuando pierde de ganar o tiene una ganancia menor de la posible con otra solución”¹⁵

En definitiva, del acto en interés contrario se tiene que desprender un BENEFICIO y un PERJUICIO, que tengan como nexo de causalidad dicha decisión y que por un lado beneficien al controlante y por el otro perjudiquen al ente.

¹³ “La nulidad no puede prosperar si no se explicitan acabadamente los perjuicios que para la sociedad -y consecuentemente para las minorías- se derivan de la infracción formal al citado precepto” cfr. Milrud, Mario c. The Americans Rubbers CD S.R.L.” 15-5-87.

¹⁴ “Sea que se trate de una acción de impugnación sometida a determinado presupuesto o una acción por responsabilidad, en ambos supuestos debe existir daño y reclamárselo” (cfr. RICHARD, Efraín Hugo, “Sociedades por Acciones: Efectos de la resolución adoptada merece a voto emitido en interés contrario al social” ED, T. 153, p. 687.)

¹⁵ Cfr. HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, Depalma, Bs. As. 1975, p. 184.

4.1.2.1. NULIDAD DEL ACTO Y REPARACIÓN DEL DAÑO:

No tenemos dudas que en el caso donde se haya tomado una decisión por una mayoría que obró haciendo prevalecer el interés contrario (en el sentido antes apuntado de BENEFICIO para si y PERJUICIO para la sociedad), tal decisión es nula y puede ser impugnada por los accionistas¹⁶.

Coincidimos con autorizada jurisprudencia en cuanto a que la existencia del daño (actual o potencial) es necesaria para que pueda demandarse la nulidad¹⁷, pero no como presupuesto de esta, sino como presupuesto de la existencia del interés contrario.

La existencia de interés contrario en la mayoría, afecta al acto jurídico ya que el acto fue otorgado por sujetos que se encontraban incapacitados legalmente (248/272 LS) para participar en dicha decisión.

El acto jurídico societario como tal, al tener afectado uno de sus presupuestos (sujeto), es nulo.

Por otra parte, y luego de haber asumido una posición contraria en autos "Carabassa, I. c. Canale S.A."¹⁸, la jurisprudencia ha adherido a esta posición, en autos "Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alex SAC"¹⁹ y "Leotta, Rodolfo c. Bevcar, Antonio y otros s. Sumario"²⁰.

Igualmente y sin perjuicio de ello, podrá reclamarse al controlante la reparación de los daños y perjuicios (art. 248 LS), aún en el caso que la decisión no se hubiera impugnado y se hubiera consentido por los socios minoritarios.

¹⁶ Cfr. ODRIOZOLA, Carlos, "Los artículos 248 y 251 LS, las acciones de resarcimiento y de impugnación".

¹⁷ "En suma, los distintos enfoques interpretativos parecen conducir a la necesidad de examinar, en el caso de que se trate, mas allá de una liminar apariencia de contraposición de intereses, si ha habido o no un perjuicio real y tangible para la sociedad, como presupuesto para la declaración de nulidad." Cfr. CNCom, sala C, marzo 12-1993, Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alex S.A.C.

"...o sea que se entiende que la afectación al interés contrario no puede ser una cuestión meramente dogmática, sino que debe trascender en un perjuicio concreto." (cfr. Efraim Hugo RICHARD, "Sociedades por acciones: efectos de la resolución adoptada merced al voto emitido en interés contrario al social", ED, T. 153, P. 687).

¹⁸ Cfr. ED, T. 191, P. 164/159.

¹⁹ Cfr. ED, T. 153, p. 680.

²⁰ Cfr. ED, T. 164, P. 970.

Dicha posibilidad de reclamar la reparación del daño no es más que una aplicación del principio general sentado por el art. 54 LS y lo dispuesto por el art. 254 LS.

Como diferencia entre lo dispuesto entre el art. 54 LS y el 248 LS diremos que este último supone una responsabilidad objetiva, derivada exclusivamente de la situación de interés contrario con independencia del dolo o culpa de la controlante, que si exige la primera de las normas mencionadas.

4.1.3. LA DECISIÓN CONTRARIA AL INTERES SOCIAL

Hemos indicado en el punto anterior, que para estar subsumidos en los supuestos de interés contrario, dos eran los elementos que debían concurrir: EL BENEFICIO para el controlante y EL PERJUICIO para la sociedad.

A contrario sensu, se puede inferir que si se toma una resolución contraria al interés social (es decir con PERJUICIO para esta), pero que no redunde en un BENEFICIO para la mayoría votante, dicha resolución no estaría incluida en los supuestos del art. 248 y 272 de la LS.

Esto efectivamente es así.

Los arts. 248 y 272 LS inhiben de votar a quién tiene un interés contrario, pero no a quién sin interés contrario vota una decisión que afecta al interés social.

Aquí la cuestión se dificulta, ya que descartada la existencia de un interés contrapuesto, se enfrentan el derecho de la mayoría a ejercer su derecho de voto decidir de acuerdo a SU discrecionalidad, y el derecho de la minoría a protegerse de una decisión de tal gravedad.

Sin embargo, y desde el más simple sentido común, no sería explicable (o al menos lógicamente posible) pensar que una mayoría libremente pretenda tomar una decisión intencionalmente perjudicial para la sociedad, sin que se esté alimentando algún beneficio externo vinculado a esta.

Entendemos al primer caso como “de laboratorio”, ya que es difícil de imaginar conductas autodestructivas como la que estamos describiendo.

No obstante, es claro que no existe “interés contrario”, ya que a ésta mayoría no lo moviliza ningún interés a tomar la decisión, más que su propio criterio. Posiblemente errado, pero criterio al fin.

Es decir que en estos supuestos donde nos enfrentamos con decisiones contrarias al interés social, que no están movilizadas por un interés de la mayoría ajeno al de la sociedad tres pueden ser las razones:

- i) un vicio en el consentimiento de la mayoría al emitir su voto;
- ii) un voto emitido con impericia o negligencia;
- iii) una afección a su capacidad de discernimiento.

En la primera hipótesis, la resolución es obviamente impugnabile, por vicio en el consentimiento, e incluso puede ser demanda su nulidad por la mayoría afectada (art. 251 LS).

En la segunda, la decisión no es impugnabile ya que el acto es válido. En estos supuestos no existe ningún vicio en el acto jurídico. Los sujetos otorgantes del acto tienen capacidad de hacerlo (no hay interés contrario) y su causa es lícita, ya que la mayoría no actúa con intención de obtener un beneficio extraño al ente, sino con la convicción de estar procurando (aunque mediante una decisión inidónea) el interés social. No obstante, de tratarse de una decisión de los administradores y de acuerdo a su gravedad, podría demandarse su remoción e incluso cautelarmente la intervención sociedad²¹.

La responsabilidad en estos casos si podrá ser reclamada al controlante, resultando de aplicación el art. 54 LS primer párrafo: “El daño ocurrido a la sociedad por el dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación

²¹ Es importante diferenciar si la decisión contraria al interés social, tomada con culpa (negligencia o impericia) se tomó por los socios en una decisión de gobierno por los administradores en una decisión de gestión. Si se tomó por los administradores, los mismos pueden ser removidos con causa, y si la decisión no afectó a terceros, dejada sin efecto. A estos se les puede exigir el estándar de un buen hombre de negocios. Por el contrario, si la decisión fue fruto de un socio, que por negligencia o por impericia, toma una decisión de gobierno contraria al interés social por su negligencia o impericia, y la sostiene, tal acto no se podría cuestionar, ya que la ley ha confiado en la mayoría para la toma de decisiones y no pueden ser los justicia quien juzgue o corrija las impericias o negligencia de los socios al votar decisiones sociales. No obstante la minoría podría reclamar a la mayoría su responsabilidad por su actuar culposo, demostrado que fuere el daño.

solidaria de indemnizar, sin que su actuación pueda alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.”

En la tercera hipótesis, lo que deberá demandarse es la nulidad del voto del incapaz y con ello la nulidad de la decisión cuestionada.

4.4. EL FRAUDE

4.4.1. DECISIONES EN BENEFICIO DE LA CONTROLANTE Y EN PERJUICIO DE LA MINORIA:

Quedan ahora por considerar, aquellos casos donde la decisión cuestionada no resulta contraria al interés social, es más, puede ser coincidente con su interés, pero sin embargo el BENEFICIADO “real” –en el sentido de la causa fin del acto- es el controlante y el PERJUDICADO directo los socios minoritarios.

Son casos donde en abuso del ejercicio del derecho de control, pero en fraude a la ley o en fraude en perjuicio de terceros, y mediante un *negocio jurídico indirecto*, se procura utilizar los mecanismos societarios para obtener ventajas particulares.

Lo dificultoso de estos actos es que dichas decisiones no son contrarias al interés social, y que el acto en si resulta válido. Resulta justamente “idóneo” para el fin fraudulento.

El vicio, se encuentra en su causa, que bien oculta por los otorgantes (socio controlante) se disimula tras su apariencia de legalidad²².

Estos casos, han tenido un reconocimiento jurisprudencial antes que doctrinario, ya que frente a casos concretos e injusticias flagrantes, los jueces han desenmascarado la realidad formal, dando prioridad a la realidad objetiva.

Este método inductivo puede ser la causa de su previa recepción por el common law –mediante el disregard- antes que por el derecho

²² “Ya hemos visto en el capítulo anterior que el fraude incide básicamente en la causa del negocio jurídico que resulta, al cabo, ilícita aunque pueda estar encubierta por una apariencia de licitud.” Cfr. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. p.137).

continental, que recién lo recepta a través del trabajo de Rolf Serik²³.

No obstante “ello ha provocado ciertas observaciones –diríamos prevenciones- al traslado indiscriminado del *disregard* en el contexto del derecho continental, de tradición dogmático-positiva. No debemos olvidar que esta tradición, proclive al pensamiento axiomático, busca siempre los fundamentos dogmáticos de toda solución jurídica. La construcción del *disregard* carece de ella, porque es hija de un sistema jurídico en que, como apunta Esser, “los principios de valoración y de orden que la práctica desarrolla, inventa o pretende extraer de la ley, son siempre descubiertos y comprobados en una problemática concreta, de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional lo que constituye el centro del pensamiento jurídico”²⁴.

Por ello, es necesario a partir del pensamiento axiomático –continúa Zannoni- “revisar el concepto de persona jurídica antes que agredir la personalidad, de manera tal que, formuladas las correcciones dogmáticas al concepto, se nos permita evitar su utilización para fines contrarios a los que determinan su reconocimiento por la ley.”²⁵

4.5. EL ACTO FRAUDULENTO

Los actos a que hacemos referencia son aquellos actos societarios, desarrollados dentro de la licitud del objeto social, que presentan todos los rasgos de validez en su conformación, pero que tienen una causa o fin en fraude a la ley, el contrato o a los terceros.

En general, han sido denominados de distinta forma, pero entendemos que concepto que mejor se adecua al fenómeno es el de fraude.

Por supuesto que cuando referimos a fraude lo hacemos en sen-

²³ El mencionado autor germánico, agrupa a estos supuestos en tres grandes categorías: a) fraude a la ley; b) fraude o violación del contrato y c) daño fraudulento causado a terceros. Encontramos en estas categorías y como denominador común de las mismas, 1º el **fin fraudulento** (tanto a la ley, al contrato o a terceros) y 2º **la utilización abusiva de la persona jurídica como medio para lograrlo**, cfr. SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles”, Ediciones Ariel, Barcelona 1958.

²⁴ Cfr. ZANNONI, Eduardo A., “Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario”,

Astrea, Bs. As. 1980, p. 118/119.

²⁵ Cfr. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. p. 119.

tido amplio, que no se circunscribe al fraude pauliano que legislan los art. 961 y sig. del Cód. Civil²⁶, sino que comprende todos los casos que ya sea en perjuicio de tercero, o en ataque de normas imperativas, se ejecutan actos jurídicos bajo la apariencia de licitud genérica. La ilicitud está en el fin protegido por la norma jurídica. Como se ha dicho gráficamente: 'el negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada'²⁷

"En términos generales, la noción de fraude constituye la modalidad de dolo constitutivo del animus nocendi o intención de dañar mediante la ejecución del acto jurídico. Hay fraude pues, adaptando la definición del art. 931 del Cód. Civil, toda vez que una persona se sirve del acto como artificio, maquinación o astucia tendiente a frustrar o impedir o eludir un interés legítimo de otra, u obtener un resultado contrario a derecho."

La dificultad del fraude es que además de un elemento objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir el resultado análogo al prohibido, cuenta con un *elemento subjetivo*, cual es el propósito de eludir la norma imperativa²⁸.

"El elemento psíquico interno deviene así un requisito que permite hablar propiamente de fraude en estos casos, donde se imputan resultados característicos a una situación fraudulenta."²⁹

Demstrar esta intencionalidad dañosa, o animus nocendi, comprobar este propósito de eludir la norma, es sumamente complicado para la víctima de este tipo de maniobras, razón por la cual se dio en denominar la prueba del fraude "*diabolica probatio*"³⁰.

Probar la INTENCIÓN es probar el contenido de la psiquis del controlante al momento de impulsar una acción societaria.

²⁶ Cfr. Zannoni, Eduardo A., ob. cit. P. 123 "...esta afirmación exige aceptar como premisa que el fraude es un concepto genérico que no se circunscribe —aunque por supuesto lo comprende— al fraude en perjuicio de los acreedores o fraude pauliano que legislan los art. 961 y siguientes del Cód. Civil."

²⁷ Zannoni, Eduardo E. p. 125.

²⁸ Zannoni, Eduardo E. p. 127.

²⁹ Cf. DOBSON, Juan M., "El abuso de la personalidad jurídica", Depalma, Bs. As., 1985, p. 245.

³⁰ Cfr. DOBSON, Juan M., ob. cit., p. 169.

Solamente a través de presunciones que se logren mediante la prueba de los hechos que rodean al acto cuestionado se puede demostrar el acto fraudulento³¹.

Esta tarea sólo es factible a partir de la demostración de los BENEFICIOS obtenidos por esta mayoría a costa de los PERJUICIOS sufridos por la minoría, por la inaplicación de la norma burlada.

Los artilugios utilizados, como el resto de los indicios que develen la real voluntad de la mayoría, la causa del acto, terminarán por crear una presunción que confirme la intencionalidad fraudulenta y la ineficacia del acto.

Por ello, en estos casos resulta preponderan que la doctrina judicial vayan elevando a la categoría de verdaderas presunciones absolutas o “fraudes contruidos”, a las conductas típicas de quienes actúan con intención de burlar la ley, el contrato o los derechos de terceros.

Veamos algunos casos prácticos donde así ha ocurrido:

1) C1°CC Gral San Martín, abril 13-976, P. De Z. M.E. c Z., P.³²

Resuelve “descorrer el velo de la persona jurídica para descubrir el fin verdadero buscado por quién constituyó sucesivamente sociedades de las que se valió para alejar de su sociedad conyugal los bienes que adquirió durante su vigencia y que por tanto revisten el carácter de gananciales.”

2) CNCom, sala A, febrero 27-978, Astesiano, Mónica I. y otra c. Gianina, S.C.A.³³

Se declaran inoponibles las normas societarias y se admite el pedido de entrega material de los bienes que corresponden a herederos del causante de acuerdo a lo dispuesto por el art. 3598 del Código Civil.

3) CNCom, sala D, marzo 1-1996, Abrech, Pablo A. y otra c. Cacique Camping, S.A. s/ sumario³⁴:

Se deja sin efecto un aumento de capital, al cual se lo consideró

³¹ “Una presunción judicial de fraude sería entonces las inferencias lógicas que permiten a un juez llegar a la conclusión de la existencia cabal del fraude frente a una serie de hechos probados cabalmente.”, cfr. DOBSON, Juan M., ob. cit. p. 169.

³² Cfr. LL, T. 1977 - A, p. 255.

³³ Cfr. ED, T. 79, p. 351/355.

³⁴ Cfr. ED, T. 168, p. 544/579.

un artificio destinado a apartar a los dos actores de la participación en esa sociedad recibida de su padre.

4.5.1. LA INEFICACIA DEL ACTO FRAUDULENTO

El código civil ha optado en los casos de simulación relativa o de fraude a terceros, por inhibir al acto del fin dañoso perseguido. Es decir, que el acto conserve sus efectos frente a terceros, menos frente a aquellos que se quiso perjudicar.³⁵

Por otra parte, la inoponibilidad del acto fraudulento, es la solución legal de nuestra LS que en su art. 54 in fine dispone:

“La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra societarios, 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 hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Consecuentemente la ley opta por privar al acto de su capacidad dañosa, haciéndolo ineficaz al fin querido, al fin práctico buscado por quienes, indirectamente echaron mano al expediente de la circunscripción legis.”³⁶

³⁵ “Siguiendo con Zannoni, diremos que “en general, para los terceros la prueba de la simulación relativa más que pretender obtener la declaración de nulidad del acto simulado (conf. Art. 1045), constituirá el medio de plantear su inoponibilidad cuando les causa perjuicio, tal como ocurre cuando ejercer la acción revocatoria o pauliana (art. 961 y ss) en su carácter de acreedores quirografarios, en que la prueba de la simulación del acto fraudulento no provocará la nulidad del mismo sino salvar el obstáculo que se opone a las pretensiones del acreedor sobre los bienes enajenados”, cfr. ZANNONI, Eduardo E. p. 144.

³⁶ Zannoni, Eduardo A. p. 142/143.