

# DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS DIRECTORES. RESPONSABILIDADES

CARLOS GHERSI

## FUNDAMENTOS DE DERECHO ECONÓMICO

Intentaremos explicar nuestra idea, sobre la responsabilidad de los directores, con **fundamento de gestión económica**, que deviene de relacionar: la existencia y finalidad de la sociedad; la gestión social-económica y la función de representación.

### 1. LA EXISTENCIA Y FINALIDAD DE LA SOCIEDAD

En la exposición de motivos de la Ley 19.550 para las **sociedades comerciales**, se establecen tipos societarios por y para la **seguridad jurídica**.

Una de las cuestiones más importantes de la Ley de sociedad es la organización económica, que constituyó la **actividad normal** de las sociedades mercantiles y que apoya la idea central **de intereses comunes** para el logro del **objeto societario**.

Se exige que las sociedades persigan la producción o intercambio de bienes y servicios... y si bien implica una actividad patrimonial, no significa necesariamente una actividad con la finalidad de lucro.

El art. 1° de la Ley 19.550, regula con toda claridad la idea cen-

tral que venimos tratando de mostrar: "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y de las pérdidas".

## 2. EL OBJETO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Queremos destacar tres aspectos de las sociedades: la obligación de aporte, la actividad de la sociedad que debe alistarse en la producción e intercambio de bienes y servicios, y por último, la obtención de ganancia y la participación en las pérdidas.

La **actividad fijada en la ley**, es un **marco amplio** para que cada sociedad **adecue** su **objeto** dentro de aquél (marco) de tal forma que allí es donde está el **objeto social**: alguna de las actividades que aquel **marco regulacional** estableció y que por cierto es muy amplio.

En el caso de autos: la actividad es la **construcción y venta de unidades inmobiliarias**, para obtener **beneficios de dicha actividad económica**.

Entonces el **objeto** de la sociedad debe enmarcarse dentro de la actividad establecida por la ley (producción circulación de bienes y servicios como marco) y lo que acota el estatuto que acabamos de citar ut-supra.

Desde lo **económico** la Constitución Nacional plantea una toma de decisión sumamente trascendente en el **diseño de proyecto de Estado**, pues enrola a este último dentro del **sistema de economía capitalista de acumulación privada** (SECAP), y que para nuestro objetivo tiene contenidos significantes trascendentes.

En cuanto a los segundos vocablos -capitalista de acumulación privada- constituyen la **calificación** de los dos primeros de la serie (sistema económico) se trata de lo siguiente: cada uno de los agentes económicos de la sociedad tiene la posibilidad de incorporarse al mercado mediante una mercancía (trabajo, bienes y servicios, etc.) y obtener de ello un precio, el cual puede destinar a distintos objetivos económicos, verbigracia: consumo, cargas fiscales, etc., y lo más importante, puede generar un **excedente** (como diferencia entre la entrada o costo y el precio final) y constituir así un ahorro que inmediatamente se transforma en **capital**, siendo el mismo el resultado de la **acumulación** de aquellos excedentes generados en el proceso de **intercambio**

de bienes y servicios en el mercado.

De esta forma el **agente económico** se transforma - independientemente de la cuantía, que es otro tema- en un **capitalista** (precisamente por el proceso de acumulación de excedentes) y por último, tiene la **libre disponibilidad de ese capital**, de allí la calificación de sistema de economía capitalista de acumulación y disposición privada.

La **propiedad de ese capital y su libre disposición** (arts. 17 de la Constitución Nacional y 2513 del Código Civil, especialmente en la redacción de Vélez Sársfield) constituyen la posibilidad de intervención en el mercado a partir de ese **capital acumulado**. Mediante el mismo en dinero, bienes y servicios, etc. y poder establecer así el circuito capitalista y consolidar dinamiza el sistema como un todo.

La esencia de este sistema (SECAP) implica que la colocación del capital en cada circuito o ciclo económico debe **producir nuevamente** la posibilidad de obtener una **nueva diferencia** entre la colocación como mercancía en el mercado y la obtención del precio, que se denomina **ganancia o tasa de ganancia o tasa de beneficio**, produciéndose nuevamente otro proceso de acumulación capitalista.

### 3. LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Desde la óptica del derecho, estos agentes económicos, son entes (art. 30 del Cód. Civ.) y como centros de imputación se les atribuye personalidad jurídica (arts. 31 y 32 del Cód. Civ.).

Cada agente -persona jurídica- como señalamos -tiene libre disponibilidad de sus capitales- excedentes, la economía históricamente necesitó una masa de capital superior a las individuales para producir diversos hechos y procesos centrales en el curso de los veinte siglos, verbigracia la revolución industrial, la generación de miles de fábricas, la revolución tecnológica, etc., y acudió a un fenómeno económico simple: la conjunción de capitales y capitalistas individuales, para constituir una masa de capital, apta para esos emprendimientos.

Desde la economía cada agente económico afectó parte de sus excedentes para constituir ese nuevo capital (conjunto aportes de los excedentes destinada a nuevos y mayores emprendimientos económicos, donde cada uno -como finalidad- obtendría nuevas y ganancias (el nuevo capital y potenciaba la eficiencia y la obtención de ganancia).

Podemos resumirlo de la siguiente forma: **personas jurídicas** deciden producir la afectación de parte de su capital (puede incluso ser su propia aptitud física o intelectual o sus excedentes) para constituir un **nuevo capital de afectación**, que el derecho decide constituirlo en **patrimonio-capital** de una nueva persona jurídica, que por necesidad, al no existir en la realidad, **la crea**, a partir de una ficción, fenerando una **tipicidad**, la sociedad comercial, con varias posibilidades, que son los tipos legales (ley 19.550).

Esto implica: un capital para generar un nuevo y mayor emprendimiento y simultáneamente considerar a ese capital como límite de la prenda común para los acreedores (otra ficción).

Lo que aquí nos interesa es que ese nuevo capital es colocado en el mercado con un objetivo incorporarse a la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios y una finalidad de obtener, **potenciadamente**, por la conjunción de los capitales de afectación limitada individuales, y **beneficio mayor**, al que se podría obtener desde lo particular (el capital atomizado).

La **sociedad comercial** es entonces un **instrumento** de la economía capitalista, que desde los **individuos** potencian los derechos económicos de **cada socio** (con la unión de patrimonios limitados de afectación).

Entonces -a modo de síntesis- la sociedad comercial tiene como objeto social inmediato incorporarse a la actividad generadora de bienes y servicios, dentro del sistema de economía capitalista de acumulación privada (SECAP); como finalidad por un lado producir excedentes -tasa de beneficio o ganancia- para mantenerse y desarrollarse dentro de aquel sistema económico.

La finalidad económica de los **socios** al conjugar sus patrimonios de afectación, pues de lo contrario no lo harían en el ámbito comercial-económicos sin campo de la filantropía económica, verbigracia, asociaciones fundaciones, organizaciones no gubernamentales de ayuda, etc.

#### 4. LA GESTIÓN ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD: ADMINISTRADORES Y DIRECTORES REPRESENTANTES

Cada accionista -capitalista, incorpora al patrimonio social su cuota- capital de afectación limitado (mercancía), con el objeto como hemos señalado desde lo particular de obtener potenciación de su ex-

cedente, a partir de ese momento fundamentalmente incorpora un derecho económico de potenciación del capital aportado.

La **gestión económica social** -sin perjuicio de las especificidades en cada tipo social- será asumido por el órgano de administración y el de representación.

El art. 58 de la Ley 19.550 habla del administrador... y en el art. 59 se establece **los administradores... deben obrar con lealtad** y con la **diligencia del buen hombre de negocios** (esto es un mandato en forma positiva) y luego establece... los que **faltan** a sus obligaciones son **responsables... por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión** (mandato negativo).

En nuestro análisis excluirémos todos los supuestos de violación de la ley (delitos y cuasidelitos civiles ò delitos penales) y nos circunscribiremos a la que hemos denominado incumplimiento de la gestión económica.

Señalamos ut-supra que los socios tienen como finalidad la **potenciación** de sus excedentes económicos que colocan -aportes- en la sociedad y ésta tiene como finalidad mediata la obtención de tasa de beneficio -esencia del sistema económico- para desarrollar el capital social y simultáneamente cada socio obtiene la potenciación de su capital-excedente.

La **gestión económica** tiene precisamente que tenderá hacia esos horizontes, lo que implica establecer un proyecto o plan para intervenir en el mercado de la producción, circulación, distribución, comercialización de los bienes y servicios (planificación), considerar los instrumentos para su desarrollo (proyección temporal y espacial de la planificación y herramientas) y por último, su ejecución (metas u etapas intermedias).

Esto implica, en la calificación normativa, una situación que hemos dado cuenta en párrafos anteriores: obrar -administrar- **con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios...**

¿Qué es el **buen hombre de negocios** en el sistema de economía capitalista de acumulación privada (SECAP)?, aquel cuya **eficiencia** quede plasmada en el **la finalidad social** conforme a las conductas económicas-jurídicas de comportamiento en la franja de la actividad seleccionada y su participación en el **mercado**.

La **eficiencia** se mide en términos económicos en el SECAP, es decir, **los derechos económicos de la sociedad y de sus socios** generarán excedentes conforme a **ciclos** proyectados, planificados y ejecu-

tados en el tiempo y espacio.

El **incumplimiento de la función de administrar** como **política de gestión económica de la empresa**, constituye quebrar la diligencia del buen hombre de negocios, es decir, actuar con **negligencia** sostenemos que en los términos del art. 512 del Código Civil, **adaptado y conjugado** con el art. 902 del mismo cuerpo legal o ha actuado con **dolo**, pensemos que en principio se aplicaría un concepto **adaptado** del art. 521, es decir, el que pudiendo cumplir -pues lo eligieron por su idoneidad- no cumple.

Por consiguiente, y a modo de síntesis, el incumplimiento de la **función de administrar** consiste en: **planificar y proyectar** en forma **ineficiente**, conforme a los términos del sistema de economía capitalista de acumulación privada (SECAP). La ley pareciera requerir un factor de atribución subjetivo pues en el art. 59 a contrario sensu, "negligencia de un buen hombre de negocios".

El art. 58 de la Ley 19.550 establece que la persona jurídica de sociedad comercial, tendrá un representante conforme al contrato (social) o la disposición de la ley y que por ello, los actos realizados por aquellos **obligan a la sociedad**, como principio general.

El artículo siguiente (art. 59) del mismo cuerpo legal también establece el parámetro del "diligente buen hombre de negocios" para la **función de representación**.

Como hemos señalado en párrafos anteriores el órgano de representación, implica la función de ejecución de la "planificación y el proyecto" del órgano de administración.

Aún cuando parezca como una función casi mecánica, ello no es así, pues la ejecución en situaciones económicas consiste en llevar adelante el proyecto, pero con dos condicionamientos muy importantes, el uno, la verificación de que el proyecto esta dando los resultados en cada etapa, conforme lo planificado; el otro, que de no ser así, el deber de información, con la finalidad de que el órgano de administración realice las modificaciones que resulten necesarias para rectificar el curso de los acontecimientos o que informe al órgano deliberativo (asamblea), con la finalidad de establecer determinaciones.

La **responsabilidad**, conforme a las obligaciones y cargas señaladas, entonces entraña o consisten en: conductas por una ejecución diferente a la programada; por omisión de verificación de resultados de lo proyectado, con lo acaecido, en tanto etapas intermedias del proyecto y por último, la omisión de información adecuada, en tiempo

útil y apropiado de la falta de adecuación -pese a ser ejecutado conforme lo proyectado- entre el programa y lo efectivamente acaecido.

En este sentido debemos hacer la misma reflexión que respecto de los administradores, la ley requiere un factor de atribución subjetivo pues en el art. 59 a contrario sensu, se habla de "negligencia de un buen hombre de negocios".

Consideramos que hasta aquí hemos descripto situaciones generales respecto de las obligaciones y responsabilidades de las funciones de administración, representación.

Entendemos, que con lo hasta aquí expuesto, podemos desarrollar o al menos plantean nuestra aseveración inicial, respecto de la **responsabilidad por la gestión económica**, de los demandados.

En cuanto a la normativa del art. 59, alude a la forma como deben desempeñarse los administradores y representantes: con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Pensamos que fundamentalmente son **actos y medidas** relacionadas con relaciones económicas, o al menos como posibilidad no excluyente.

## 5. LA RESPONSABILIDAD POR LA GESTIÓN ECONÓMICA

La responsabilidad por la **gestión económica** dentro de la ley de sociedades 19.550 y aun de la de concursos y quiebras 24.552, no posee un sistema propio, de allí que intentaremos establecer uno por analogía conforme al art. 16 del Código Civil.

**La responsabilidad *solidaria* de administradores y representantes.**

La Ley de sociedades establece en sus art. 59 la **responsabilidad ilimitada y solidaria por daños y perjuicios** y con posterioridad, en los arts. 274 a 279 vuelve sobre el tema con la misma calificación, responden ilimitada y solidariamente, y por último el art. 279 alude a la legitimación de los accionistas.

Es necesario ordenar un poco la cuestión y para ello seguiremos la metodología sistemática de la Teoría General de la Reparación de Daños (Gherzi, Carlos y colaboradores. *Teoría general de reparación de daños*, 2ª ed., Ed Astrea).

## 6. CÓMO MEDIMOS LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

La Ley 19.550 en el art. 59, **los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión**, frase poco significativa, pues el término o vocablo **resulten** alude a la **causalidad** como principio general.

En materia comercial, no existe normación específica para medir la extensión de la reparación, por lo que debemos remitirnos al **derecho privado económico común**.

Sabida es la diferencia entre el campo contractual y extracontractual, fundamentalmente en cuanto a los efectos, entre los que precisamente se encuentra la **medición de la extensión**, de allí que sea necesario considerar algunas situaciones escalonadas del conocimiento para poder determinar la solución que proponemos.

El Código de Vélez Sársfield establece como principio general, la **responsabilidad subjetiva**, la que se caracteriza por conferir a la indemnización de daños y perjuicios un carácter de sanción (al estilo del derecho penal) por lo cual la extensión de esta última se mide en función de la **intensidad del reproche o culpabilidad** con que actuó el **agente dañador**.

En concreto, **esa medición se efectúa conforme a** consecuencias, las que están definidas en los artículos 901 a 906 del Código Civil y con la consiguiente clasificación: las consecuencias **inmediatas**, que son aquellas que acostumbran a suceder según el curso inmediato y ordinario de los acontecimientos.

Las consecuencias **mediatas**, que son las que para acaecer tienen una **conexidad** con otro hecho y que pueden ser de dos tipos: las mediatas **previsibles**, que son las que derivan de una situación objetivizada, según la cual son las que cualquier deudor debió tener en mira y las mediatas **previstas** que devienen de la cualidad personal del deudor (arts. 909 y 923 del Cód. Civ.).

Estas consecuencias se **sobreponen** a los rubros, que son: el daño emergente, el lucro cesante y el derecho de chance.

En cuanto al primero (daño emergente) establece la posibilidad de incorporar a la indemnización los **gastos efectivamente realizados como o en carácter de pérdida** y el lucro cesante alude a las ganancias o utilidades que se haya dejado de percibir.

La jurisprudencia y especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a establecido en el último rubro una diferenciación entre



### lucro cesante **actual y futuro**.

En el caso "Pronar SA c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios" con fecha 24 de marzo de 1987, el mas alto Tribunal estableció el siguiente criterio: "corresponde el resarcimiento del lucro cesante producido y el que seguirá manifestándose en el futuro al titular del establecimiento dedicado a la explotación de..." y con posterioridad en la sentencia en los autos "Alzaga de Lanusse, María y otros Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", de fecha 12 de mayo de 1988 ratificó tales conceptos "corresponde indemnizar el lucro cesante y el lucro cesante futuro derivado de la perduración [...] de los efectos que alteran la normal explotación..."

En cuanto al **derecho de chance**, de creación jurisprudencial, es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuar del sujeto, conlleva daño, aún cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, es una **probabilidad** o una **mera esperanza probable de un beneficio**.

Por último, esta medición en consecuencias y los rubros aluden a dos tipos de daños: el **económico** (denominado por la doctrina clásica como patrimonial) y el **extraeconómico** (denominado por la doctrina clásica como extrapatrimonial).

Nos interesa de manera significativa, quien y como cumplen las funciones asignadas por la ley.

Si se trata de **funcionarios remunerados**, estamos en presencia de un **contrato de administradores o representantes**, entre estos últimos y la sociedad, por consiguiente sus obligaciones, respecto de la sociedad son de índole contractual a todos los efectos legales.

Es decir tenemos **una relación contractual** entre la **persona jurídica comercial**.

Las obligaciones y responsabilidades son emanadas de esos contratos a todos los efectos.

Respecto de los **socios** se trata de un contrato que obviamente les afecta, pero que es celebrado por **terceras personas jurídicas**, por consiguiente para ellos es **inter alia actos** y debe considerarse sus acciones de carácter extracontractual.

Sin embargo, el art. 59 de la ley 19.550 establece la responsabilidad de **orden legal** es contra administradores y representantes y con posterioridad el art. 279 de la misma ley de sociedades señala que los socios conservan sus acciones individuales.

Sin embargo, existe otra posibilidad que es la de considerar al

contrato de sociedad y al contrato con los representantes y administradores como **contratos conexados** de lo cual se puede derivar que la acción de los socios contra aquellos es de carácter contractual, respecto de la acción del art. 59 de la Ley 19.550.

La importancia de esta **calificación** es que al quedar encuadrada en ese **ámbito**, el incumplimiento de la gestión económica hace presumir la **responsabilidad objetiva**.

El incumplimiento es respecto de los socios es la no potenciación de su capital de afectación conforme al **objeto social**, es decir la actividad económica acotada.

Desde el análisis económico del derecho, podemos señalar que toda actividad económica referida a una de las fases de la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios poseen una determinada **rentabilidad promedio**.

En consecuencia, el incumplimiento de la obligación de gestión económica (por administradores o representantes) se constituye en forma objetivada.

La **ventaja** entonces radica que en el sistema contractual la acreditación del incumplimiento tal como lo describimos hacer presumir la **responsabilidad**, en cambio en el ámbito extracontractual hay que demostrar la culpa para que quede conformada mínimamente el cuasidelito.

Incluso sostenemos que al quedar incorporada al campo contractual es de aplicación el art. 521, es decir: el incumplimiento sería doloso, pues dada la profesionalidad de los representantes y administradores se trata precisamente de una situación objetivada de que pudiendo cumplir -gestión económica, para la obtención mínima de la rentabilidad promedio, del sector acotado de la actividad económica no lo hace.

En el subidío campo extracontractual podemos establecer la misma división conforme a la calificación gradual de la culpabilidad del agente productor del daño, así tendremos los cuasidelitos, que son aquellas obligaciones incumplidas cuya reprochabilidad es a título de culpa (conceptualmente igual al campo contractual arts. 512 y 902 del Cód. Civ.) y que se le adjudican las consecuencias inmediatas a las mediatas previsibles y previstas (art. 1109 del Cód. Civ.), lo que consideraríamos como solución alternativa.

En cambio en el ámbito extracontractual el principio general es la solidaridad de los responsables (arts. 1081/2 del Cód. Civ.) con la

diferencia en cuanto a la repetición, que solo es procedente para los cuasidelitos.

En cuanto a la solidaridad está resuelta expresamente por la Ley de Sociedades 19.550, en el art. 59.

**Elementos de configuración de la reparación de daños a los socios o accionistas.**

En el caso que nos ocupa **la relación de causalidad** como situación de enlace entre el antecedente y el consecuente la encontramos entre la acción u omisión de la gestión económica de los administradores o representantes, que obviamente están designados en los estatutos o resulten de aplicación de la legislación especial de sociedades y sean partícipes como autores.

El elemento de la relación antecedente la constituye como hecho humano, la situación de autoría por acción u omisión.

En cuanto al consecuente de la relación de causalidad, es decir **el daño**, se constituye en tal cuando reúna los requisitos para ser reparable.

El **socio** ha hecho un aporte conforme a los lineamientos del sistema económico-constitucional (SECAP) que le permite la **asociación de capitales** con finalidad de potenciar el sistema mismo, simultáneamente, potenciar su propio capital de afectación, dentro del marco acotado seleccionado de la actividad de generación de bienes y de servicios y conforme se haya constituido en un tipo legal como lo determina la Ley 19.550.

En este contexto, y causado por la gestión económica que no cumplió el objeto mediato e inmediato, es decir, el principio de potenciación económica de su capital, pues no a obtenido los beneficios económicos, que regula y ordinariamente (art. 901 del Cód. Civ.) debería haber obtenido de ser la gestión económica adecuada ya que hace años que la sociedad de sus directores la mantiene inactiva y en situación de generar costos o pérdidas innecesarias.

Es decir, el **socio** a sido **dañado** en sus **derechos económicos**, ahora bien, dicho daño deberá configurarse en reparable para que el socio adquiera la acción de reparación y así convertirse en damnificado, es decir, poseer legitimación activa.

Para ello el daño debe considerarse como daño a otro, cierto, y que lesione un derecho o un interés jurídicamente protegido, lo cual se constituye a partir de la Constitución Nacional, que permite a los privados incorporarse al SECAP como actividad del mercado, la disposi-

ción patrimonial conforme a los arts. 1137, 1197 y 2513 del Código Civil y la Ley específica de sociedades 19.550, que le permite mediante un aporte la conformación de una nueva persona jurídica, social, comercial.

En conclusión, verificados los extremos expuestos: hecho del administrador o representante por gestión económica, la mera inactividad y la falta de cumplimiento de la adecuación del edificio y la consecución de la obra y su venta final, **resulta la acción u omisión de aquellos.**

La Ley 19.550 de sociedades y la de concursos y quiebras parecen coincidentes en establecer el **factor subjetivo** de atribuidad para la responsabilidad para los administradores y representantes.

Partiendo de la base que el art. 59 de la ley de sociedades establece que la gestión económica debe ser conforme al obrar con lealtad y con diligencia del buen hombre de negocios, entendemos, que se a optado por la responsabilidad subjetiva. Sin embargo creemos que ello implica una serie de características que otorgan a esta vía de reparación de daños una especialidad comercial que intentaremos analizar.

La formulación del contrato social a partir de la libre disposición y afectación de un capital limitado (art. 2513 del Cód. Civ.) constituye como **finalidad del contrato de aporte** la posibilidad de potenciación del capital aportado (art. 1137 y art. 1 de la ley 19.550), por ende, la consecuencia implica para las partes la conformación de una ley (art. 1197 del Cód. Civ.).

La **sociedad** como persona jurídica privada del derecho comercial **asume** la obligación de **cuidado, seguridad y potenciación** de aquel capital -aporte y como tal (sociedad) designa sus administradores y representantes (conforme a los estatutos o legislación vigente) quienes tienen a su cargo la conducción social, es decir, la **gestión económica**.

La gestión económica por los administradores y representantes implica atribuir a la sociedad los actos, salvo cuando se constituyó, como venimos analizando, las situaciones de responsabilidad legal y solidaria de aquellos funcionarios.

En cuanto a la sociedad-socios la antijuridicidad y se constituye por incumplimiento del contrato que frustra su fin y respecto de los administradores y representantes-sociedad/socios, el incumplimiento específico del objeto mediato e inmediato, la potenciación económica del capital de afectación, mediante la gestión económica.

Hemos dicho que el **objeto social** está constituido por el espacio de la actividad selecciona en la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios, conforme al art. 1 de la misma Ley, con la finalidad de obtención de tasa de beneficio.

En estos términos competencia implica precisamente que los actos y ecos realizados tengan una conexidad económica y jurídica con el objeto social y la finalidad señalada ut supra.

Esto significa que a los administradores y representantes se les atribuye la actividad consistente en la **gestión económica** de la sociedad que implique cumplir con el objeto y la finalidad social.

La significación de la culpabilidad como elemento de la responsabilidad subjetiva, significa el reproche de la conducta **antijurídica e imputable**, es la **calificación social**, la desaprobación para el conjunto de la sociedad, que implica una situación **disvaliosa** como modelo.

La conceptualización genérica se encuentra en el art. 512 del Código Civil como la falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación conforme a la naturaleza de aquella y a las circunstancias de persona, tiempo y lugar reforzado por el art. 901 en cuanto el grado de conocimiento y previsibilidad del agente en relación directa con su culturización (en un concepto y aspecto amplio) inciden en la consideración de la conducta negligente.

La ley 19.550 establece en el art. 59 aquella **conceptualización genérica** (art. 512 del Cód. Civ.) y calificada (art. 902 del Cód. Civ.) mediante un patrón o modelo que es la conducta que es la conducta del obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

La evidencia de las palabras y las frases implica muchas veces la fuerza en sí mismo de los conceptos o la potencialidad del modelo y creemos que en la situación descrita en el párrafo anterior lo es y en una medida justa.

#### **Obrar con lealtad y no defraudar la confianza.**

Se trata de una **situación interna** de los **administradores y representantes hacia los socios**. En materia de gestión económica es de suma trascendencia, ya que éstos últimos entregan un **capital de afectación** para su **administración** con la finalidad de potenciar sus ganancias.

Constituye una situación de cooperación para la construcción y administración de una empresa, indispensables para la participación en la actividad económica y el mercado.

Esta lealtad como situación de cooperación se traduce en una gestión económica racional y con una determinada lógica, donde la maximización y optimización de la tasa de beneficio, es una eficiencia operacional y los administradores y representantes justifican los costos de intermediación, como incremento de valor agregado al capital social.

Estos contenidos mínimos (de lealtad) forman parte del proceso de la función lealtad en el régimen institucional vigente como modo del orden societario y que motivan, promueve las conductas de gestión económica, constitutivas del poder de los administradores y representantes.

Ese **poder** entonces no es una propiedad autónoma de los administradores o representantes, es una **relación** que surge de aquella confianza examinada precedentemente y que debe conservarse mediante la **lealtad** como proceso continuo.

Se trata de una **delegación y adjudicación de funciones con poder** que implica el derecho a decidir sobre el propio **derecho** económico del socio y la sociedad.

En suma, la lealtad es la **devolución** de la confianza depositada, que debe devenir en un modo especial de **gestión y dirección** y que como proceso relacional se **construye en cada acto de gestión económica** ( la confianza y la lealtad son procesos relacionales de reciprocidad y solidaridad ).

La **experiencia y profesionalización** es un punto central en la administración y representación de las sociedades comerciales, pues la **actividad económica y el mercado**, no son **sendas y lugares** fáciles, por el contrario, son -mas hoy con el efecto globalización capitalista- sumamente complejos.

La actividad de gestión económica, es donde los directores o gerentes muestran su **aptitud creativa, innovativa y de adaptación**, constante y continuamente se **construyen** espacios de competencia, donde es importante el **control** de la sociedad en la participación de la actividad económica.

Por el contrario, un administrador o representante inseguro, temeroso, débil, genera una incompetencia que lleva a la empresa social a la crisis y que puede llegar hasta la quiebra.

Es **experiencia y aptitud** constituyen el **signo y la simbolización** de la fórmula de la eficiencia, para llevar adelante el **proyecto social**.

Esa **deficiencia** significa **potenciamiento** de emprender y crear sobre las **condiciones existentes en el mercado**.

Consideraremos entonces, de acercarnos o aproximarnos a la idea central de la ley de sociedades al establecer como factor de atribución (a contrario sensu del art. 59) el obrar **desleal del negligente** hombre de negocios.

Entendemos que la situación apuntada si bien implica subjetividad, se puede **detectar** mediante signos y símbolos externos y notorios importantes que **relativizan aquella subjetividad**.

Señalamos, que la **lealtad** es la devolución de la confianza, por lo cual aquella como proceso deja de operar cuando la **relación** con los órganos de control o los socios se torna inadecuada, verbigracia no suministra información o si lo hace es insuficiente o inadecuada, es decir, como **relación dinámica** se deteriora y ello es en sí mismo una manifestación o expresión del negligente hombre de negocios.

Sin embargo, esta es la **causa real**, pero la manifestación externa es la **inadecuación de la sociedad al mercado** y la consiguiente **crisis económica de la sociedad** o por el contrario, es el **éxito económico pero en beneficio propio**, etc.

Estos son, **resultados externos y objetivados**, por lo cual la **desleal y negligente gestión económica** se materializa en estos resultado y a partir de aquellos se **atribuye la responsabilidad** a administradores y representantes, como establece la ley en forma **ilimitada y solidariamente**.

#### 6. Cómo medimos la extensión de la reparación del daño.

La Ley 19.550 en el art. 59, **los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión**, frase poco significativa, pues el término o vocablo **resulten** alude a la **causalidad** como principio general.

En materia comercial, no existe normación específica para medir la extensión de la reparación, por lo que debemos remitirnos al **derecho privado económico común**.

Sabida es la diferencia entre el campo contractual y extracontractual, fundamentalmente en cuanto a los efectos, entre los que precisamente se encuentra la **medición de la extensión**, de allí que sea necesario considerar algunas situaciones escalonadas del conocimiento para poder determinar la solución que proponemos.

El Código de Vélez Sársfield establece como principio general, la **responsabilidad subjetiva**, la que se caracteriza por conferir a la indemnización de daños y perjuicios un carácter de sanción (al estilo

del derecho penal) por lo cual la extensión de esta última se mide en función de la **intensidad del reproche o culpabilidad** con que actuó el **agente dañador**.

En concreto, **esa medición se efectúa conforme a** consecuencias, las que están definidas en los artículos 901 a 906 del Código civil y con la consiguiente clasificación: las consecuencias **inmediatas**, que son aquellas que acostumbran a suceder según el curso inmediato y ordinario de los acontecimientos.

Las consecuencias **mediatas**, que son las que para acaecer tienen una **conexidad** con otro hecho y que pueden ser de dos tipos: las **mediatas previsibles**, que son las que derivan de una situación objetivada, según la cual son las que cualquier deudor debió tener en mira y las **mediatas previstas** que devienen de la cualidad personal del deudor (arts. 909 y 923 del Cód. Civ.).

Estas consecuencias se **sobreponen** a los rubros, que son: el daño emergente, el lucro cesante y el derecho de chance.

En cuanto al primero (daño emergente) establece la posibilidad de incorporar a la indemnización los **gastos efectivamente realizados como o en carácter de pérdida y el** lucro cesante alude a las ganancias o utilidades que se haya dejado de percibir.

La jurisprudencia y especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a establecido en el último rubro una diferenciación entre lucro cesante **actual y futuro**.

En el caso "Pronar SA c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios" con fecha 24 de marzo de 1987, el más alto Tribunal estableció el siguiente criterio: "corresponde el resarcimiento del lucro cesante producido y el que seguirá manifestándose en el futuro al titular del establecimiento dedicado a la explotación de..." y con posterioridad en la sentencia en los autos "Alzaga de Lanusse, María y otros Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", de fecha 12 de mayo de 1988 ratificó tales conceptos "corresponde indemnizar el lucro cesante y el lucro cesante futuro derivado de la perduración... de los efectos que alteran la normal explotación..."

En cuanto al **derecho de chance**, de creación jurisprudencial, es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuar del sujeto, conlleva daño, aún cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño, es una **probabilidad** o una **mera esperanza probable de un beneficio**.

Por último, esta medición en consecuencias y los rubros aluden



a dos tipos de daños: el **económico**, (denominado por la doctrina clásica como patrimonial) y el **extraeconómico** (denominado por la doctrina clásica como extrapatrimonial).

Nos interesa de manera significativa, quien y como cumplen las funciones asignadas por la ley.

Si se trata de **funcionarios remunerados**, estamos en presencia de un **contrato de administradores o representantes**, entre estos últimos y la sociedad, por consiguiente sus obligaciones, respecto de la sociedad son de índole contractual a todos los efectos legales.

Es decir tenemos una **relación contractual** entre la **persona jurídica comercial**.

Las obligaciones y responsabilidades son emanadas de esos contratos a todos los efectos.

Respecto de los **socios** se trata de un contrato que obviamente les afecta, pero que es celebrado por **terceras personas jurídicas**, por consiguiente para ellos es **inter alia actus** y debe considerarse sus acciones de carácter extracontractual.

Sin embargo, el art 59 de la ley 19.550 establece la responsabilidad de **orden legal** es contra administradores y representantes y con posterioridad el art. 279 de la misma ley de sociedades señala que los socios conservan sus acciones individuales.

Sin embargo, existe otra posibilidad que es la de considerar al contrato de sociedad y al contrato con los representantes y administradores como **contratos conexados** de lo cual se puede derivar que la acción de los socios contra aquellos es de carácter contractual, respecto de la acción del art. 59 de la Ley 19.550.

La importancia de esta calificación es que al quedar encuadrada en ese ámbito, el incumplimiento de la gestión económica hace presumir la responsabilidad objetiva.

El incumplimiento es respecto de los socios es la no potenciación de su capital de afectación conforme al **objeto social**, es decir la actividad económica acotada.

Desde el análisis económico del derecho, podemos señalar que toda actividad económica referida a una de las fases de la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios poseen una determinada **rentabilidad promedio**.

En consecuencia, el incumplimiento de la obligación de gestión económica (por administradores o representantes) se constituye en forma objetivada.

La **ventaja** entonces radica que en el sistema contractual la acreditación del incumplimiento tal como lo describimos hacer presumir la **responsabilidad**, en cambio en el ámbito extracontractual hay que demostrar la culpa para que quede conformada mínimamente el cuasidelito.

Incluso sostenemos que al quedar incorporada al campo contractual es de aplicación el art 521, es decir: el incumplimiento sería doloso, pues dada la profesionalidad de los representantes y administradores se trata precisamente de una situación objetivizada de que pudiendo cumplir - gestión económica, para la obtención mínima de la rentabilidad promedio, del sector acotado de la actividad económica – no lo hace.

En el subidío campo extracontractual podemos establecer la misma división conforme a la calificación gradual de la culpabilidad del agente productor del daño, así tendremos los cuasidelitos, que son aquellas obligaciones incumplidas cuya reprochabilidad es a título de culpa (conceptualmente igual al campo contractual arts, 512 y 902 del Cód. Civ.) y que se le adjudican las consecuencias inmediatas a las mediatas previsibles y previstas (art. 1109 del Cód. Civ.), lo que consideraríamos como solución alternativa.

En cambio en el ámbito extracontractual el principio general es la solidaridad de los responsables (arts. 1081/2 del Cód. Civ.) con la diferencia en cuanto a la repetición, que solo es procedente para los cuasidelitos.

En cuanto a la solidaridad está resuelta expresamente por la Ley de Sociedades 19.550, en el art. 59.

#### **IV.- PRUEBAS**

##### **a.- Documental**

1) Solicitada para acumulación. La existente en los expedientes: a) N° 41236 autos “Melamud c/Construcciones Charcas SA s/Medidas Preliminares” y b) N° 42.584 autos “Melamud c/Construcciones Charcas SA s/Nulidad de Asamblea”; ambos en Juzgado Nacional de Comercio N° 5, Secretaría N° 9.

2) Acompaña actas de mediación; tasa judicial y demanda y proveído por el cual se ordena la mediación.

**b.- Absolución de posiciones.** Se cite a los demandados a audiencia que se fijará oportunamente.

**c.- Documento público en expediente judicial.** Se solicite al Juzgado Nacional en lo Civil N° 41, autos caratulados: “MELAMUD

c/Construcciones Charcas s/Daños y perjuicios” donde el codemandado Sr. Samuel Okragly declara expresamente que su **especialidad** son o es, ser **financista**.

**d.-** Al Juzgado Registral Comercial, para que remita: la fotocopia certificada del contrato social de Construcciones Charcas S.A.

**e.-** A Dirección de Personas Jurídicas para que remita los balances de Construcciones Charcas S.A., desde su formación hasta la fecha.

**f.-** Oficios. 1) Se libre oficio a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a efectos que informe si en la obra sita en la calle Charcas 2872 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha intimado a adecuar la obra, desde cuando y si la misma se a cumplido.

2) Al Banco Central de la República Argentina a efectos de que remita expediente N° 154472 del 12 de mayo de 2000 sobre el cual se solicitó una investigación del Sr. Samuel Okragly.

3) Al AFIP para que remita fotocopia del Expediente N° 13.289; 9866/00 del 13-6-2000, Rto. 45.184 Div. Denuncias Tribunales.

**d.-** Pericial económico contable.

El Sr. Perito informará lo siguiente:

1.- Conforme al capital colocado por el actor al momento de constituirse la sociedad cual fue el ritmo de potenciación económica hasta que se paro la obra.

2.- Conforme a la respuesta dada anteriormente como debió proyectarse de haberse terminado la obra en los plazos establecidos, la potenciación de aquel capital.

3.- Conforme a la fecha de paralización de la obra cual ha sido la evolución del capital del actor al momento de efectuarse la pericia.

4.- Establecer la diferencia entre las variables 2 y 3 para determinar el daño sufrido por mi cliente.

Se deja constancia que la pericia se efectuará conforme a los libros que posee la sociedad en su poder y que de negarse, solicito al Sr. Juez su incautación.

5.- Efectuar, para los mismos períodos requeridos en los puntos 1; 2 y 3, la tendencia de la tasa de beneficio en la actividad de la construcción y venta de inmuebles en la zona que se encuentra la obra

6.- Establecer el precio por metro cuadrado de costo de construcción entre el inicio de la obra y el precio de metro cuadrado de venta, si la obra se hubiese finalizado en el plazo previsto.

## V - PETITORIO

Por todo lo expuesto de V.S. solicito:

1.- Que se proceda a la acumulación de los expedientes solicitados ya que resultan indispensables como pruebas para la presente acción.

2.- Se corra traslado de la demanda y oportunamente se dicte sentencia, lo que, SERA JUSTICIA.

**OTRO SI DIGO:** A la fecha se encuentra pendiente de notificación la denuncia por Administración Fraudulenta, lo que también se solicita. Lo que también, SERA JUSTICIA.