

La acción preventiva como solución definitiva al conflicto societario en las sociedades cerradas³⁰⁵

Rodrigo Cuervo

Síntesis

La acción preventiva del artículo 1711 del CCCN es una herramienta capaz de descomprimir el conflicto estructural que se da entre socios mayoritarios y minoritarios de las sociedades cerradas, permitiendo al juez ordenar medidas saneadoras del abuso de las mayorías o de las minorías e, inclusive, disponer la separación de uno o más socios por diversos mecanismos.

1. Otra vez el mismo problema: el conflicto societario estructural

La ley 19.550 ha provisto soluciones de cierta eficacia para los *conflictos concretos* o *coyunturales* de la vida societaria, pero altamente inidóneas ante la *relación conflictiva* o *conflicto estructural y permanente*³⁰⁶ en las sociedades cerradas. Ello deviene en situaciones sumamente injustas, causa severos daños a los socios, la sociedad, sus acreedores, clientes y proveedores,

305 La presente ponencia es síntesis de un trabajo del autor titulado: “La acción preventiva: ¿una solución definitiva al conflicto societario?”, publicado en la sección de doctrina del sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el cual puede consultarse en file:///C:/Users/intel/Downloads/accion-preventiva%20(3).pdf. Todas las traducciones hechas en el presente de textos en inglés, son de autor.

306 Sobre esta fundamental clasificación de los conflictos: ALFARO AGUILA-REAL, Jesús; “Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, N° 222 (octubre-diciembre, 1996), p. 1080; Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson-Civitas, Arazandi, Navarra, 2007, p. 51.

y también a los vínculos familiares y afectivos subyacentes, generando un padecimiento psicológico y emocional muchas veces irreversible y más grave que económico. Ante esta situación, y pese a los incansables clamores de la doctrina al legislador societario por una solución estructural, pareciera que la Ley 26.994 ha sido sorda... (¿o no?). En contraposición, el derecho comparado -particularmente anglosajón- ha superado un escenario similar con herramientas que descansan en el criterio judicial para arbitrar los *remedies* más adecuados a cada caso, principalmente por la vía de las *injunctions*³⁰⁷.

2. La solución aportada por el Código Civil y Comercial de la Nación: la acción preventiva (societaria)

Entiendo que el CCCN ha previsto en sus artículos 1710 y siguientes un nuevo mecanismo lo sumamente amplio y efectivo para dar solución definitiva al conflicto societario en las sociedades cerradas³⁰⁸. La aplicación

³⁰⁷ Inicialmente, la jurisprudencia anglosajona confirió al socio minoritario bajo *oppression* –a falta de previsión legal y estatutaria- la facultad de requerir judicialmente la disolución ante violación del deber fiduciario de la mayoría o privación de sus razonables expectativas de socio. Posteriormente, se fue instalando progresivamente una variado abanico de *equitable remedies*, principalmente por la vía de las *injunctions*, consistentes en órdenes de dar, hacer o no hacer impuestas por el juez en forma previsional o definitiva, a los fines de solucionar una situación injusta; en este caso, órdenes impuestas a la sociedad, al mayoritario o a terceros, con el objeto de sanear o cortar eficazmente la relación con el minoritario damnificado, disponiendo –entre otros ejemplos- la obligatoria distribución de dividendos o, más frecuente aún, la compra forzosa (*buy-out*) de las participaciones del minoritario por parte del mayoritario, soluciones posteriormente positivizadas debido a su éxito: en EEUU, la *Model Business Corporation Act*, y normas de 30 Estados (LUCAS, Matthew C., “*Revoking the Irrevocable Buyout*”, *Albany Law Review*, 2001, Vol. 75, disponible en www.albanylawreview.org/Articles/Vol75_1/75.1.0003%20Lucas.pdf); en Inglaterra *Companies Act (2006)*, *Section 996*, 1 y 2.

³⁰⁸ El fundamento de la función preventiva de la responsabilidad radica principalmente en que resulta un instrumento no sólo más humanista sino también económicamente más útil y eficiente que la reparación, cargando así con un alto valor axiológico que consolida *in natura* el principio constitucional de no dañar a otro consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Por ello, función preventiva es aplicable a toda situación jurídica real o personal -contractual o extracontractual- y lógicamente también en materia societaria (Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, “El Abuso de Derecho y Fraude a La Ley en Materia Comercial y los Principios Generales del nuevo Código Civil y Comercial”, en *Estudios de Derecho Empresario*, UNC – Instituto de la Empresa ACADERC, p. 137-151). Este mecanismo en materia societaria previene el menoscabo de todos los intereses involucrados, todos “difíciles de componer” (Cfr. *Fundamentos del Anteproyecto de CCCN*, p. 215 y 216; en adelante “Fundamentos”).

de la acción preventiva en materia societaria se funda expresamente en el sistema de prelación consagrado en el art. 1709 del CCCN y en la tradición argentina que considera a la responsabilidad civil plenamente aplicable a los subsistemas normativos en tanto no contraríen sus disposiciones específicas. Siendo indudable que el deber de prevención es de naturaleza indisponible en tanto expresión de principios de orden público *-alterum non laedere*, buena fe y ejercicio regular de los derechos- no existiendo norma societaria contraria, el mecanismo preventivo rige plenamente en la ley 19.550, según el art. 1709 inciso a).

2.1. Deber de prevención en materia societaria

El art. 1710 del CCCN impone el derecho y el deber *erga omnes* de prevención, el cual comprende, ante todo, la obligación de *evitar* causar un daño y/o evitar su agravamiento mediante la acción u omisión necesaria para ello; asimismo, implica también la obligación de *mitigar* o disminuir un daño ya causado. Por su parte, el daño que debe ser prevenido es aquel que pueda causar el propio agente, la víctima o un tercero y comprende tanto la dimensión cuantitativa del daño como su extensión temporal, siendo plena y especialmente aplicable a los daños continuados y periódicos, de particular relevancia en materia de conflictos societarios.

Ahora bien, el sujeto pasivo de este deber general es “toda persona, en cuanto de ella dependa” razonablemente evitar o mitigar un daño, motivo por el cual la norma le impone la obligación positiva de “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables” para lograrlo, según el parámetro del art. 1725 del CCCN³⁰⁹. En este sentido, será sujeto obligado a observar el deber aquí establecido toda persona que tenga en su *esfera de control* la posibilidad de prevenir un daño³¹⁰, de acuerdo a las circunstancias, la buena fe y el ejercicio regular del derecho de omisión. Considero que son sujetos pasivos de este deber, “de quienes depende” la evitación del daño en el conflicto societario: a) los socios mayoritarios³¹¹; b) los socios que, sin

³⁰⁹ A mayor dimensión del poder mayoritario, a mayor escala de conflicto y a mayor conocimiento y experiencia en el negocio por parte de los socios, más exigente será el parámetro de conducta exigible a estos sujetos. Cfr. GALDÓS, Jorge Mario, “Comentario al artículo 1708 del CCCN”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Dirigido por Ricardo Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. VIII, p. 289., t. VIII, p. 311.

³¹⁰ Fundamentos del Anteproyecto, op. cit., p. 218.

³¹¹ Por actos u omisiones formales en los diversos órganos, y por toda instrucción o gestión de hecho cuando su incidencia haga razonable imponerle la obligación de

ser parte del grupo mayoritario, no adoptaren las medidas que según las circunstancias están a su alcance a los fines de evitar o aminorar el daño que previsiblemente sufriría otro socio³¹²; c) Las personas humanas o jurídicas controlantes no socias e, inclusive, sus respectivos socios mayoritarios (art. 33 inc. 2, segunda parte, LGS)^{313 314}; d) el propio socio damnificado³¹⁵; e) Los directores y gerentes a título personal³¹⁶; f) la propia sociedad³¹⁷; y g) los terceros beneficiarios de las conductas opresivas de la mayoría³¹⁸.

adoptar medidas de prevención, por el principio de *respondeat superior*. Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., ps. 115 y 116.

- 312 El minoritario “cómplice”, con los alcances impuestos por las circunstancias y la buena fe según sus posibilidades de actuación (cfr. argumento art. 254 LGS y art. 170, inc. b., CCCN). Cfr. PARELLADA, Carlos A., *Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)* en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2003-2, *Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 103.
- 313 Si bien escapa ligeramente al tema del conflicto intrasocietario, no hay reparo alguno en extender idéntico deber de previsión en tanto de todos ellos depende evitar el daño de los socios mediante conductas razonables.
- 314 En relación a los sujetos enunciados en los puntos a), b) y c), la interpretación del régimen general tratado resulta llamativamente compatible con el sistema de control societario y responsabilidad de la LGS (arts. 33, 54, 248, 254, 272) Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, “Responsabilidad por abuso del control societario. Acciones sociales y concursales”, en *La actuación societaria*, Ad-Hoc, Bs As, 2005, p. 375 y ss.
- 315 En tanto debe prevenir su propio daño (art. 1710, 1°pte, 9 y 10, CCCN) no podrá luego valerse de los remedios de la acción preventiva cuando no haya tomado las medidas que razonablemente se encontraban a su alcance (cfr. arts. 275, 276 y 279, LGS).
- 316 En tanto la evitación del daño está en su esfera de control (art. 59, 251, 274 y cctes. LGS), independientemente de su rol en el órgano de administración, ya que son garantes de la legalidad de los actos de gestión y de las resoluciones asamblearias. Cfr. HALPERÍN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 2ª ed, 1975, p. 651. Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. 114.
- 317 En igual sentido, VÁZQUEZ LÉPINETTE, *ibidem*. Cabe preguntarse si a este efecto la propia sociedad puede ser considerada como un sujeto distinto a los administradores y/o controlantes, “de quien dependa” la evitación de los daños que sus actos puedan causar. En principio, entiendo que la respuesta se impone afirmativamente por el principio organicista (arg. art. 251 LGS). Sin embargo, dada la riqueza de la acción preventiva, la extensión de algunos efectos de la sentencia a la sociedad probablemente dependerá de cada supuesto de hecho, de la pretensión del actor, de la composición accionaria de los grupos minoritarios y de control y de la naturaleza de las obligaciones que fije la misma según la prudencia del juez (vgr. el receso del minoritario, o la imposición de compra forzosa de sus acciones a la sociedad).
- 318 Si bien menos frecuente, cuando según las circunstancias pueden tener bajo su esfera de control la posibilidad de no perjudicar al minoritario. Es el caso de una tercera sociedad que se encuentre dentro del mismo grupo, según reclamaba NISSEN (“El Con-

Por su parte, el CCCN determina asimismo que los sujetos activos del derecho de prevención y la acción preventiva es todo el que “acredite un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712 CCCN). En materia societaria, y más allá de lo referente al conflicto societario en las sociedades cerradas³¹⁹, creo que pueden mencionarse como sujetos activos: a) los socios minoritarios de las sociedades cerradas, cualquiera sea su participación³²⁰; b) los socios mayoritarios de sociedades cerradas, frente a determinados actos de abuso de las minorías; c) la propia sociedad³²¹; y d) los terceros, sea la sociedad abierta o cerrada³²².

De acuerdo a lo expuesto, además de respetar la ley, el estatuto y el reglamento, los socios deberán atender actos u omisiones que le sean razonable-

flicto Societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución”, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ad-Hoc, Bs As, N° 11 - julio/agosto 2001 p. 44), que si bien en la generalidad de los casos se subsumirá en un supuesto de sujeto pasivo controlante por especiales vínculos, podría resultar que no. Un ejemplo es citado por Vázquez Lépinette con el antecedente británico *Little Olympian Each Ways Ltd. (N°)*, en el que la opresión consistió en la venta a precio vil de activos sociales a favor de una sociedad que estaba conformada íntegramente por los miembros del grupo de control de la enajenante. El tribunal dictó en cabeza de la sociedad beneficiaria de la venta de activos infravalorados una orden de compra forzosa de la participación del minoritario. Como se ve, dicha sociedad no es controlante de la vendedora, y puede resultar útil al juez imponer la compra a la sociedad compradora y no a su grupo de control, por ejemplo, atendiendo a un eventual estado de iliquidez en el que pudiera encontrarse alguno de ellos y con el fin de no diluir su posición imponiéndole una adquisición que no pueda afrontar (Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *ibidem*).

319 Si bien no es objeto del presente, creo que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Es cierto que en las sociedades abiertas el régimen de la anónima funciona correctamente, y también que el mecanismo del mercado y su régimen transparencia dan por tierra con los principales elementos que configuran la opresión del minoritario y justifican la aplicación de la acción preventiva; sin embargo, también parece serlo que no es conveniente privar al juez de esta eficaz herramienta para complementar las soluciones de dicho régimen ante la infinidad de maniobras posibles, o cuanto las acciones no tengan cotización regular (Cfr. *Model Business Corporation Act* (2006), § 14.34.).

320 VÁZQUEZ LÉPINETTE, *op. cit.*, p. 89. Conclusión lógica para tutelar los derechos del minoritario, concordante con que nuestro ordenamiento societario no exige minorías calificadas para las impugnaciones de las resoluciones sociales, la acción individual de responsabilidad o el receso.

321 Tanto ante sus administradores, socios e -inclusive- ante el controlante externo (art. 33, inciso 2, LGS), en tanto es indudable su razonable interés en la prevención del daño que puedan causarle (argumento de los arts. 54, 254, 274 y cctes. de la LGS)

322 En cuanto sean posibles de potenciales daños que pudieran causarle la sociedad o los socios controlantes (Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, *op. cit.*).

mente exigibles según las circunstancias y la buena fe, a los efectos de evitar o mitigar el daño de la sociedad y los socios. Si bien esta obligación ha existido desde siempre (art. 19 CN, 1198, etc.), en el CCCN su infracción desatará una consecuencia inédita: la acción preventiva.

2.2. Acción de responsabilidad preventiva. Acción social e individual

“La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir”³²³.

Ante todo -y esto es fundamental- la acción preventiva ha sido concebida con nombre propio y como un instrumento sustantivo³²⁴ de tutela inhibitoria autónomo³²⁵, con particularísimos presupuestos ante la omisión del deber de prevención, de carácter también autónomo³²⁶. De este modo, no será necesaria para su procedencia la existencia de un daño, sino su previsible acaecimiento, agravamiento o continuación³²⁷, siendo indiferente la gravedad del daño futuro³²⁸. Por su parte, la antijuridicidad no consistirá en causar un daño, sino la creación de un riesgo injustificado por la omisión de las medidas exigibles.

³²³ Fundamentos, p. 218.

³²⁴ Sin perjuicio de que puede también funcionar en el ámbito cautelar. Cfr. GALDÓS, Mario, op. cit., t. VIII, p. 314.

³²⁵ SÁENZ, Luis, Análisis del art. 1710, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Dirigido por Carlos Calvo Costa, t. II, LL, Bs. As., 2015, p. 688.

³²⁶ En este sentido, atento a la distinta naturaleza, función, presupuestos y legitimados, no tiene los recaudos de la acción indemnizatoria, ni está subordinarla a la interposición de ninguna otra acción (vgr. la de inoponibilidad de la personalidad jurídica o, en principio, de nulidad asamblearia)-

³²⁷ Últimos dos supuestos en los que la acción de prevención es en principio imprescriptible mientras subsista el riesgo. Cfr. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Comentario al artículo 1710, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Dirigido por Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, t. II, LL, Bs. As., 2014, p. 1000. Entiendo además que debería aplicarse al peligro de daño la doctrina del daño continuado.

³²⁸ GALDÓS, Mario, op. cit., t. VIII, p. 310.

Finalmente, como la acción procede ante un daño que aún no se produce o agrava, no será requerido del agente ni culpa ni dolo, sino que el riesgo le sea causalmente atribuible a su conducta, antijurídica por no haber adoptado las medidas exigibles³²⁹.

Ahora bien, entiendo necesario hacer una doble referencia en relación a aspectos vinculados a los sujetos activos y pasivos de la acción preventiva en materia societaria. En primer lugar, atento a la legitimación que asiste a todos los socios, los terceros y la propia sociedad, la acción autónoma del art. 1711 del CCCN -en la dinámica del microsistema de la LGS- puede presentarse tanto como *acción individual de responsabilidad preventiva* de los socios y los terceros, y como *acción social de responsabilidad preventiva*, sin que puedan confundirse con las tradicionales acciones (resarcitorias) de los arts. 254, 276, 279 de la LGS³³⁰. Sin perjuicio de ello, pese a la diferencia y autonomía referida, entiendo que la dialéctica interpretativa (arts. 1, 2 y 1709 CCCN) obligan a integrar la regulación de la *acción social de responsabilidad preventiva* del art. 1711, con la mecánica orgánica regulada para la *acción social de responsabilidad resarcitoria* de los arts. 276, 277, 278, 279, 254 y cctes. de la LGS, en todo cuanto sean compatibles; de este modo, la acción preventiva de la sociedad podría ser ejercida por la propia sociedad, el síndico de la quiebra y *uti singuli* por los socios, mediante los mecanismos previstos para la clásica acción social de responsabilidad³³¹. En segundo lugar, si bien los legitimados pasivos serán en general algunos socios mayoritarios o minoritarios, el principio de la actuación orgánica, el derecho de defensa y el interés en una sentencia eficaz, exigirán que el actor deba demandar, citar o denunciar la *litis* al resto de los socios y, cuando ejerza su acción preventiva individual, también a la sociedad.

³²⁹ De acuerdo a lo dicho, para que proceda la acción en la materia no será necesario que el sujeto pasivo el deber preventivo incurra en actos contrarios a la ley de sociedades, el contrato o el reglamento, ni que actúe en forma dolosa o culposa. Será suficiente que incurra en acciones u omisiones generadoras de un peligro verosímil de daño para cualquier sujeto activo, cuando según las circunstancias le sea exigible evitarlas en función de la buena fe y el ejercicio regular de los derechos. Según se verá, el punto medular es cuándo en materia societaria existe violación de la buena fe y cuándo se configura la amenaza de daño digno de tutela, atento a la afectación de la libertad que implica esta medida

³³⁰ Evidente por su diversa función, presupuestos y efectos

³³¹ Concordando sobre la aplicación analógica del mecanismo de los arts. 276 y 277 de la ley societaria: JUNYENT BAS, Francisco, op. cit., p. 390.

2.3. Soluciones de la acción preventiva. El Art. 1713 del CCCN, base legal de las *injunctions* argentinas

Según entiendo, art. 1713 CCCN brinda al juez un vasto abanico de soluciones, pudiendo prevenir el daño mediante la imposición obligaciones de dar, hacer o no hacer a los sujetos pasivos del deber preventivo; la medida deberá adoptarse atendiendo al criterio de mínima restricción de la libertad de acción de los socios y la sociedad, pero procurando siempre la prevención efectiva del daño. Asimismo, según la norma, el juez no estará atado a la pretensión del actor ni al principio de congruencia para la elección de la medida³³², debiendo inclusive arbitrar de oficio las soluciones preventivas que exijan los intereses en juego³³³.

En cuanto a las medidas disponibles entiendo que, en una primera dimensión, el juez deberá optar por imponer obligaciones ordenadas a sanear la *funcionalidad* y dinámica societaria³³⁴, siempre que dichas medidas resulten eficientes según la prudencia que aconseje la ponderación de los valores en juego³³⁵ y las circunstancias del caso. Éstas medidas podrán ser tanto de carácter provisorio como definitivo: así, podría imponerse a la sociedad la distribución de dividendos que han sido retenidos como resultados no asignados³³⁶,

332 BESTANI, Adriana, Comentario al art. 1713, *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 2015, t. II, p. 1032.

333 Particularmente importante en supuestos de empresas de familia en las que el conflicto societario esté destruyendo las relaciones familiares.

334 Haciendo funcionar el art. 1713 como mecanismo de “*relationship preserving norm*”, que son aquellas encaminadas a resolver un conflicto concreto, partiendo del supuesto en que vale la pena conservar la relación societaria. Por el otro lado, las “*end game norms*” son aquellas que apuntan a deshacer una relación en la cual el conflicto ha devenido en estructural. Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit., p. 51.

335 GALDÓS, Jorge Mario, op. cit., t. VIII, p. 288.

336 Cfr. *Dodge v. Ford Motor Company*, 170 NW 668 (Mich. 1919), *Zidell vs. Zidell*, Or. Sup. Ct. 277, Or. 413, 560 P.2d. 1086 (1977), *Dowd vs. Charlotte Pipe & Foundry Co.*, 185 A 2d 480 (Del. Sup. Ct. 1962), *Patton vs. Nicholas*, 279 SW 2d 848 (Tex. 1955), *Crichton vs. Webb Press Co.* 36 So 926 (La 1904), *Andreson vs. W. J. Dyer & Bro.*, 101 NW 1061 (Minn. 1904), *Reynolds vs. Diamonds Mills Paper Co.*, 60 A 941 (NJ Ch. Ct. 1905), etc. Cfr. Garber, Carlos A., op. cit. En la práctica, será útil en este caso la interposición de la acción preventiva en forma autónoma o acumulada a la nulidad asamblearia, ya que según es conteste la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en la acción de nulidad el tribunal debe limitarse a declararla, debiendo la asamblea adoptar una solución acorde a la sentencia dictada, lo cual muchas veces no ocurre, dando lugar a la continuidad del conflicto. (Cfr. NISSEN, Ricardo, “Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias”, cit., p. 293; DUPRAT, Diego, “Los dividendos

tanto en la sentencia definitiva o aún con carácter cautelar³³⁷ (pudiendo luego ser revocada o confirmada en el decisorio final). Otro ejemplo frecuente podrá ser que -con carácter también provisorio o definitivo- se obligue a la sociedad a reestablecer en su trabajo y reconocer los derechos atinentes al mismo, al socio que en forma abusiva haya sido excluido de su función remunerada por vía de una relación laboral³³⁸.

Sin embargo, esta primera línea de respuestas serán seguramente insuficientes cuando el conflicto haya tomado carácter estructural y la convivencia sea imposible. En esos casos, “el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” de solucionar el conflicto (art. 1713), serán las soluciones *estructurales*, en principio, la separación de uno o más socios³³⁹. Así, en una segunda dimensión, dentro de las medidas estructurales y en virtud de la regla de menor restricción e interferencia, el juez podrá ante todo fijar a la sociedad y los socios obligaciones cuyo incumplimiento apareje condicionada alguna forma de separación del socio afectado o del socio opresor³⁴⁰.

ante la inexistencia de decisión asamblearia sobre el destino de las utilidades del ejercicio”, www.thomsonreuterslatam.com. En contra, CNCom., Sala D, Mihura, Luis y otros c/ Mandataria Rural S.A., 26/12/1979). A diferencia de ello, la acción preventiva permite atribuir al juez competencia para obligar a la sociedad a distribuir dividendos, por cuanto la pretensión y sus presupuestos son diferentes a la acción de nulidad.

337 Vgr., en el caso que el socio accionante fuera un menor de edad que requiere de los dividendos retenidos para su subsistencia.

338 Es sumamente habitual en las sociedades cerradas que los socios acuerden retirar todo o parte de sus resultados en forma de sueldo u otro tipo de remuneraciones que reconozcan su trabajo personal. En estos casos, el abuso mayoritario muchas veces consiste en “echar” al socio-empleado, constituyendo ello más que una injuria laboral, una opresión societaria que vacía de contenido su condición de socio y constituye un mecanismo indirecto de exclusión. La acción podría reinsertar al socio en su puesto de trabajo, de suma utilidad se repara que ni siquiera el derecho laboral argentino le brindaría herramientas para ser restablecido. Es acorde a lo resuelto en *Topper*, 433 N.Y.S.2d 359, 364 (Sup. Ct. 1980), *Balvik vs. Sylvester*, 411 N.W.2d 383, 388 (N.D., 1987), *Evans vs. Blesi*, 345 N.W. 2d 775 (Minn. App. 1984)), *Re A Company* (No. 004475 of 1982) [1983] Ch 178), *Wilkes vs. Springside Nursing Home, Inc.*, 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (Mass. 1976).

339 Haciendo funcionar a la citada norma como “*end game norm*”, solución históricamente reclamada por la doctrina.

340 Coercionando la conducta debida y supeditando la efectiva alteración de la estructura intrasocietaria a futuras infracciones previamente definidas en la sentencia (Cfr. argumento art. 348 bis, LSC de España). Podría el juez imponer la obligación de distribuir a futuro un porcentaje mínimo de dividendos –en las condiciones que determine- facultando al actor que votare en contra de la resolución social violatoria de tal obligación, el derecho de receso que no le otorga la LGS, la facultad de ejercer una compra o venta forzosa, o activar un sistema de “ruleta rusa”, “opción mexicana”, etc.

Pese a ello, las respuestas más simples, “idóneas” y “eficaces” para resolver definitivamente el conflicto, vendrán de imponer obligaciones que impliquen la inmediata salida del socio afectado o del opresor, según se trate de un abuso de mayorías o de minorías y conforme indique la prudencia judicial. Dada la amplitud de la norma, el juez podrá arbitrar cualquiera de las siguientes medidas estructurales, la mayoría de las cuales han sido implementadas como *remedies* en el derecho anglosajón: a) el receso del socio accionante³⁴¹; b) la compra forzada de sus participaciones por parte de la sociedad³⁴², de uno o más socios³⁴³ o del controlante no socio; c) la compra forzada de las participaciones del mayoritario por parte del minoritario; d) imponer judicialmente mecanismos de opción de compra recíproca, como la de “ruleta rusa”, la “opción mexicana”, o cualquier otro, en el orden y formas que el juez determine³⁴⁴; e) finalmente -en forma excepcional y no siendo viable ninguna otra medida- la disolución judicial de la sociedad³⁴⁵.

Según se ve, los dispositivos del art. 1710 y siguientes configuran una norma con estructura y soluciones sorprendentemente similares a los *remedies* anglosajones. En particular, las facultades conferidas al juez por el art. 1713³⁴⁶ (a simple vista novedosas en nuestro derecho) resultan la consagración legislativa de una suerte de *injunctio* nacionales, según se repara ante

³⁴¹ Como desventaja, despatrimonializa de la sociedad y, en alguna medida, conspira contra el principio de conservación de la empresa.

³⁴² En la medida que ésta cuente con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres (art. 220, inciso 2 LGS), ya que en caso no existir, su pago implica una reducción de capital con destino a la cancelación de las acciones, es decir, un supuesto de receso del socio. La jurisprudencia norteamericana en general no impone la compra a la sociedad sino a uno o más socios mayoritarios; sin embargo, imponerla a la sociedad puede facilitar la salida del minoritario cuando ésta cuente con fondos para afrontarlos, sumado a que -en principio- dicha operación beneficia por igual a todos los accionistas pertenecientes al grupo de control y minoritarios ajenos al conflicto. Esta es la solución del derecho inglés.

³⁴³ Respetando como regla el derecho de preferencia a los fines de respetar los esquemas de control (cfr. arg. arts. 194 y 221 in fine).

³⁴⁴ Cfr. Vázquez Lépinette, op. cit., p. 113.

³⁴⁵ Resulta difícil imaginar un caso que habilite la disolución judicial como solución preventiva, pero podría ocurrir que la relación entre el perjuicio afectivo de los socios, el daño económico y el volumen de la sociedad lo justificara, a modo de la *involuntary dissolution* del derecho anglosajón.

³⁴⁶ Sorprendentemente parecidas a las facultades conferidas normativamente al juez en el § 60.952, (2), (a), de la *Oregon Business Corporation Act*, y la sección 996, (b), (i) y (ii) de la *Companies Act* inglesa.

la explicación que el profesor italiano Sereni hace del instituto anglosajón³⁴⁷. Sin embargo, de modo similar a lo que ocurre en el derecho anglosajón con el instituto genérico de la *injunction*, la hipótesis de la norma argentina configura un supuesto abierto y no previsto específicamente para el abuso en las relaciones intrasocietarias. Justamente, el desafío en la utilización será encontrar pautas específicas para su aplicación al conflicto societario, siendo particularmente valiosa la experiencia centenaria de la jurisprudencia anglosajona en la aplicación de sus *injunctions* a la materia.

2.4. Posibles criterios de la acción preventiva en materia societaria. Aportes del derecho anglosajón

La dinámica comercial restringe enormemente la intervención judicial³⁴⁸, por lo que la aplicación de este instituto al conflicto societario deberá conciliar la protección del socio afectado con el principio mayoritario de gobierno, la libertad y propiedad de los socios y la sociedad, el organicismo del ente, la dinámica negocial, la conservación de la empresa y el riesgo asumido por el socio al ingresar a la sociedad. En busca de estos criterios, partiré de algunos generales, para ir luego a los de los presupuestos de la acción preventiva.

347 “El principal remedio que la *equity* concede para la protección de los derechos (...) es la llamada *injunction*. Ésta consiste en una orden judicial, a fin de que el destinatario de la misma cumpla o se abstenga de cumplir un acto determinado. La *injunction* que manda cumplir un acto determinado (que puede ser un *facere* o un *dare*) se llama *mandatory injunction*; la que contiene una orden de no hacer se llama *restraining* o *prohibitive injunction* (...) La *injunction* es permanente cuando es acordada en la sentencia definitiva. Pero el tribunal de *equity* puede, asimismo, acordar *injunctions in limine litis*, a título cautelar o durante la tramitación del juicio (...) En la sentencia definitiva pueden ser confirmada con o sin modificaciones, y devienen permanentes o perpetuas. Si, por el contrario, no se las confirma, quedan, como se dice, disueltas. Pero aún la *injunction* permanente puede ser judicialmente modificada o revocada cuando las condiciones de hecho o de derecho en que se fundó su concesión cesan o se modifica SERENI, Angelo Piero, “*L’equiti negli Stati Uniti*”, Rev. Trim. Di Diritto e Procedura Civile, 1952, reimpr. en Sudi di Diritto Comparato: I – Diritto degli Stati Uniti, Giuffrè, Milano, 1956, p. 67-147, citado por GARBER, Carlos A., op. cit., p. 45, nota 17.

348 En el derecho anglosajón, la doctrina de las la “*business judgment rule*”: en EEUU: *Gimbel v. Signal Cos.*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974); en Inglaterra: *Companies Act 2006 section 172; Re Smith & Fawcett Ltd [1942]* Ch 304.

2.4.1. Criterios generales

En primer lugar, los remedios estructurales del art. 1713, solo serán aplicables cuando no exista una solución específica y -en particular- derecho de receso³⁴⁹. En segundo lugar, por regla general, previo a su petición el socio deberá haber agotado la vía societaria y haber hecho cuanto estaba a su alcance para prevenir su daño. En último lugar, a la hora de configurar específicamente las obligaciones del art. 1713, serán de provechosa guía para el juez los mecanismos del derecho anglosajón para la aplicación de los *remedies*³⁵⁰.

2.4.2. Criterios referidos a los presupuestos de la acción preventiva

2.4.2.1. Autoría y antijuridicidad

Las conclusiones en nuestro país sobre los supuestos en que se configuran conductas abusivas del mayoritario o minoritario, coinciden con las nociones del derecho anglosajón que definen la *oppression* desde un criterio objetivo de inconducta de la mayoría³⁵¹, resultando por ello útil la casuística elaborada específicamente por sus jueces para aplicar los mecanismos bajo estudio, definiendo especialmente si se ha rebasado el margen de discrecionalidad al omitir medidas razonablemente exigibles en operaciones de cierta dimensión³⁵², en la retención persistente de dividendos³⁵³, en la compra por la sociedad de

³⁴⁹ Cfr. *Matteson vs. Ziebarth*, 242 P.2d 1025, 40 Wash. 2d 286 (1952); *Gaines vs. Long Mfg. Co.*, 67 S.E.2d 350 (N.C. 1951).

³⁵⁰ V.gr., los procedimientos de la *Oregon Business Corporation Act*, § 60.952 y la *Model Business Corporation Act*, § 14.34.

³⁵¹ Sea como una violación a los deberes generales de probidad y diligencia esperables de todo socio (*Wrongful Conduct*), o como la violación de los deberes fiduciarios de fidelidad que tiene la mayoría en el control y administración del patrimonio común (*Breach of Fiduciary Duty*).

³⁵² En este punto reviste relevancia el criterio de “total justicia” exigible a los controlantes. Ver su aplicación en *Tanzer vs. International General Industries Inc.*, 379 A.2d 1121 (Del. 1977), de la Corte de Delaware, y *Katzowitz vs. Sidler*, 249 N.E.2d 358 (N.Y. 1969), de la Corte de Nueva York. Sumado a este criterio, en consonancia al art. 1735 del CCCN, la jurisprudencia anglosajona invierte la probatoria ante la evidencia de ciertas operaciones (cfr. GARBER, Carlos A., op. cit., ps. 54-55, 72 y 79 y ss.).

³⁵³ La jurisprudencia citada en la Nota 32 ha sostenido el principio de la discrecionalidad razonable en su disposición, razonabilidad evaluada –entre otros- según los siguientes parámetros: tiempo sin distribuir las ganancias, las perspectivas del negocio, el destino dado a las ganancias no distribuidas de ejercicios anteriores y -principalmente- el monto de las

las acciones de los mayoritarios³⁵⁴, en la remoción de un minoritario de su cargo de director y empleado de la sociedad³⁵⁵, etc.

2.4.2.2. Daño

En segundo lugar, el art. 1711 del CCCN manifiesta que el remedio procede “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño”. Sin embargo, el principio mayoritario de gobierno, la dinámica negocial y el riesgo asumido en el contrato de sociedad no hacen sencillo determinar cuándo el minoritario puede sentirse legítima y suficientemente amenazado por una conducta de la mayoría que justifique la intromisión judicial. Entiendo que, en este punto, la pauta dada por el código es la “razonabilidad” que deber adjetivar al interés cuya prevención pretende el socio agraviado (art. 1712), razonabilidad que debe ser juzgada según las mencionadas particularidades de la realidad societaria. Aquí también surgen precisiones del derecho anglosajón -especialmente norteamericano- en tanto la pauta mencionada es coincidente al criterio subjetivo de las “*shareholder’s reasonable expectations*” como factor determinante de la *oppression*, definido principalmente en los *leading case Kemp & Beatley, Inc y Topper*³⁵⁶.

Trasvasando dichas construcciones extranjeras a la lógica y términos del derecho patrio, entiendo que el interés “razonable” del socio se encuentra ante la amenaza de sus *reasonable expectations* encarnadas en la causa del contrato de sociedad, tanto en su causa fin como su causa motivo expresa o implícitamente³⁵⁷ considerada (art. 281 CCCN)³⁵⁸. En estos términos, el inte-

ganancias retenidas en relación a parámetros objetivos como el pasivo de la sociedad, el capital de trabajo necesario y el coeficiente de liquidez.

³⁵⁴ En relación a este tema, el célebre fallo de la Corte de Massachusetts en *Donahue vs. Rodd Electrotyping Company of New England, Inc.*, App. Ct. 876 (Mass. 1974), estableció que el estándar general de probidad entre los accionistas es idéntico al que existe en las sociedades de personas.

³⁵⁵ Cfr. *Wilkes vs. Springside Nursing Home, Inc.*, 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (Mass. 1976) u *Zidell vs. Zidell*, cit.

³⁵⁶ Cfr. Moll, Douglas K., *Shareholder Oppression & Reasonable Expectations: Of Change, Gifts, and Inheritances in Close Corporation Disputes*, en *Minnesota Law Review* N° 86, 2001-2002, p. 717; Matheson, John H., op. cit., p. 660.

³⁵⁷ “Solo las expectativas consagradas en entendimientos entre los participantes, expresos o implícitos, deben ser reconocidos por el Tribunal” (Suprema Corte de Carolina del Norte, in re *Meiselman vs. Meiselman*, 307 S.E.2d 551 309 N.C. 279 (1983).

³⁵⁸ La doctrina norteamericana sostiene que existen dos clases de expectativas o intereses: las primeras -identificables con la causa fin del contrato de sociedad- son aquellas

rés del socio será digno de prevención cuando haya sido un factor decisivo o esencial³⁵⁹ en la concertación del contrato de sociedad o su continuación, que además haya sido conocido por los socios co-contratantes o haya debido ser conocido por ellos³⁶⁰, y cuya frustración por la mayoría implique un incumplimiento grave al contrato social que haga irrazonable al minoritario continuar obligado a la decisión mayoritaria o inclusive al propio contrato³⁶¹, aunque opresor haya actuado dentro de la letra de la ley³⁶²; en estas situaciones se impone atemperar la rigidez de la LGS en razón de los especiales elementos personales que intervienen en la estructura de la sociedad cerrada³⁶³.

generales o abstractas que tiene todo socio por el hecho de ser tal, en tanto se encuentran insitas en el propio negocio societario (vgr. la participación en el gobierno de la sociedad o en las ganancias). Las segundas -equiparables a la causa motivo- son aquellos intereses particulares que no existen en la estructura del contrato de sociedad, pero que integran un contrato social determinado cuando han sido causalizados por los socios mediante su consideración expresa o implícita (vgr. retribución por vía de honorarios o salarios por su labor personal en la sociedad, siendo inclusive irrelevante si la sociedad despidió al socio con o sin invocación de justa causa: *Topper*, 433 N.Y.S.2d 359, 364 (Sup. Ct. 1980), *Meiselman vs. Meiselman*, cit.; *Kemp & Beatley, Inc.*, 484 N.Y.S.2d 799, 473 N.E.2d 1173 (N.Y. 1984); *Balvik v. Sylvester*, cit.; y O'NEAL, F. Hodge, "Close Corporations: Existing Legislation and Recommended Reform", 33 Bus. Law 873, 885 (1978)). De modo similar al derecho anglosajón, la actual o futura afectación grave de cualquiera de los dos tipos de intereses subyacentes del socio -como causa fin o motivo- darán lugar a una amenaza de daño que implique un "razonable interés en su prevención" (art. 1712 CCCN).

³⁵⁹ Cfr. 1084 (en especial el inc. c) del CCCN, art. 25 de la Convención de Viena y art. 7.3.1 de los Principios Unidroit. Cfr. *Davis v. Sheerin*, 754 S.W.2d 375, 381 (Tex. App. 1988), siguiendo *Kemp & Beatley*.

³⁶⁰ En cuanto al momento en que debe juzgarse la previsión, me referiré al tratar la relación de causalidad.

³⁶¹ Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, op. cit. p. 1114; también, argumentos del *austrittrecht* en la doctrina alemana.

³⁶² "Un tribunal debe brindar socorro a un accionista minoritario, aún cuando los actos de los administradores o controlantes estén dentro del alcance literal de las facultades o derechos que les concedan las Ley de Sociedades, el acto constitutivo o el reglamento". (O'NEAL, F. Hodge, "Oppression of Minority Shareholders" § 9.04, citado por Supr.Corte de Carolina del Norte in re *Meiselman vs. Meiselman*, cit).

³⁶³ "Al parecer, sin un examen minucioso, los tribunales conceden al principio del gobierno mayoritario la misma santidad en las sociedades comerciales, incluyendo las pequeñas empresas, del que tiene en el mundo político. Sin embargo, no es raro que una persona poco adosada en materia de negocios y finanzas, invierta todos sus activos en una sociedad cerrada con la expectativa -a menudo razonable bajo las circunstancias, incluso en ausencia de un pacto expreso- de qué será un empleado clave en la empresa y que tendrá voz en la toma de decisiones empresariales. Así, cuando los

Finalmente –por la mutabilidad de la causa en las relaciones de duración– será fundamental comprender la evolución de dichos intereses razonables a lo largo de la vida de la sociedad. Ahora bien, sin perjuicio de la importancia que en la jurisprudencia anglosajona brinda a este aspecto³⁶⁴, el derecho argentino ha condicionado la consideración de dichas mutaciones al actuar doloso de la mayoría, según se referirá a continuación³⁶⁵.

2.4.2.3. Relación de causalidad

Por último, existen también algunas notas dignas de resaltar en la relación de causalidad exigida en la función preventiva. Justamente, debe atenderse a que “la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes”, y que “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”³⁶⁶. Para ello, atendiendo a la dimensión contractual de la sociedad, debe estarse a la novedad –también anglosajona– introducida por el art. 1728 del CCCN, según el cual la única amenaza de daño que se encontrará en relación de causalidad adecuada con el acto generador, será la referida a aquellos intereses razonablemente tutelables que hayan sido o podido ser previstos por los socios al momento de contratar, salvo que la conducta del responsables sea dolosa, en cuyo caso la previsión se juzgará al momento del actuar antijurídico, comprendiendo en tal caso las expectativas que se conocían o debían conocerse al tiempo de la acción u omisión antijurídica³⁶⁷.

tribunales aplican el principio del gobierno mayoritario en las sociedades cerradas, a menudo frustran las expectativas razonables de los participantes”. (O’NEAL, F. Hodge, “*Oppression of Minority Shareholders*” § 9.04).

³⁶⁴ “Estas ‘expectativas razonables’ deben ser descubiertas examinando íntegramente la historia de la relación de los participantes. Dicha historia incluirá las ‘expectativas razonables’ creadas en la formación de la relación de los participantes; aquellas según se fueron alteradas en el tiempo; y las ‘expectativas razonables’ que se desarrollaron a medida que los participantes se fueron vinculando en el curso de las negociaciones necesarias para la conducción de los asuntos sociales.” (Suprema Corte de Carolina del Norte in re *Meiselman vs. Meiselman*, cit.)

³⁶⁵ Sin perjuicio de ello, la heterogénea legislación y jurisprudencia anglosajona es pragmática y poco sistemática respecto a la intención dolosa, manifestando a veces en forma expresa su innecesaridad y, otras tantas, tomándola expresa o implícitamente como un extremo imprescindible.

³⁶⁶ Fundamentos, p. 218.

³⁶⁷ Pese a la regla expuesta, la habitual actuación dolosa de los abusos de mayorías o minorías demostrada por la casuística tribunalicia, da cuentas de que será de aplicación más frecuente la excepción que la regla

3. Consideraciones finales

La novedosa disposición del art 1713 del CCCN, quizás más afín a los sistemas del *common law*, es una herramienta poderosa que descansa en el criterio judicial y que exige aggiornar la tradición argentina a soluciones normativas abiertas y eficaces a la hora de afrontar complejos escenarios. Entiendo que este mecanismo permitirá llevar una justicia a medida a cada uno de *los casos*³⁶⁸ de conflicto societario en sociedades cerradas -claro está- siempre que el juez no tema asumir el rol determinante que le ha encomendado la reforma.

³⁶⁸ Cfr. art. 1 CCCN.