

REPARACIÓN DE LOS DAÑOS INDIRECTOS AL SOCIO POR EL OBRAR ILICITO DE LOS FUNCIONARIOS SOCIALES

GABRIEL ALBERTO CARLINI

PONENCIA

Para el ejercicio de la acción social minoritaria y de la acción individual de responsabilidad contra los funcionarios de la sociedad, el socio se debe encontrar legitimado para reclamar el daño indirecto, representado por el menoscabo en su participación societaria y sus expectativas de obtener ganancias a través de la actividad de la sociedad.

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

A modo introductorio diremos que la legislación societaria organiza distintas acciones de responsabilidad contra sus funcionarios,

que pueden ser ejercidas por la propia sociedad, sus socios, o terceros que se vieran afectados por el obrar ilícito de aquéllos.

Pasamos a referirnos en primer lugar a las correspondientes a las sociedades por acciones:

1. *Acción social mayoritaria de responsabilidad* (art. 275 LS), decidida en asamblea por la mayoría, lo cual importa la remoción del administrador y su reemplazo. La misma puede ser ejercida por cualquier accionista si la sociedad no la hubiese iniciado dentro del plazo de tres (3) meses de la fecha del acuerdo (art. 277 LS).

2. *Acción social minoritaria de responsabilidad* o *uti singuli* (art. 276 LS), ejercida por los accionistas que representen el cinco por ciento (5 %) del capital social y hubiesen manifestado en asamblea su oposición a la extinción de responsabilidad. En este caso, deberán impugnar también la decisión desestimatoria de la asamblea¹ en el caso de que ésta hubiese aprobado una resolución no haciendo lugar a la acción social de responsabilidad.² Implica también la remoción de los administradores.

3. *Acción individual de responsabilidad* (art. 279 LS), que puede ser promovida por cualquiera de los socios y los terceros.

Respecto de las sociedades de personas, colectiva, en comandita simple, de responsabilidad limitada y de capital e industria, la responsabilidad del administrador se encuentra regulada por el art. 59 LS. Puede ser promovida la *acción social de responsabilidad* por decisión de la mayoría (arts. 131, 139 y 145 LS), lo cual importa la remoción del administrador (si por disposición del contrato social requiere justa causa -art. 129- debe acudirse al procedimiento de designación de un administrador *ad hoc*, previsto en el art. 91). Si una vez decidida la misma no es promovida en el término de tres meses cualquier socio puede entablar dicha acción. Opina Otaegui³ que sin perjuicio de ello, cualquier socio puede promover la acción social de responsabilidad con fundamento en lo dispuesto en el art. 129 LS que autoriza a cualquier socio a instar la remoción con justa causa del administrador.

¹ OTAEGUI, JULIO C., *Administración societaria*, Ed., Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., p. 393, con cita del HALPERIN., ISAAC T., *Sociedades anónimas*, Ed. Depalma, Bs. As., 1974, *ob. cit.*, p. 458; CN Com., Sala B, 15/12/89, E.D., 141, p. 127.

² OTAEGUI, JULIO C., *ob cit.*, p. 394.

³ OTAEGUI, JULIO C., *ob cit.*, p. 384.

Caben también las acciones *individual* que puede ejercer cualquier socio o un tercero y las acciones *concursoales* de responsabilidad.

1.2.- EL DAÑO

El daño, en estos casos, comprende la afectación del interés de la sociedad, el socio o el tercero perjudicado por el obrar ilícito del administrador societario. Según sea la persona afectada, variará la acción.

El régimen de responsabilidad extracontractual, comprende el daño material y el daño moral, en tanto que en el régimen de responsabilidad contractual, el daño moral “puede” ser indemnizado (art. 522 Cód. Civil), solución que parte de la doctrina considera que no es aceptable⁴, sosteniendo que en la medida en que el daño moral es reclamado y probado, debe ser siempre reparado en cualquiera de ambos regímenes.

2.- DAÑO DIRECTO E INDIRECTO

Un problema que se plantea respecto al daño indemnizable, en lo que refiere a las acciones *social minoritaria* e *individual*, es qué daño corresponde indemnizar. Cuando la afectada es la propia sociedad no caben dudas que estas es la damnificada directa; pero cuando lo son los socios su perjuicio es indirecto dado que repercute sobre sus patrimonios en la medida que afecta su expectativa de ganancia en relación a su participación en la sociedad.

Uniformemente se sostiene hasta ahora que la acción social minoritaria, en caso de resultar procedente, beneficia a la sociedad, ya que es a ésta a quien debe ingresar la indemnización correspondiente.

Respecto a la acción individual ejercida por el socio, la doctrina mayoritaria considera que sólo puede tender a reparar los *daños directos* ocasionados a los socios o terceros, pero no los *daños indirectos*.

⁴ RIVERA, JULIO CÉSAR, *Responsabilidad civil del síndico societario*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1986, p. 34, nota n° 29, con cita de KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Comentario al art. 1069”, en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Augusto C. Belluscio, dir. – Eduardo A. Zannoni, coord., Bs. As., 1984, t. V, n° 8, p. 42.

tos por el menoscabo del patrimonio social,⁵ lo cual sólo lo podría hacer en el caso de que el accionar del administrador derive en un delito del derecho criminal (art. 1079 Cód. Civil) que autoriza al reclamo a aquél que hubiese sufrido aunque sea de una manera indirecta. La jurisprudencia en general ha entendido que la acción individual se refiere a los daños concretos que el accionista reciba personalmente, sin que pueda computarse como tal la parte proporcional que le corresponda en el daño causado al patrimonio de la sociedad, ni daños indirectos producidos por la afectación del patrimonio de la sociedad.⁶ Así las cosas, el actual régimen desalienta al socio minoritario a que ejerza las acciones de responsabilidad contra los funcionarios societarios: la acción individual cuenta con una reducida esfera de aplicación, al limitarse a los casos en la conducta antijurídica de los administradores hayan causado un daño al patrimonio personal de los accionistas o terceros.⁷

En sentido contrario opinó en su momento Rivera, quien sostuvo que el accionista puede invocar el daño indirecto consistente en la pérdida o disminución de la expectativa de ganancia en caso de que no se haya ejercido la acción social⁸ y Nissen, en su ponencia presentada ante el Congreso de Derecho Societario de Mar del Plata de 1995.⁹

3.- NUEVAS RESPUESTAS NORMATIVAS

3.1. EL ART. 75 DEL DECRETO 677/01

En lo que refiere al ejercicio de la acción social de responsabili-

⁵ Zaldivar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo - Rovira, Alfredo - San Millán, Carlos, *Cuadernos de derecho societario*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1980, T I, Lexis 3501/002117.

⁶ CNCom., sala E, 11 de marzo de 1991, L.L., 1991-B, 1417; CNCom., sala B, 15 de diciembre de 1989, L.L. 1990-C, 102; CNCom., sala E, 11 de marzo de 1991, L. L. 1991-B, 1417, ED, 150-253; CNCom., sala E, 31 de octubre de 1991, I, 1992-B, 1583; CNCom., sala B, 6 de agosto de 1990, L.L., 1990-B, 2586; CNCom., sala A, 10 de junio de 1997, L.L., 1998-A, 187; más recientemente, CN Com., Sala A, 22/10/99, "Gatti, Ernesto Horacio y ot. c/ Bulad, Alfredo Ragueb s/ Sumario", Rev. de las Sociedades y Concursos, N° 5, p. 64, con nota de GAGLIARDO, MARIANO.

⁷ Otaegui opina que por razones prácticas sólo son utilizables en los casos de responsabilidad por la función de representación y cogestión societaria. *Ob. cit.*, p. 395.

⁸ *ob. cit.*, p. 70.

⁹ NISSEN, RICARDO A., *Ponencia al VI Congreso de Derecho Societario*, Libro de Ponencias, Mar del Plata 1995, t. I, p. 277. En igual sentido, JUNYENT BAS, FRANCISCO, *Responsabilidad civil de los administradores societarios*, Ed. Advoctatus, Córdoba 1998, p. 189.

dad, una solución distinta se encuentra actualmente prevista por el art. 75 del Dec. 677/01, que dispone que la misma podrá ser ejercida por el accionista para reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento del daño total sufrido por ésta o *para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio.*

3.2. EL PROYECTO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Similar es el criterio seguido en el actual proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales elaborado por la Comisión creada por Resolución N° 112/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:

"ARTÍCULO 277.- (...)

Cuando la acción social se ejerce por los accionistas, pueden demandar el total del perjuicio sufrido por la sociedad o la sola proporción del daño que corresponde a su tenencia, caso éste en el que la indemnización ingresará directamente a su patrimonio. Si la demanda es por el total del daño, el administrador puede poner fin al proceso allanándose al pago del perjuicio indirecto sufrido por los actores en el plazo fijado para la contestación de la demanda".

4.- CONCLUSIONES

Nos inclinamos a preferir esta última solución, es decir la posibilidad de reclamos del daño indirecto sufrido por el socio, tanto dentro del ámbito de la acción individual como de la acción social minoritaria ejercida por los socios que representen el cinco por ciento (5 %) del capital social (art. 276, seg. parr. LS) y, en tal sentido, entendemos que debería reverse la postura tradicional no sólo por su practicidad como afirman los autores del proyecto¹⁰, sino porque contempla una

¹⁰ ANAYA, JAIME LUIS, *Lineamientos del anteproyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales*, L.L., diario del 2 de diciembre de 2003, p. 1/5.

más adecuada protección al socio minoritario y porque no advertimos que la calidad de “indirecto” del perjuicio resulte ser un reparo legítimo en tanto se encuentre afectado un interés personal.

Entendemos que el menoscabo sufrido por el socio en forma particular en su participación patrimonial y expectativa de ganancia en la sociedad, en la medida que éstas se vean perjudicadas, es un interés que merece tutela jurídica y que debe ser atendido, en el caso de la acción social minoritaria cuando la propia sociedad no asuma el ejercicio de las acciones de reparación, y siempre cuando se reclame por vía de la acción individual.

Si la persona jurídica tiene un fin meramente instrumental¹¹ y prescindimos de una conceptualización esencialista, limitando la misma a sus “condiciones de uso”¹², no encontramos razonable mantener la división entre perjuicio directo o indirecto ya que el daño siempre repercutirá en definitiva sobre el patrimonio del socio afectado, ni extender los beneficios de la limitación de responsabilidad de los funcionarios más allá de lo que corresponde a un legítimo ejercicio de los derechos de socio y de la función.

El interés simple del accionista, que se traduce en una expectativa o chance de obtener una ganancia de la explotación de la sociedad, merecen tutela jurídica. Al decir de la doctrina civilista, “parece de absoluto rigor aceptar que la privación, a consecuencia de un hecho dañoso, de expectativas que el damnificado mantenía hasta su acacamiento en el ejercicio del *agere licere*, encuadra en una interpretación funcional del artículo 1068, Código Civil”.¹³

Por otra parte, si esta es la solución expresamente adoptada para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, ya no encontramos sustento para negarle legitimidad para reclamar por el daño indirecto sufrido al socio de una sociedad común.

¹¹ FARGOSI, HORACIO P., *Nota sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica*, L.L., 1988-E, Sec. doctrina, p. 796.

¹² GALGANO, FRANCESCO, *Delle associazioni*, p. 15 y 18, *Diritto Commerciale. La società*, Bologna, 1986; FERRI, GIUSEPPE, *La società*, Torino, 1985, p. 149, citados POR MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Breves estudios societarios. La responsabilidad de los administradores sociales hoy*, L.L., 1997-A, Sec. Doctrina, 1082

¹³ ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil*, en La Responsabilidad (homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg), Alterini, Atilio A., director; López Cabana, Roberto M., coord., Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, Lexis, N° 1009/001458.