

ALGUNAS CUESTIONES CONFLICTIVAS EN MATERIA DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Alberto Antonio Romano

Síntesis

1. El accionista que votó en contra de la aprobación de la gestión de los administradores queda legitimado a promover la acción social de responsabilidad, no siendo necesario que exista una decisión asamblearia que así la disponga. Y se encuentra legitimado a promoverla cualquiera fuere el porcentaje de su participación social.

Si la asamblea decide extinguir la responsabilidad de los administradores (art. 275 de la L.S.C.), y no hay oposición o la oposición es inferior al 5% del capital social, a pesar de que hay violación de la ley, del estatuto o del reglamento, una nueva asamblea puede revocar las decisiones nulas adoptadas por la anterior que no han sido impugnadas judicialmente.

Si los administradores que son accionistas o socios no pueden votar cuando se trata su gestión, tampoco pueden votar la moción por la cual se pretende tratar la gestión de los administradores como punto conexo con la consideración de los estados contables.

2. La acción individual de responsabilidad comprende los daños directos e indirectos sufridos por el accionista.

I. Los administradores y los negocios sociales

Las interpretaciones que se hacen sobre cualquier régimen legal, la aplicación de las normas contenidas en el mismo, deben abordarse partiendo de la realidad sobre la que se van a aplicar y los valores a proteger. En relación con esto, cabe señalar que nosotros contamos con una gran cantidad de sociedades anónimas con un alto contenido personalista y un muy pequeño número de sociedades que cotizan

sus acciones en la bolsa; entre las que cotizan, muy pocas son de capital disperso y con cotización directa, encontrándose generalmente un porcentaje importante del capital social en cabeza del controlante ⁽¹⁾. Esta es una realidad que nos acompaña desde hace muchos años en las sociedades anónimas argentinas.

Si analizamos la composición de las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada existentes en nuestro país (que actualmente son lo tipos legales usados por los operadores), se concluye fácilmente que nos encontramos con empresas en las que los accionistas y los socios controlantes aparecen ocupando directa o indirectamente a través de terceros que responden a ellos, la mayoría de los cargos en el órgano de administración. Ante la existencia de un grupo de control o un control compartido, quien o quienes controlan designan a los integrantes del órgano de administración y, ellos mismos o terceros que suelen comportarse como simples mandatarios de éstos, ocupan dichas cargos. En consecuencia, la presencia de administradores independientes ⁽²⁾ como contrapeso del poder que tienen los administradores que representan al controlante, y que se presenta como una útil herramienta en pos de la eficiencia de la administración ⁽³⁾, aparecen escasamente en nuestra realidad empresaria.

Por otro lado, es indudable que el poder se instala en quienes administran más allá de las dimensiones y características de cada compañía, concentrándose el mismo en distintas personas, directores o no, según la realidad de cada una. No es una característica exclusiva

(1) Odriozola, Carlos S., "La sociedad anónima actual", E.D., 206-885.

(2) Confr. Olivencia Ruiz, Manuel, "Managers Revolution -Independents Counter- Revolution" en *Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 2.186 y ss., quien resalta la aceptación general en el mundo anglosajón de que el Board se beneficia de esa combinación entre la "amplitud de miras" de los consejeros independientes y la profundidad de conocimientos de los ejecutivos de la compañía (p. 2.189).

(3) En relación a la composición de los cuerpos directivos, dice Galgano: "... La filosofía de nuestro siglo es que los directivos no propietarios, precisamente porque no arriesgan nada, son más propensos a la innovación y garantizan mejor que los propietarios el éxito de la empresa..." (Galgano, Francesco, "El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas", en *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, p. 73).

de grandes compañías que el poder se encuentre en quienes administran, sino que también se presenta en la pequeña y en la mediana empresa. Este evidente poder debe tener como contrapartida una responsabilidad acorde al ejercicio del mismo. Y para que dicha responsabilidad no sea solo programática es necesario no dificultar los mecanismos de protección generados a través de las acciones de responsabilidad.

II. Cuestiones atinentes a la acción social de responsabilidad

La ley exige que exista una decisión asamblearia que disponga la promoción de la acción de responsabilidad para que la misma sea ejercida por la sociedad (art. 276, primer párrafo, de la L.S.C.). Pero tal recaudo, no es exigible cuando el sujeto legitimado es el accionista, que sólo tiene la carga de votar negativamente la aprobación de la gestión de los administradores. Una interpretación sistemática de los arts. 275 y 276 permiten concluir en tal sentido ⁽⁴⁾.

Además, si para promover la acción social de responsabilidad se le exige al accionista que cuente con una decisión asamblearia que así lo disponga, concluiríamos que el legislador ha reservado ello, para supuestos escasísimos, de excepción en nuestra realidad societaria, como lo son aquellos en que los órganos de administración están integrados por terceros ajenos a los accionistas controlantes. Como dijimos en el punto 1 de este trabajo, generalmente, los administradores son los propios accionistas controlantes o terceros que prácticamente se comportan como mandatarios de aquellos (siguen las instrucciones del accionista o accionistas controlantes). Consecuentemente, es impensable que ellos adopten una decisión en tal sentido.

Por otro lado, pensamos que el requisito del 5% que exige el art. 275 de la L.S.C. es al solo efecto que no se opere el *quitus*, es decir, la

(4) Confr. Reggiardo, Roberto S., "La acción individual de responsabilidad en el proyecto de reforma y el resarcimiento al accionista por daño al patrimonio social" en *Análisis crítico del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales*, Lexis Nexis, 2004-II, número especial, p. 192.

extinción de la responsabilidad de los administradores por parte de la asamblea, ante la oposición de accionistas que representan dicho porcentaje del capital social. El art. 276, segundo párrafo, de la L.S.C. no requiere que el accionista que promueve la acción social de responsabilidad sea propietario de acciones que representen al menos el 5% del capital social. Tal exigencia que impone calificada doctrina no se corresponde con la letra de la ley. Una y otra norma tratan aspectos diferentes de la acción social, por lo que no deben necesariamente coincidir respecto el punto en cuestión. Además, habiendo mediado la oposición aludida, resulta disvalioso no legitimar a un accionista propietario de acciones que representan un porcentaje inferior al 5% del capital social.

Si la asamblea decide extinguir la responsabilidad de los administradores (art. 275 de la L.S.C.), y no hay oposición o la oposición es inferior al 5% del capital social, a pesar de que hay violación de la ley, del estatuto o del reglamento, una nueva asamblea puede revocar las decisiones nulas adoptadas por la anterior. Inaplicabilidad de la teoría de los actos propios.

No creemos que por haberse resuelto extinguir la responsabilidad de los administradores, la sociedad se encuentre imposibilitada de tratar ese tema en una nueva asamblea. Esta puede revocar las decisiones sociales nulas.

La revocación prevista en el art. 254, segundo párrafo, de la L.S.C. no impide la celebración de una nueva asamblea que revoque las decisiones sociales nulas no impugnadas judicialmente⁽⁵⁾. Es decir, una decisión asamblearia nula puede ser revocada por una decisión asamblearia posterior, la que puede disponer que la revocación tenga efecto retroactivo⁽⁶⁾, salvo respecto de los terceros de buena fe. Más aún, como regla general en materia de decisiones asamblearias, puede

(5) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 4, p. 211; Manóvil, Rafael M., "Revocación y confirmación de resoluciones asamblearias impugnables. Efectos y ejecución de la sentencia que declara su nulidad. Responsabilidades» en *Derecho societario y de la empresa*, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario, t. II, p. 361, Advocatus, Cba., 1992.

(6) En este sentido, considerando que es imposible eliminar, verdadera y propiamente una acto sin operar retroactivamente, puede verse Chiomenti,

concluirse que el hecho de tratarse un tema y adoptarse una decisión social sobre el mismo, no impide un nueva consideración por una asamblea posterior, cuyo objeto sea revocar la decisión social nula (no impugnada judicialmente) adoptada en la primera.

La conclusión arribada en el párrafo precedente no implica violación de la teoría de los actos propios. Las razones que nos llevan a concluir de dicha manera son la siguientes: a) es lícito realizar un acto contrario al anterior cuando la conducta primera es contraria a la ley o inválida ⁽⁷⁾; b) la regla *venire contra factum proprium non valet* es residual, y por ende no se aplica si la ley expresamente permite una conducta contradictoria ⁽⁸⁾, lo que entendemos sucede en el caso en cuestión, atento la manera en que interpretamos el art. 254, segundo párrafo, de la L.S. C.

El art. 276 de la L.S.C. dice que la asamblea puede disponer la promoción de la acción social de responsabilidad aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La consideración de los estados contables prevista en el orden del día de las asambleas de cierre de ejercicio, permite tratar la gestión de los administradores ⁽⁹⁾ y la promoción de la acción social de responsabilidad, por ser estos dos últimos temas puntos conexos con aquél. Es que la asamblea tiene competencia para deliberar y decidir válidamente sobre todo asunto relacionado, conectado o derivado de un punto comprendido en el orden del día ⁽¹⁰⁾. Si los administradores que son accionistas o socios pueden votar al considerarse los estados contables (art. 72 de la L.S.C.), y no pueden hacerlo cuando se trata su gestión (art. 241 L.S.C.) ⁽¹¹⁾, tampoco

Filippo, *La revocación de las decisiones assemblearias*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, p. 78.

(7) Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 68 y ss., y p. 95, con citas de Nissen y Compagnucci de Caso.

(8) Borda, Alejandro, op. cit., p. 97.

(9) CNCom., Sala C, 30/5/1985, "Martínez de Quintas, Elisa E. y otros c/ Quintas S.A.", L.L., 1985-D-496.

(10) Farina, Juan M., *Tratado de sociedades comerciales. Parte Especial II-B. Sociedades anónimas*, Zeus, Rosario, 1980, p. 176 y s.; Martorell, Ernesto E., *Sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 1988, p. 278.

(11) CNCom., Sala B, 4/2/05, "Errecart, Susana L. c/ La Gran Largada S.A. y otros", L.L., 2004-C-442.

pueden votar la moción por la cual se pretende tratar la gestión de los administradores como punto conexo con la consideración de los estados contables. El cumplimiento de la inhabilitación para votar sobre la aprobación de su gestión prevista en el art. 241 de la L.S.C., la preservación del contenido moralizador de dicho dispositivo, imponen concluir de tal manera.

III. La acción individual de responsabilidad

El problema más serio que acarrea la acción individual no se encuentra sustentado en la norma que la prevé (art. 279 de la L.S.C.), sino en la manera que cierta corriente doctrinaria ⁽¹²⁾ la interpreta y que en general la jurisprudencia la aplica ⁽¹³⁾. En concreto, éstos consideran que para promoverla el accionista debe probar haber sufrido un daño específico, un perjuicio personal y directo en su patrimonio distinto del daño genérico e indirecto que deriva del menoscabo del patrimonio social. Por tanto, para quienes así opinan, todo daño genérico que afecta al accionista y que repercute en el

(12) En este orden de ideas dice Halperín: "... *Esta acción individual se refiere a daños que reciba personalmente o como integrante de una clase de acciones (esto es, no es un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que soporta la sociedad y de la misma naturaleza que la de todos los demás accionistas... la acción social y la acción individual se diferencian por el carácter general o especial del perjuicio sufrido...*" (Halperín, Isaac y Otaegui, Julio C., *Sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., ps. 557 y 560). Conf. Mascheroni, Fernando y Muguillo, *Régimen jurídico del socio*, Astrea, Bs. As., p. 123; Martorell, Ernesto E., *Los directores de sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., p. 424 y s.; Zaldívar, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., vol. III, p. 665, señalando como ejemplo típico aquél que por un balance falso, compra o vende acciones de la sociedad a un precio inferior o superior al que hubiere correspondido.

(13) CNCom., Sala B, 20/10/99, "Rivas, José c/ Calvo y Rodríguez, José Antonio y otros s/ Sumario", en *Revista de las Sociedades y Concursos*, número 3, marzo/abril 2000, Ad-Hoc, p. 59 y sig.; CNCom., Sala A, 22/10/99, "Gatti, Ernesto Horacio y otro c/ Bulad, Alfredo Ragueb s/ sumario" en *Revista de las Sociedades y Concursos*, número 5, julio/agosto 2000, Ad-Hoc, p. 67 y sig.; CNCom., Sala C, 18/4/96, "Gómez, Humberto c/ Confitería Los Leones S.A. y otros", en L.L., 1997-B, p. 13, y *passim*.

patrimonio social, sólo se canaliza a través de la acción social; y la acción individual es la vía para obtener el resarcimiento del daño directo e inmediato que el accionista padece en su patrimonio, distinto del que indirectamente sufre a través de la afectación del patrimonio social. Es decir, para esta corriente de opinión, la acción individual sólo persigue el resarcimiento de los daños directos y personales sufridos por los accionistas, pero no el de los perjuicios indirectos que serían los que derivan del menoscabo del patrimonio social a pesar que no se hace tal distinción en el texto legal. Indudablemente, se ve afectada la eficacia de la acción individual de responsabilidad con tal interpretación.

Por nuestra parte adherimos a la doctrina que considera que tal mecanismo de protección puede ser activado ante cualquier tipo de daños (directos e indirectos) que sufra el accionista ⁽¹⁴⁾. Resulta necesario dejar de lado las cortapisas que cierta doctrina y jurisprudencia le han impuesto a la acción individual de responsabilidad, que como dijimos, la ley vigente no prevé.

Por otro lado, una vez más, cabe tener presente la manera en que encuentran integrados generalmente los órganos de administración de sociedades que operan en nuestro medio. En tal contexto, la acción social de responsabilidad se convierte, generalmente, en un mecanismo ineficaz para el accionista minoritario. Es que después de tramitar un largo juicio, el resarcimiento se incorpora al patrimonio social, que será siendo administrado por el o los accionistas controlantes o por terceros de confianza del grupo controlante.

Finalmente, señalamos que la tesitura propuesta en este punto es conteste con lo previsto en la materia por el Régimen de Oferta Pública, el cual facilita el resarcimiento de los daños sufridos por los accionistas por las acciones u omisiones de los administradores. El

(14) Confr. Gagliardo, Mariano, "Tutela jurídica individual del accionista", en Revista de las Sociedades y Concursos, número 5, julio/agosto 2000, Ad-Hoc, p. 83 y ss.; Nissen, Ricardo A., *Ley de...* cit., t. 4, p. 410 y ss.; Varela, Fernando, "La acción individual de responsabilidad del art. 279 de la L.S.C. y los recaudos para su promoción", en Revista de las Sociedades y Concursos, número 3, marzo/abril 2000, Ad-Hoc, p. 61 y ss.; Reggiardo, Roberto S., op. cit., p. 193.

art. 75, primer párrafo, de la ley 17.811, con su última modificación, introduce la posibilidad de que a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad, el accionista reclame el resarcimiento del daño parcial (indirecto) sufrido en proporción a su participación social, en cuyo caso la indemnización ingresa a su patrimonio. Esta disposición, sancionada con posterioridad a la ley de sociedades, sustenta la interpretación que sostenemos del art. 279 de la L.S.C. No hay razón alguna para facilitar en tal caso el ingreso de la indemnización al patrimonio del accionista, y dificultarlo cuando se trata de un accionista de una sociedad comercial no comprendida en dicho régimen, que pretende lo mismo ante el ejercicio de la acción individual.