

ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Daniel E. Balonas

Ponencia

De *lege lata* debería admitirse la acción individual de responsabilidad (art. 279) por daño indirecto al patrimonio del accionista en la medida en que la mayoría se ha negado a iniciar la acción social de responsabilidad. De *lege ferenda*, y para clarificar la cuestión, sería conveniente implementar para todas las sociedades un régimen similar al que prevé para las sociedades cotizantes el art. 75 del decr. 677/01, ampliando la legitimación a quienes no logren la resolución asamblearia.

También de *lege ferenda* se propone eliminar el requisito de participación mínima en el capital accionario que impone el art. 275 de la L.S.C. para oponerse a la aprobación de la gestión y poder iniciar la acción de responsabilidad en contra de la mayoría.

1: Introducción

Nuestro régimen societario ha previsto dos modos de hacer efectiva la responsabilidad en que puedan incurrir los administradores de sociedades sin socios con responsabilidad ilimitada: La acción social de responsabilidad (art. 276) y La acción individual de responsabilidad (art. 279).

El primer supuesto se da para el caso en que el daño se ha producido directamente en el patrimonio social, y en beneficio de éste. El segundo, para el caso de daño directo al patrimonio de accionistas y terceros y en provecho de estos últimos.

En el caso de la acción social, una limitación a su inicio suele ser la falta de participación suficiente, cuando el minoritario no reúne el 5 % (cinco por ciento) del capital que la ley exige para oponerse a la aprobación de la gestión y con ello lograr la legitimación supletoria que otorga el art. 275 L.S.C..

Las limitaciones en la acción individual han venido de una interpretación jurisprudencial extremadamente rígida en cuanto a la necesidad de acreditar un daño directo al patrimonio de quien inicie la acción, requisito que no surge de la ley.

No comparto semejantes limitaciones a las acciones de responsabilidad.

Se trata de juicios de conocimiento, con amplitud probatoria, que buscan que se haga efectivo el principio general de derecho reflejado en el art. 1109 del Código Civil.

Un adecuado tratamiento legislativo del derecho constitucional de acceso a la justicia no debería limitar el inicio de tales acciones. No puede la ley propiciar la no aplicación del principio de reparación del daño por quien lo causó, no por falta de prueba, sino por imposibilidad de cumplir con exagerados requisitos de admisibilidad de las mismas.

2. La acción social de responsabilidad

La Ley de Sociedades, con razonable criterio ha delegado en la asamblea la potestad de decidir si se inicia o no la acción social de responsabilidad.

Tal legitimación pasa a los accionistas sólo en el caso que representen por lo menos el 5 % del capital y se hayan opuesto a la decisión de no iniciar acción de responsabilidad, o bien si decidido el inicio de la acción, el directorio no cumple con tal mandato.

Como ya anticipé, no comparto que sea exigible un porcentaje mínimo de tenencia accionaria para ejercer tal acción.

No puede soslayarse que el gobierno de las sociedades corresponde a las mayorías y por ende cuando cualquier persona se incorpora a una sociedad comercial sabe que se está sometiendo a dicho régimen.

En virtud de tal principio, muchos de los derechos consagrados en la Ley de Sociedades Comerciales requieren para su ejercicio la tenencia de un porcentaje mínimo de capital. Y el fundamento de tal requisito es que, en la medida que el derecho individual de cada accionista puede contraponerse al interés social e incluso afectar la actividad de la sociedad, resulta razonable limitar el ejercicio a quienes, individual o colectivamente, tengan una mínima participación.

Así encontramos, que para convocar a asamblea judicial o administrativa se requiere un mínimo del 5 % (cinco por ciento) del capital (art. 236 L.S.C.), al igual que para oponerse a la revocación

sin causa del mandato del síndico (art. 287 L.S.C.) o para que el socio comanditario solicite la remoción judicial con causa del administrador de la S.C.p.A. (art. 319 L.S.C.), un 2 % (dos por ciento) para obtener informes del síndico (art. 294.6 L.S.C.) o hacer que éste investigue denuncias (art. 294.11 L.S.C.), o un 10 % (diez por ciento) para habilitar la fiscalización estatal amplia en sociedades cerradas (art. 301.1 L.S.C.).

En todos los casos, la exigencia mínima atiende al fundamento antes precitado: Que un accionista con participación irrelevante no pueda alterar el normal funcionamiento de la sociedad, regido por el gobierno de las mayorías.

Intencionalmente suprimí del listado la exigencia del art. 275 L.S.C. de que para poder iniciar accionistas la acción social de responsabilidad deban además de haberse opuesto a la decisión en contra de la asamblea, sumar un 5 (cinco) por ciento del capital. Ello por cuanto este supuesto escapa al fundamento general antes mencionado y, a mi criterio, debería ser suprimido.

La acción social de responsabilidad, especialmente cuando es impulsada por accionistas, no debería afectar la actividad social, ya que se trata de un conflicto con los administradores en forma personal.

Las mayorías gobernantes no tendrían razón fundada en el interés social para oponerse a tal acción ⁽¹⁾, y el interés social es el límite legal al gobierno de las mayorías que la misma ley impuso.

Por el contrario, tal acción resulta siempre provechosa a la sociedad, ya que sin afrontar riesgo alguno puede encontrarse con una sentencia favorable que engrose su patrimonio.

Por otro lado, no es congruente la ley cuando no exige participaciones mínimas para acciones como la impugnación de asamblea, eventualmente con medidas cautelares de suspensión de la misma, o el pedido de intervención judicial, que sí afectan y de sobremanera la actividad social, y luego si exigirlo para impulsar acciones sociales de responsabilidad.

(1) Si bien pueden tener razones para oponerse a que la sociedad inicie tal acción, especialmente por la responsabilidad en las costas, no tendrían razón fundada en el interés social para oponerse a que un accionista, o varios de ellos, la inicien.

Se llega al absurdo que un accionista con menos del 5 % (cinco por ciento) de participación en una sociedad tendría legitimación para iniciar una acción de remoción de administradores y solicitar la intervención judicial. Pero aunque resulte ganador en ambas acciones, luego puede no tener legitimación para iniciar las acciones de responsabilidad.

Por esos motivos, es que considero inapropiado el porcentaje mínimo establecido en el art. 275 de la L.S.C., el que, *de lege ferenda*, propongo se deje sin efecto.

3. Acción individual de responsabilidad

El problema de la exigencia jurisprudencial -y doctrinaria- de que exista un daño directo en el patrimonio del accionista para justificar la acción del art. 279 L.S.C. fue tratado en la doctrina, sosteniéndose que no surge del texto de la ley que el daño deba ser directo al patrimonio del accionista para que este disponga de la acción individual de responsabilidad ⁽²⁾.

Pero para hacer más completo este análisis resulta conveniente ver cuales son los argumentos sobre los que se ha construido esa posición imperante de exigir la demostración del daño directo, que en los más de los casos ha sido suficiente para desalentar la acción.

Por un lado se ha dicho que, cuando el daño se ha provocado a la sociedad, la ley prefiere la acción social antes que la individual, ya que en ese caso se ve resarcida la totalidad del daño en el damnificado directo, en vez de sólo una parte en el accionista indirectamente dañado.

Ese argumento es plenamente atendible, pero cede en los casos en que no se inicia la acción social, en general por abusos de una mayoría, o porque el propio administrador omite convocar a

(2) Blanco, Adriana, "Acción individual de responsabilidad", ponencia presentada en el XXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires realizado en Monte Hermoso en junio de 2003. Me remito a la extraordinaria cita que dicho trabajo hace de las posturas asumidas por la mayor parte de la doctrina, y anticipo que suscribo la posición minoritaria en la que se enrola la ponencia.

asambleas, que cuando finalmente se logran en forma judicial, pueden encontrarse con la acción ya prescripta.

También se ha dicho que si se iniciaran distintas acciones individuales, en vez de la social, se correría el riesgo de que la solución fuera dispar en el caso de cada accionista. Pero ello también ocurre en cualquier caso en que a consecuencia de un hecho haya dos o más damnificados, y no por tal motivo se supedita su acción a que todos se pongan de acuerdo y la inicien en conjunto. Obviamente que la acumulación de todos los expedientes, o al menos su trámite ante un mismo juzgado es lo aconsejable.

Estoy convencido de que la acción individual de responsabilidad debe ser procedente aunque el daño sea indirecto, previa acreditación de que se ha intentado que proceda la acción social, para lo que bastaría con que una asamblea se haya opuesto o que el accionista haya solicitado al directorio -si tiene suficiente participación para hacerlo- la convocatoria a una asamblea con tal punto en el orden del día, o planteado el tema en una asamblea sin lograr resolución al respecto.

Si bien con la negativa de la asamblea se habilita la acción social en cabeza del accionista (si tiene el cinco por ciento previsto en el art. 275 L.S.C.), no se lo puede poner en la obligación de demandar por todo el daño con los riesgos que ello implica, cuando su pretensión es su propio resarcimiento. En todo caso, debe tener ambas alternativas.

En definitiva, la decisión -expresa o tácita- de la mayoría de no instar la acción social habilita la acción individual por el daño indirecto. Y esta afirmación rige aún de *lege lata* ya que la exigencia del daño directo no surge de la ley.

4. El art. 75 decr. 677/01

Esta norma dictada por el ejecutivo con facultades legislativas delegadas, cuya constitucionalidad resulta cuando menos discutible, trae una interesante solución al tema en estudio, que por ahora sólo alcanza a las sociedades cotizantes.

El art. 75 de dicha norma dispone que los accionistas que tengan legitimación para iniciar la acción social de responsabilidad ⁽³⁾ pueden

(3) O sea los que teniendo el mínimo del 5 % se opusieron a la asamblea que decidió no iniciar la acción social, o cuando decidida la acción social el directorio omitió iniciarla.

optar entre iniciarla en la forma prevista en la ley o bien iniciar la acción individual por la proporción del daño que corresponde a su participación.

Como ya anticipé en el punto anterior, comparto la solución propone el decr. 677/01, que sería aconsejable extender al resto de las sociedades, pero contemplando también el caso del accionista que, pese a intentarlo, no logró su legitimación para iniciar la acción social de responsabilidad, ya sea porque no se convoca a asamblea o porque no tiene el porcentaje mínimo previsto en el art. 275 L.S.C..

Por el contrario, no comparto el último párrafo de dicho art. 75, que dispone que iniciada por el accionista la acción social de responsabilidad, el administrador demandado se exonera depositando la porción que corresponde al accionista actor de la totalidad del daño. Ello por cuanto si el accionista decidió —en forma casi altruista-beneficiar el interés social asumiendo los riesgos por la acción social de responsabilidad, no puede el administrador frustrar tal acción que, en definitiva, es la querida por la ley.

5. Conclusiones

Debería derogarse el tope mínimo del 5 % (cinco por ciento) del capital social para tener los derechos que surgen del art. 275 L.S.C. y siguientes.

De *lege lata*, el accionista que tiene legitimación para iniciar la acción social de responsabilidad puede optar por iniciar la individual por el daño indirecto sufrido. De *lege ferenda* debería incorporarse a la L.S.C. una norma similar al art. 75 del decr. 677/01 para clarificar la situación y dotar de tal derecho también a aquel accionista que, pese a intentarlo, no ha logrado obtener la legitimación para iniciar la acción social de responsabilidad.