

ACERCA DE LOS CONCEPTOS DE “PELIGRO GRAVE” E “INTERES SOCIAL”. SU RELACION CON LA ACTUACION DEL ORGANO DE ADMINISTRACION Y LOS INTERESES INDIVIDUALES DE LOS SOCIOS

Jorge A. Bazán

El presente trabajo se centra en los conceptos de “peligro grave” para la sociedad e “interés social”, buscando superar la visión vinculante al cuidado de la existencia de la sociedad, al desarrollo de su objeto, al normal funcionamiento de los órganos, al interés de la mayoría, a la obtención de ganancias; formulando así, una revisión hermenéutica en relación a la actuación de los administradores sociales y a los derechos individuales de los socios.

La noción de “peligro grave” para la sociedad es receptado por la ley 19.550 cuando se refiere únicamente a la exigencia probatoria de los arts. 113 y 114, para el dictado de la medida cautelar de intervención en el seno del órgano de administración, en virtud de actos u omisiones de sus miembros.

Estando, como se dijo, en un terreno cautelar el peligro grave del art. 113 de la Ley de Sociedades contempla también el peligro en la demora del art. 1684 del Código Civil, que según Halperín ⁽¹⁾, aquél reemplazó a este último. También constituye un requisito común al peligro en la demora del Código Procesal, de manera que el ámbito hermenéutico se ve ampliado, perjudicando las posibilidades de definir precisamente el concepto.

Si bien la casuística jurisprudencial ha establecido pautas interpretativas -que su detallado estudio escapa los límites

(1) Halperín, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Depalma, Bs. As., 1972, p. 202.

cuantitativos impuestos para esta presentación- en términos generales se tratan de casos en que, en razón de actos u omisiones de los administradores, se aprecia perjudicado el patrimonio de la sociedad, el funcionamiento anormal de los órganos de ésta, también donde se advierte una afectación grave de la marcha o más aún, de la propia existencia de la sociedad. En definitiva, el bien jurídico a tutelar por los actos de los administradores refiere al ente, descartándose casos de lesiones de derechos individuales o minoritarios, o de intereses particulares de los socios en contraposición con el interés social, tema que me ocuparé más adelante.

Pueden consultarse fallos jurisprudenciales en Verón ⁽²⁾, que si bien hace referencia a diez casos en donde se intenta salvaguardar el interés del socio, de ellos nueve son anteriores a la ley 19.550. También, por el mismo autor en *Tratado de los conflictos societarios*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 455. Por su parte, Horacio Roitman ⁽³⁾ muestra una importante cita de fallos que confirman la idea en punto al *peligro grave para la sociedad* y también el *interés objetivo de la sociedad*.

En honor a la verdad, más allá de las decisiones judiciales en el sentido expuesto, es la propia ley la que ha encorsetado el concepto de "peligro grave" al referirlo exclusivamente a la sociedad cuando expresa en su art. 113: "*Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave...*". El art. 114 también lo trata pero como un requisito del dictado de la medida en los siguientes términos: "*El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad...*".

Siendo ello así, resulta interesante rescatar el Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales del 2005, que reformuló el art. 113 ampliando los supuestos a actos u omisiones de los administradores que, además de poner a la sociedad en peligro grave, "... *nieguen a los socios el ejercicio de sus derechos, así como cuando se susciten conflictos entre socios que comprometan el normal funcionamiento*

(2) Verón, Alberto V., *Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada*, Astrea, Bs. As., 1982, p. 399 y sig..

(3) Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada*, La Ley, Bs. As., 2006, t. II, p. 705.

de la sociedad...". También la Ley de Sociedades uruguaya 16.060 prevé en su art. 184, a más del peligro grave para la sociedad, el supuesto de negación "... a los socios o accionistas el ejercicio de derechos esenciales..."

Vemos entonces como el concepto de "peligro grave" se encuentra constreñido legal y únicamente al que se le pudiera producir a la persona jurídica, pero en forma excluyente a cualquier acto u omisión de los administradores lesivos de derechos individuales o "esenciales" de los socios o al interés particular de ellos.

Esto nos lleva a intentar una definición de "peligro grave" en relación a los actos de los órganos sociales superando de tal forma el que corresponde a la administración, toda vez que el art. 251 L.S. no contempla tal posibilidad, sino que dirige la resolución adoptada por la asamblea a supuestos contrarios a la ley, el estatuto o el reglamento.

Pensamos entonces que dentro de las causales impugnativas de resoluciones assemblearias, se debería contemplar el peligro grave para la sociedad y para los derechos o intereses particulares de los socios. No obstante ello y siendo entonces que, según la ley, el "peligro grave" proviene del seno de la actuación de los administradores, debemos tener en cuenta la norma directriz del art. 59 L.S. en cuanto al obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Esta actuación diligente va más allá del peligro que se le pueda ocasionar solamente a la sociedad; es omnicomprendiva de una conducta no reglada por la ley que encuentra sus fundamentos en el deber de fidelidad del mandatario (art. 1908 C.C.), en el deber de buena fe (art. 1198 C.C.) y en la responsabilidad de un comerciante profesional (art. 902 C.C.).

El Diccionario de la Real Academia Española define peligro en los siguientes términos: *(Del lat. periculum). 1. m. Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. 2. m. Lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño.*

Por nuestra parte y bajo la óptica en estudio, lo definimos de la siguiente manera:

Peligro grave es aquel que en forma eventual o inminente, en razón de actos u omisiones de los órganos sociales, pone en riesgo a la sociedad, a los derechos de los socios y de terceros, como también al interés social e individual de los socios y de terceros.

La definición propuesta apunta también a la responsabilidad social empresaria (R.E.S.), tema que también escapa esta presentación.

Trataremos ahora el interés social, sin detenernos en buscar su exégesis ni epistemología ya que con mucha más autoridad se avocaron a ello autores de la talla de Jaime Anaya ⁽⁴⁾, Gervasio Colombres ⁽⁵⁾, Guillermo Cabanellas ⁽⁶⁾, Mónica G.C. de Roimiser ⁽⁷⁾ y el español Daniel Rodríguez Ruiz de Villa ⁽⁸⁾.

Es un concepto no explicitado en la Ley de Sociedades Comerciales, aunque hace referencia al mismo en los arts. 54: "... la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios..."; 197: "... cuando el interés social lo exija..." dirigido a la limitación o suspensión del derecho de preferencia, y los arts. 248 y 272 en relación al "interés contrario a la sociedad" sea del accionista como del director. Así, a pesar de estas referencias, la ley no le ha dado una sistematización ordenada y orgánica.

Es más por el lado de la jurisprudencia y doctrina que se ha desarrollado el concepto en tratamiento advirtiendo que, al igual que el peligro grave, no contempla en forma particular el interés de los socios. Es en todo caso la teoría contractualista la que más se acerca al interés de los socios pero como un interés común, como la sumatoria de los intereses individuales. "El mínimo común denominador que une a los socios desde la constitución de la sociedad hasta su disolución".

Así, las actividades que conforman el objeto social deberían desarrollarse teniendo en cuenta el interés de la sociedad y no el interés exclusivo de los socios, sostiene esta teoría. He aquí un punto de contacto con el concepto anteriormente tratado: la exclusión de los derechos e intereses de los socios en cuanto tales.

El otro encuentro coincidente, según nuestra posición, es que ambos tienen relación también con el ámbito de actuación del órgano de administración, ya que por lo general la idea de interés social ha

(4) Anaya, Jaime, *Anomalías societarias*, "Consistencia del interés social", Advocatus, Cba., 1996, p. 223 y sig..

(5) Colombres, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, p. 95.

(6) Cabanellas, Guillermo, R.D.C.O., *El interés societario y su aplicación*, Depalma, Bs. As., 1992, p. 577.

(7) Roimiser, Mónica G.C. de, *El interés social en la sociedad anónima*, Depalma, Bs. As., 1979.

(8) Rodríguez Ruiz de Villa, *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*, Navarra, 2002, p. 79 y sig..

sido desarrollada atendiendo al órgano de gobierno, cuando sus decisiones pudiesen atentarse contra aquel y más aún, su vinculación con el interés de la mayoría. Contrariamente la noción de peligro grave es tratada por la L.S. en forma excluyente en la esfera del órgano de administración tal como se vio *supra*.

Sostiene la ya referida teoría contractualista respecto al interés social: la existencia del fin común traducida en la obtención de beneficios como función esencial del contrato de sociedad; el interés que tienen los socios en que mediante la actividad social se logre el máximo de lucro posible, como causa del contrato de sociedad. El interés social es el interés común de los socios tendiente al fin último de la sociedad que es la obtención del máximo lucro posible.

La otra postura corresponde a la teoría institucionalista, sea alemana o francesa, que ve en la naturaleza jurídica de la sociedad una institución y el interés social debe responder a los intereses de la comunidad en general o del Estado o de la empresa en razón del carácter publicístico de las figuras societarias. En la versión estadounidense se aprecia una limitación importante de los derechos de los socios en contrapartida a una mayor libertad en favor de los administradores.

Vemos entonces como todas estas teorías -aun la negatoria de la existencia del interés social que sostiene que el interés es un concepto propio de las personas humanas y no de las de existencia ideal- excluyen al socio en cuanto tal y a sus derechos individualmente apreciados, máxime si se atiende a la minoría cuando el interés social coincide con el interés mayoritario, lo cual no necesariamente ello se cumple así, es decir que interés social no es lo mismo que interés mayoritario.

Podría sostenerse que la diferencia apuntada no resulta original, pues ontológicamente el interés social es un concepto distinto al interés individual en razón de quien lo ostenta, sea que nos enrolemos en las teorías transpersonalista, supraindividualista, institucionalista, contractualista y aun en la negatoria.

Pero lo que nos interesa es resaltar la relación del interés social con la actuación de los administradores y ésta con el interés individual del socio.

Ello así, pues como se dijo, se advierte un tratamiento del interés social en punto al principio mayoritario o al interés de la mayoría, con lo cual nos encontramos en el seno del órgano de gobierno.

También en relación con la idea de que las resoluciones del órgano de gobierno debe cuidar o circunscribirse al interés social.

No obstante, ninguno de los órganos sociales es titular del interés social ya que la noción de interés social es objetiva (no psicológica) y se lo apreciará en concreto, según sostiene Halperín ⁽⁹⁾.

Es decir, los órganos deben actuar persiguiendo el fin último de la sociedad, que es la causa del contrato, o sea la producción o intercambio de bienes o servicios, respetando el interés social y aún el de los socios individualmente, con el objetivo de obtener un beneficio económicamente cuantificable.

En el caso de los administradores, su actuación deberá ceñirse a las disposiciones del art. 59 L.S., esto es, cumplir con el interés social con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

Bajo tales premisas también, deberán respetar los derechos e intereses de los socios como tal, es decir, de los socios considerados individualmente.

Lo apuntado no significa que el administrador debe satisfacer los intereses de cada socios en particular, ya que ello resulta más que utópico, de práctica imposible, pero sí, su actuación debe cuidar de no violar los derechos individuales de los socios en aras del interés social o so pretexto de persecución del mismo.

En otras palabras, los administradores, en ejercicio de sus funciones pueden violar los derechos e intereses de los socios individualmente bajo la invocación de la defensa o procura del interés social, lo que se traduce en un disvalor jurídico.

Anaya ⁽¹⁰⁾ cita un fallo de la justicia de Michigan de 1919 en la causa "Dodge contra Ford" en donde el primero era accionista de la sociedad demandada, la cual presentaba un capital de dos millones y medio de dólares y reservas por ciento doce millones, no obstante distribuía exiguos dividendos. El fallo dijo que "*... la sociedad es constituida y existe únicamente en provecho de sus socios o accionistas. Los poderes de los administradores deben tender a lograr ese objetivo. El poder discrecional de los administradores se debe ejercer en la*

(9) Halperín, Isaac - Otaegui, Julio C., *Sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 1998, ps. 214/216.

(10) Anaya, Jaime, ob. cit., p. 234.

selección de los medios apropiados para realizar ese propósito, pero no alcanza hasta el punto de alterarlo, de reducir los lucros o de no declarar dividendos a los accionistas, con el propósito de destinarlos a otros fines”.

A mi entender, coincido con Colombres, en que “*el concepto de interés social corresponde al ámbito obligacional general*”⁽¹¹⁾. Aunque para este autor, el interés social es ontológicamente ajeno a la normativa societaria, lo cual no sólo no comparto sino que estoy convencido que se encuentra presente en el juego armónico de las normas referidas a las obligaciones emanadas de la actuación de los órganos sociales.

Si la conducta del administrador lo es en favor del interés social pero en contra de los intereses individuales de los socios violando sus derechos le cabe las responsabilidades derivadas de tal actuación. Ergo, el interés social encuentra otros límites, más allá del cumplimiento del objeto social y de la obtención de un beneficio, cuales son las responsabilidades emergentes del órgano y el cuidado de los derechos individuales de los socios.

La premisa axiomática que se propone es la siguiente:

El administrador debe conducirse en procura del interés social, evitando poner en peligro -grave o no- a la sociedad, con lealtad y diligencia, cuidando de no conculcar los derechos individuales de los socios.

Dentro de esos derechos podemos citar, por ejemplo, el de información de los negocios sociales, el de percepción de dividendos, el ejercicio de suscripción preferente, etc..

¿Qué clase de interés social es aquél que viola los intereses individuales de los socios?

No me refiero obviamente a los casos de oposición o voto en contra de la minoría en las resoluciones de las reuniones de socios o asamblearias, o en el seno del órgano de administración en boca del administrador que representa a la minoría, si tal expresión de voluntad ha sido libremente expuesta. Ello no es más que el ejercicio de las reglas de juego del contrato que suscribieron los socios sabiendo que la votación se resuelve por imperio de la mayoría.

(11) Colombres, Gervasio, ob. cit., p. 104.

El interés social comprende la protección de los derechos individuales de los socios pues ellos optaron por la comunidad societaria para allí desarrollar sus propios intereses, cual es el del beneficio económico resultante, asumiendo también el riesgo común traducido en el soportamiento de las pérdidas.

“En realidad -dice Goldschmidt-⁽¹²⁾ el llamado interés de la sociedad no es otra cosa sino el interés individual de perseguir una ganancia mediante una organización común, un interés individual común. De ello se sigue que cada accionista puede, en principio, ejercitar sus derechos según su propia discreción”.

Bajo la óptica propuesta, el interés social importa necesariamente el cuidado del interés individual del socio quien es en definitiva el beneficiario de cumplimiento de aquel.

Si se cumple con el interés social se cumple con el interés individual, más allá del disenso que pudiere tener el socio, pero en la medida que su derecho en la defensa del interés propio no se vea enervado.

En tal contexto, los administradores deberán actuar en procura del interés social cuidando los intereses individuales de los socios, y en tal cuidado se encuentra la protección de los derechos de éstos emergentes del estado de socio, que los coloca a todos en un mismo grado de igualdad de derechos en razón de tal estado.

(12) Goldschmidt, Roberto, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*, Depalma, Bs. As., 1946, p. 41.