

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA APLICACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO EN MATERIA SOCIETARIA

LUIS NIEL PUIG

PROPUESTAS:

1) La norma del artículo 1071 del Código Civil es aplicable a las conductas abusivas en materia societaria.

2) No debe confundirse el acto abusivo con el acto ilícito. Es un acto que nace lícito, permitido por la ley, y que en determinada situación su ejercicio se transforma en irregular, anormal o contrario al interés social.

3) La intencionalidad como el daño, no son elementos caracterizantes del abuso del derecho.

4) El ejercicio que implique desnaturalizar la figura o el fin querido por quienes constituyeron la sociedad, sea por buscar la obtención de un beneficio en provecho propio, o bien obstruir o dificultar el normal funcionamiento de la estructura social, implica un obrar abusivo. Es aplicable también al ejercicio antifuncional de las prerrogativas contenidas en el negocio constitutivo y de las disposiciones legales; la conculcación de la buena fe negocial, el beneficio ilegítimo de la mayoría en perjuicio de la minoría, el abuso en los derechos individuales

del socio o en pactos de accionistas.

5) El abuso por parte de las minorías está comprendido dentro del abuso del derecho y su interpretación es restrictiva y excepcional.

6) Las conductas abusivas deben meritarse en su totalidad, no parcialmente, y dentro del contexto de la vida social.

7) Quien alega el ejercicio abusivo del derecho es quien debe probar.

8) El abuso no se presume.

FUNDAMENTOS:

El derecho societario no escapa a la aplicación de la teoría del abuso del derecho, ya que el ejercicio irregular de un derecho puede darse en innumerables supuestos, por ejemplo, desde el abuso de la personalidad, como a conductas abusivas de la mayoría o de las minorías, las sociedades controlantes (a. 33 L.S.), el agravamiento de las condiciones del ejercicio del derecho de receso (a. 245), el aumento de capital, para citar algunos casos de conductas abusivas.

Constituye una formidable y eficaz herramienta para dar solución a aquellas situaciones derivadas de un anormal ejercicio de un derecho propio, permitiendo al juez resolver situaciones especiales, no resueltas por normas expresas.

Precisamente el art. 1071 conforma un mecanismo, que impide que el Código cristalice el derecho, posibilitando dar soluciones adecuadas a la realidad social actual, donde se privilegia la solidaridad y moral social, desterrando el criterio individualista.

He analizado variados fallos, que por razón de espacio me encuentro impedido de comentar, donde advierto que en algunos de ellos, existe confusión respecto al instituto. Entiendo que quien pretende ejercitar un derecho que no tiene configura un acto ilícito y no un ejercicio abusivo.

Para comprender el acto abusivo es necesario conocer cuando se pasa de la licitud a lo ilícito.

Partiendo de que estamos en presencia de un acto lícito permitido por la ley, en determinada situación, ese ejercicio se transforma en irregular, anormal o contrario al interés social. Esa actuación u omisión hace que el derecho subjetivo del socio deje la licitud para ingresar en la ilicitud en razón de haber violado un deber genérico impuesto por el ordenamiento jurídico al titular de ese derecho.

Al contemplar expresamente la norma jurídica la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, queda este configurado como acto ilícito, caso del art. 1071 del Código Civil. Pero es un acto ilícito especial, de características particulares, que lo diferencian dentro de los actos ilícitos, dado que surge de una conducta lícita al usar irregularmente un específico derecho subjetivo.

El abuso que nos ocupa pone límite al ejercicio, o al no uso del derecho, cuando se agravia un interés, que no tiene una específica protección normativa. Es decir, no se lesiona el derecho subjetivo de otro, sino un interés no protegido por norma jurídica expresa. De estar protegido se produciría entonces, un conflicto de derechos ⁽¹⁾.

Cabe recordar que el comentado artículo 1071 expresa que “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

La reforma de la ley 17.711 al art. 1071 incorporó al derecho positivo la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, pero también implicó la adopción del criterio objetivo al incorporar su segundo párrafo. Se descalifica aquí el ejercicio contrario a los fines que la ley tuvo en miras al reconocer los derechos; se impide el ejercicio contrario al espíritu de la ley.

D) ELEMENTOS DEL EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHOS

Analizaré primero los elementos del acto abusivo y luego sus alcances en el derecho societario.

1) Ejercicio u omisión, de un determinado y preciso derecho subjetivo, objetivamente legal.

2) Conflicto con un interés ajeno no tutelado por norma jurídica específica; interés no incorporado al ordenamiento positivo como típico derecho subjetivo.

3) Ejercicio irregular del derecho por su uso antisocial, inmoral, que entra en conflicto con las normas generales de convivencia social

¹ NIEL PUIG, Luis- Abuso del derecho en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, en Libro homenaje a Alilio Alterini, dirigido por Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Ed. Abeledo Perrot, pág. 1075.

(buena fe, buenas costumbres), repugnando la conciencia colectiva.

4) Daño a un interés ajeno, actual o inminente que se pretende evitar, si bien el mismo constituye un presupuesto del efecto indemnizatorio.

La intencionalidad como el daño, no son elementos caracterizantes del abuso.

Cabe expresar que la antisocialidad en el ejercicio del Derecho puede manifestarse en forma subjetiva, por la intención de lesionar un interés ajeno o la carencia de un fin serio y legítimo; u objetiva, por el desvío del derecho de su función socio-económica, o contraria a la finalidad para la cual fue, formalmente incorporado al ordenamiento positivo.

II) EFECTOS DEL EJERCICIO ABUSIVO

Los principales efectos del ejercicio abusivo de los derechos son:

1) Despojar de toda virtualidad al acto abusivo, neutralizando sus efectos.

2) Complementando lo anterior, como medida preventiva el juez debe arbitrar lo necesario para evitar los efectos del acto abusivo, pudiendo ordenar el cese del acto u omisión abusivo. Es de recordar que el Código peruano de 1984 contempla la acción inhibitoria para evitar que se produzca un daño futuro.

3) Según las circunstancias, la reposición al estado de hecho anterior al acto, solución del Proyecto de Código Unico de 1987 y posteriores proyectos.

4) Rechazar la acción derivada del ejercicio abusivo de un derecho; improponibilidad de toda acción que se funda en ello.

5) En caso de daños, su indemnización.

III) EL ABUSO EN EL DERECHO SOCIETARIO

¿Cabe preguntarse si la norma del art. 1071 del Código Civil y lo ya expresado es aplicable al derecho societario? De ello no cabe dudas, donde los distintos fundamentos contenidos en dicha norma resultan aplicable a los distintos casos y variantes nacidos de conductas abusivas. El socio ejerce su derecho, objetivamente legal, pero que entra en conflicto con un interés ajeno, que puede alcanzar a otros

socios, la sociedad o a terceros. Pero ese ejercicio resulta irregular por su uso antisocial, que entra en pugna con las normas generales tenidas en cuenta por quienes adoptaron la figura instrumental de la sociedad. Existe aquí una convivencia social, que surge del acto constitutivo y de las normas legales y estatutarias, donde la conducta debe ajustarse a la buena fe, lealtad, buenas costumbres, cuyo apartamiento resulta contrario a la conciencia social.

Si bien el acceso al recurso técnico de la personalidad parte de un negocio jurídico plurilateral y de organización, todos aquellos actos que prima facie puedan nacer lícitos, pero que su ejercicio implique desnaturalizar la figura o el fin querido por quienes constituyeron la sociedad, sea por buscar la obtención de un beneficio, o bien obstruir o dificultar el normal funcionamiento de la estructura social, implica un obrar abusivo.

Cuando el interés social, entendido este como el de la sociedad y socios fundidos en el plexo de la figura jurídica, cede en beneficio de uno o algunos cabe analizar si su conducta constituye o no un ejercicio abusivo de su derecho.

Entran aquí también, el ejercicio antifuncional de las prerrogativas contenidas en el negocio constitutivo y de las disposiciones legales; la conculcación de la buena fe negocial, el beneficio ilegítimo de la mayoría en perjuicio de la minoría ⁽²⁾.

La jurisprudencia y doctrina se han ocupado de innumerables variantes de este tipo de conductas, ya que pueden nacer tanto del ejercicio abusivo de las mayorías como de las minorías, de los derechos individuales del socio, sin descartar los pactos de accionistas. La nómina de tales conductas es amplia, verbigracia, la negativa injustificada a la transmisión de acciones, aumento de capital injustificado o en perjuicio de los accionistas minoritarios, dividendos irrisorios, actos desestabilizadores del poder, impugnación de decisiones asamblearias, cuestionamientos de balances, trabar decisiones u operaciones imprescindibles para la marcha social y cumplimiento del objeto, medidas probatorias y cautelares desmedidas.

Resulta hoy preocupante observar la presencia de grupos, quienes a través de terceros adquieren las acciones de socios minoritarios, quienes debidamente asesorados en materia jurídica y contable, utili-

² ALEGRIA, Héctor en El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas- Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 319 y ss..

zan abusivamente todos los remedios contemplados en las normas legales y estatutarias, desestabilizando la sociedad, mediante diversas medidas como ser exámenes de la contabilidad, cuestionamiento de los estados contables, cautelar de intervención, pedido de remoción provisional de administradores, entorpecer las decisiones sociales, entre otras, en pos de intereses extrasociales.

Las conductas abusivas deben meritarse en su totalidad, no parcialmente, y dentro del contexto de la vida social, con el debido cuidado de diferenciar el acto abusivo del ilícito.

IV) MODO DE INVOCAR EL ABUSO DE DERECHO

Puede plantearse ya sea a pedido de parté, por vía de acción, atacando el acto abusivo, o ejerciendo la defensa, por vía de excepción. Los jueces pueden aplicar de oficio el instituto, pero ello debe ser con carácter excepcional, ante casos de extrema gravedad y debidamente fundado en la sentencia, evitando así que se generalice y suplante la voluntad de las partes por la del juzgador.

V) CARGA DE LA PRUEBA

Quien alega el ejercicio abusivo del derecho es quien debe probar. Claro está que debe aportar las pruebas idóneas a las distantes variantes, sin descartar que, en razón de las dificultades que pueden presentarse al momento de la prueba, pueda aplicarse la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, debiendo probar quien se encuentre en mejor posición para hacerlo. Cabe recordar que el proyecto de reforma del Código Civil del Poder Ejecutivo de 1993 lo contempló y el actual Proyecto de Unificación permite al Juez, dentro de los factores de atribución subjetivos, distribuir la carga de la prueba.

Cabe recordar que el abuso no se presume y su interpretación es restrictiva.