

SEBASTIÁN BALBÍN

LOS CAMINOS DEL DISENSO

**Ejercicio de la acción en materia societaria
y tutela de los derechos
de la sociedad y de los socios**

Tesis doctoral presentada en la
Facultad de Derecho de la Universidad Austral
para optar al título de Doctor en Derecho

Directores de tesis:
Prof. Dr. Fernando M. Toller – Prof. Dr. Gustavo A. Abreu



Universidad
Austral

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
--------------------	----

INTRODUCCIÓN	15
--------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO LA TEORÍA DE LA ACCIÓN Y LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

1.1. La acción	21
1.2. Evolución del término acción	23
1.2.1. La acción en el derecho romano	23
1.2.2. Teoría de la acción como elemento del derecho sustancial (Savigny)	28
1.2.3. Teoría del derecho concreto a la tutela jurídica (Windscheid – Wach – Muther)	29
1.2.4. Teoría de la acción como elemento del proceso (Carnelutti)	31
1.2.5. Teoría del derecho abstracto de obrar (Degenkolb – Couture)	33
1.2.6. Teoría de la acción como derecho potestativo (Chiovenda)	36
1.2.7. Acción como derecho público subjetivo (Alsina)	37
1.3. Elementos de la acción	38
1.4. Clasificación de las acciones según el pronunciamiento que se pretenda obtener, con relación exclusivamente al derecho societario	40
1.4.1. Acción de condena	41
1.4.2. Acción declarativa	43
1.4.3. Acción constitutiva	49

1.4.4.	Acción ejecutiva	50
1.4.5.	Acción precautoria	51
1.5.	Clasificación de las acciones según el derecho que se pretenda proteger, con relación exclusivamente al derecho societario	52
1.6.	La acción como medio de tutela del derecho subjetivo	54
1.6.1.	Posiciones negatorias del derecho subjetivo	56
1.6.2.	Problemas	57
1.6.3.	Derechos subjetivos en materia societaria	59
1.6.4.	La pretensión procesal	65
1.7.	El ejercicio de la acción en materia societaria y sus particularidades derivadas de algunos institutos que le son propios	67
1.7.1.	La regla de las mayorías y minorías	67
1.7.2.	Abuso de la mayoría	69
1.7.3.	Abuso de la minoría	72
1.7.4.	La <i>affectio societatis</i> en el ejercicio de las acciones sociales	75
1.7.5.	La cuestión de la <i>affectio societatis</i> según el tipo social y su relación con la acción social	79

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROCEDIMIENTO SOCIETARIO EN SEDE JUDICIAL:

LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 15

DE LA LEY DE SOCIEDADES Y SUS EXCEPCIONES

2.1.	El proceso en materia societaria	85
2.2.	La regla general del procedimiento sumario	87
2.3.	Casos en que no se aplica el artículo 15 LSC: reglas particulares	94
2.3.1.	Procedimiento de oposición a la cesión de cuotas (artículo 152 LSC)	94
2.3.2.	Procedimiento de fijación de precio en caso de ejercicio de derecho de preferencia (artículo 154 LSC)	95
2.3.3.	El caso de la convocatoria judicial a asamblea (artículo 236 LSC)	97

2.3.4.	Procedimiento para la solicitud de exhibición de libros y documentos sociales (artículo 55 LSC y artículos 781 y 323 CPCCN)	108
2.3.5.	Cuentas complejas en caso de liquidación judicial (artículo 516 CPCCN)	114
2.4.	Proyectos de reforma al artículo 15 LSC	116
2.4.1.	Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 (Resolución MJ y DH N° 112/02)	117
2.4.2.	Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 (Resolución MJ y DH N° 191/2011)	123
2.5.	El proceso sumarísimo como hipótesis de sustitución de la regla general del artículo 15 LS	128
2.6.	La mediación prejudicial previa como supuesta alternativa para la solución de conflictos societarios	130
2.6.1.	Introducción al problema	130
2.6.2.	Mediación y solicitud de intervención judicial	135
2.6.3.	Mediación y solicitud de inscripción de renuncia del administrador	136
2.6.4.	Mediación y supuestos de petición de nulidad de asamblea	138
2.6.5.	Incomparecencia personal del accionista a la mediación	141
2.6.6.	Supresión del proceso de mediación en materia societaria	142

CAPÍTULO TERCERO

PROCEDIMIENTOS RELATIVOS

A LOS DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO DE SOCIO

3.1.	Derechos y deberes del socio	145
3.2.	Estado de socio: derechos	145
3.3.	Clasificación de los derechos	148
3.3.1.	Derechos patrimoniales	149
3.3.1.1.	Derecho a participar de los beneficios y acciones conexas	149
3.3.1.2.	Usufructo de acciones y derecho a participar de los beneficios: acciones y procedimiento.....	151

3.3.1.3.	El derecho al uso de las partes comunes en las sociedades del artículo 3 LSC como supuesto especial y la improponibilidad de la aplicación de acciones de naturaleza societaria y de la regla general del artículo 15 LSC	156
3.3.1.4.	El derecho a la cuota liquidatoria	161
3.3.1.5.	El derecho de suscripción preferente y derecho de acrecer	163
3.3.2.	Derechos políticos	165
3.3.2.1.	Derecho al voto	165
3.3.2.2.	Ejercicio del derecho de voto frente a la prenda de acciones	170
3.3.2.3.	El ejercicio del derecho de voto en caso de usufructo	173
3.3.2.4.	Derecho de asistencia a las reuniones sociales	175
3.3.2.5.	Derecho a la información	175
3.4.	Deberes y acciones en caso de violación	186
3.4.1.	Omisión del deber de realizar aportes y soportar las pérdidas	186
3.4.2.	Omisión del deber de administrar la sociedad	187
3.4.3.	Omisión del deber de lealtad	188
3.4.4.	Omisión del deber de fidelidad y su relación con la <i>affectio societatis</i> para el tema de esta tesis	190

CAPÍTULO CUARTO

PROCEDIMIENTOS RELATIVOS

A LOS DERECHOS Y DEBERES

DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

4.1.	Los derechos y obligaciones de los integrantes de los órganos sociales y su relación con la procedencia y el ejercicio de las acciones sociales	195
4.2.	Derechos y obligaciones de los administradores en general y del directorio en particular	196
4.2.1.	Introducción al problema	196
4.2.2.	Relación entre el objeto social, la actuación del director y la inexistencia de acción social	203

4.3.3. El cartabón del buen hombre de negocios	206
4.3. Otros deberes y acciones derivadas de su violación	213
4.3.1. Deber de no actuar en conflicto de intereses y de no competir	213
4.3.2. Restricciones a la facultad de contratar	216
4.3.3. Restricciones a la facultad de representación	220
4.3.4. Deber de asistir a asamblea, de informarse e investigar, de vigilar y de guardar secreto	221
4.4. Alcances de la responsabilidad de los administradores: la culpa del administrador	223
4.4.1. Solidaridad y culpa	224
4.4.2. Desconocimiento, oposición y delegación como eximente de responsabilidad	236
4.5. Aprobación de la gestión y extinción de la responsabilidad por renuncia o transacción	241
4.5.1. Quitus anticipado	242
4.5.2. Quitus parcial o selectivo	244
4.5.3. Renuncia o transacción	250
4.6. Oposición a la aprobación, renuncia o transacción	252
4.6.1. El ejercicio de la acción social de responsabilidad	252
4.6.2. Legitimación activa para oponerse a la renuncia o transacción	256
4.7. Deberes de los integrantes de órganos de fiscalización	257
4.7.1. La sindicatura y consejo de vigilancia como órganos de fiscalización privada	257
4.7.2. La sindicatura	259
4.7.2.1. Aspectos generales y normativa aplicable	259
4.7.2.2. Responsabilidad y acción	264
4.7.1.3. Exención y extinción de responsabilidad. Renuncia	266
4.7.3. El consejo de vigilancia	267
4.7.3.1. Normativa aplicable	268
4.7.3.2. Atribuciones y deberes	271

5.5.6. Director empleado y ejercicio de la acción social de responsabilidad	344
5.6. Acción social de responsabilidad contra gerentes	346
5.7. Acción social de responsabilidad contra síndicos (artículo 298 LSC)	347
5.8. La acción social de responsabilidad anómala de la Ley 26.831 ...	349
5.8.1. Alcances de la norma	351
5.8.2. Naturaleza	352
5.8.3. Conclusiones sobre la acción anómala de la ley 26.831 ..	354
5.9. Procedimiento judicial de responsabilidad del director por ocultación de las circunstancias del artículo 299 LSC	358
5.10. Acción individual de responsabilidad	361
5.10.1. Procedencia	363
5.10.2. Legitimación activa	368
5.10.3. Prescripción	370
5.10.4. Arbitraje	370
5.11. Acción social acumulada a la individual	371

CAPÍTULO SEXTO

LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE NULIDAD E IMPUGNACIÓN

6.1. Acción de nulidad de la resolución asamblearia	373
6.1.1. El acto jurídico societario y su relación con el régimen general de nulidades societarias	373
6.1.2. Aplicación supletoria del Código Civil por especificidad.	382
6.1.3. El orden público y su relación con el derecho societario	385
6.1.4. La imperatividad en el derecho comparado	393
6.1.5. Orden público y la acción de nulidad de decisiones asamblearias del artículo 251 LSC	394
6.2. La acción de impugnación de la decisión asamblearia	400
6.2.1. Cuestiones generales	400
6.2.2. Naturaleza y límites de la acción de nulidad del artículo 251 LSC	404
6.2.3. Ejercicio conjunto de la acción social de responsabilidad ut singuli y la acción de impugnación de la decisión de la asamblea	407

6.3.	Causas de anulabilidad y de nulidad de la decisión asamblearia	410
6.3.1.	Vicios relacionados con la forma de convocar	412
6.3.2.	Vicios relacionados con la indicación de los puntos del orden del día (art.236 párrafo 2º LSC)	416
6.3.3.	Vicios relacionados con la constitución de la asamblea ..	418
6.3.4.	Vicios relacionados con la competencia de la asamblea..	419
6.3.5.	Vicios relacionados con la celebración de la asamblea....	420
6.3.6.	Vicios relacionados con el acta de asamblea	428
6.3.7.	Supuestos especiales de anulabilidad	432
6.3.7.1.	Impugnación de la decisión que aprueba la remuneración del directorio.....	432
6.3.7.2.	Impugnación de la decisión que aprueba el aumento del capital	433
6.3.7.3.	Cláusula del quíntuplo	435
6.3.7.4.	Impugnación de la decisión de postergar el reparto de utilidades	437
6.3.7.5.	Impugnación de la decisión de emitir sin prima	440
6.3.7.6.	Impugnación de la decisión de aumentar quórum y mayorías	441
6.3.7.7.	Impugnación de la decisión asamblearia por violación al derecho de información	443
6.3.7.8.	Impugnación relacionada con la aceptación y capitalización de aportes	444
6.3.8.	Legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad	445
6.3.9.	Procedimiento y Juez competente	454
6.3.10.	Suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.	461
6.3.11.	Suspensión de la realización de la asamblea	466
6.3.12.	Sentencia	467
6.3.13.	Revocación del acuerdo impugnado	469
6.4.	Impugnación de las decisiones del directorio	469
6.4.1.	Aspectos generales	469
6.4.2.	Causales	474

CAPÍTULO SÉPTIMO**EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN MATERIA SOCIETARIA**

7.1. El arbitraje en los conflictos societarios	477
7.2. Antecedentes históricos nacionales	480
7.2.1. Durante la existencia de los territorios de ultramar y el período colonial	480
7.2.2. Derecho patrio	487
7.2.3. Código de Comercio de 1862	493
7.2.4. Código de Comercio de 1889	497
7.2.5. La cuestión arbitral desde la sanción de la Ley de Sociedades	505
7.3. Naturaleza del arbitraje societario	514
7.3.1. Naturaleza, materia y límites	514
7.3.2. Dictado y ejecución de medidas cautelares	523
7.4. Arbitraje normado por el CPCCN en materia societaria	525
7.4.1. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral	525
7.4.2. Juicio arbitral y juicio de amigables componedores	528
7.5. Arbitraje privado en materia societaria	537
7.5.1. Aspectos generales	537
7.5.2. Supuestos especiales, cláusula arbitral y materia societaria arbitrable	546
7.5.2.1. Arbitrabilidad en supuestos de nulidades assemblearias	546
7.5.2.2. Arbitrabilidad en supuestos de acción social de responsabilidad	554
7.5.2.3. Casos de empates en órganos colegiados	557
7.5.2.4. Arbitrabilidad frente a supuestos que involucren ganancias sociales	558
7.5.2.5. Arbitrabilidad frente a supuestos de separación y exclusión de socios	560
7.5.2.6. Arbitrabilidad en materia de disolución de sociedades	561
7.6. Ley 26.831 de Mercado de Capitales y el arbitraje obligatorio para sociedades abiertas	562
7.7. Arbitraje societario en el derecho comparado	566
7.7.1. Brasil	566

7.7.2. Chile	567
7.7.3. Colombia	574
7.7.4. Estados Unidos	575
7.7.5. España	577
7.7.6. Francia	581
7.7.7. Italia	583
7.7.8. Perú	587
7.7.9. Uruguay	593
7.7.10. Suiza	594
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	597
BIBLIOGRAFÍA	625

ABREVIATURAS

CCiv.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
CCom.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
CPCCN	Código Civil y Procesal de la Nación
DSE	Doctrina Societaria y Concursal
ED	El Derecho
IGJ	Inspección General de Justicia
IJ	IJ Editores
JA	Jurisprudencia Argentina
LCQ	Ley de Concursos y Quiebras 25.522
LL	La ley
LSC	Ley de Sociedades Comerciales 19.550
R.D.C.O.	Revista del derecho Comercial y de las Obligaciones
RADE	Revista Argentina de Derecho Empresario
RDPyC	Revista de Derecho Privado y Comunitario

INTRODUCCIÓN

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) regula diversas acciones en favor de la sociedad y en contra de la intervención deficiente o dañosa del socio o de los integrantes de los órganos de administración, gobierno y fiscalización, otorgándole el derecho público subjetivo de requerir la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica material. Salvo excepciones, cuando la LSC dispone o autoriza la promoción de una acción judicial, ésta debe sustanciarse por procedimiento sumario.

Este trabajo evalúa la eficacia del procedimiento impuesto y de las soluciones arbitrales sustitutas, como así también la limitada incidencia de la legislación proyectada. Tal estudio se realiza en este trabajo circunscripto a las sociedades cerradas o de familia, así clasificadas en contraposición a las abiertas o cotizantes, sin perjuicio de las diversas menciones que a estas últimas se hacen en esta obra.

Para ello, en un primer capítulo y de manera introductoria se aborda la teoría de la acción y su evolución histórica, para luego tratar la influencia que ejercen en las acciones de naturaleza societaria institutos propios de la materia, como las reglas de mayorías y minorías –en su intervención en la formación de la voluntad social– y la *affectio societatis*. El capítulo concluye con una clasificación de las acciones societarias, según el derecho específico que cada una de estas protege.

En el segundo capítulo se efectúa una reseña histórica de la evolución del procedimiento societario en sede judicial y de los diversos proyectos de reforma, para luego ocuparse de su aplicación. Para ello se estudia el procedimiento sumario como especie abreviada del proceso de conocimiento, debatiéndose respecto de su adecuación a las particularidades propias de las acciones de naturaleza societaria y a la realidad económica de la sociedad, confrontada con la duración del proceso. También se tratan las excepciones que la LSC autoriza al procedimiento sumario, y se evalúan los resultados para éstas, cotejados con los principios a resguardar y los intereses tutelados.

En el capítulo tercero se aborda el estudio de los procedimientos desde la perspectiva del socio, atendiendo a sus derechos y deberes, para lo cual se los identifica, investiga y clasifica, evaluando cómo cada uno de ellos se refleja en el ejercicio de la acción. Para ello se considera el estado de socio como una institución jurídica compleja, que se incardina mayormente a través del derecho de voto atribuido al socio en su propio interés y que se funde con el de otros socios en un acuerdo colectivo del que se obtiene la voluntad del ente. Se atienden, asimismo, los efectos de la violación del deber de lealtad con el ente por parte de los socios. También se estudian los efectos del proceso sumario en el régimen de excepción de las asociaciones civiles que adoptan el régimen de las sociedades comerciales.

En los capítulos cuarto, quinto y sexto se tratan los derechos y obligaciones de los integrantes de los órganos sociales y las acciones que derivan de sus incumplimientos. El análisis se efectúa con particular detalle respecto de la acción de responsabilidad de los administradores y de la acción de nulidad de las decisiones de la asamblea, por cuanto son éstas las de mayor importancia y trascendencia.

En el capítulo séptimo se explora la solución arbitral como complemento o sustituto del procedimiento judicial. Para ello se abordan cuestiones como el *imperium* de los árbitros, la materia laudable, los compromisos arbitrales y el sistema recursivo, proponiéndose tipos de arbitraje y cualidades de los árbitros. También se trata la necesidad de proveer al sistema arbitral de medidas asegurativas y compulsorias eficaces, analizando la legislación proyectada.

Finalmente, se incluyen las conclusiones, donde se expone que ni el procedimiento judicial dispuesto por la LSC, ni los mecanismos arbitrales, de la manera en que actualmente se implementan, se ajustan a las necesidades de las partes y del tráfico negocial. Por esta razón, se propone la reforma de la Ley de Sociedades Comerciales sobre el particular, sugiriendo los textos adecuados en tal sentido.

Buenos Aires, septiembre de 2014

Aclaración

Hubiera sido difícil imaginar, al inicio de la investigación que ha tenido como fruto la presente tesis, ocurrida hace ya varios años, que la legislación que regula el derecho privado patrimonial argentino sufriría durante el curso de la misma una reforma de la extensión y características como la introducida por la Ley 26.994 (B.O. 08.10.2014). En efecto, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, cada uno con poco menos que una sesquicentenario continuidad rigiendo las relaciones jurídicas privadas de los argentinos y de quienes han venido a habitar, negociar o trabajar en estas tierras, dejarán de regir en enero de 2016.

La profundidad del estudio velezano, el notable conocimiento de distintas fuentes de derecho comparado y su atención a las prácticas locales entonces existentes e inspiradas en el derecho colonial, dieron a nuestro país un ordenamiento civil armónico, capaz –como lo fue– de sobrevivir al paso del tiempo, al desarrollo tecnológico y a las distintas apetencias legisferantes de diversos sucesivos gobiernos. Algo semejante ocurrió con el Código de Comercio, que también contara para su redacción con el invalorable aporte de Acevedo. Y si bien es cierto que ambos cuerpos normativos fueron exhibiendo con los años reformas significativas en sus textos, no menos cierto es que conservaron su sistema.

Dentro de ese marco, es claro que el Código de Comercio fue sufriendo modificaciones mayores, tanto por imperio del desarrollo industrial y tecnológico, que ha influenciado grandemente el modo de fabricar, comercializar, distribuir e intercambiar bienes y servicios, como por la progresiva separación en leyes complementarias de algunos de los subsistemas de mayor trascendencia (ley de navegación, ley de seguros, de concursos, etc.). Dentro de tal contexto ocurrió el dictado de la ley 19.550, cuyo régimen jurídico delimita la centralidad de las normas positivas analizadas en esta tesis, y tal ley –más allá de la evaluación y crítica que hemos realizado en este trabajo– ha conseguido también navegar los últimos cuarenta años de zigzagueantes políticas legislativas, sufriendo moderadas y puntuales modificaciones.

Teniendo en consideración tal contexto normativo, y aún cuando se habían producido aislados intentos de modificación o unificación de los Códigos, cabe insistir, era difícil imaginar que la República Argentina iba a arribar al dictado de un nuevo Código Civil y Comercial que derogará a sus antecesores Código Civil y Código de Comercio y modificará, aunque puntualmente, algunas normas de regímenes especiales, incluido el societario.

Es cierto que la reforma estuvo planteada desde el dictado del decreto PEN 191/2011, con la creación de la Comisión Reformadora para la Unificación de los Códigos Civil y Comercial. Empero, también es verdad que, atendiendo a lo recurrente de la creación de estas comisiones, era esperable una nueva postergación o, ciertamente, un debate más profundo.

En el curso de la investigación y redacción de esta tesis, el autor ha seguido con atención y detalle el desarrollo del Anteproyecto, su devenir en Proyecto y las posteriores modificaciones, incorporando referencias y críticas a las mismas a lo largo de toda la tesis. No obstante ello, es menester aclarar que este trabajo doctoral, en la selección de material, lectura, investigación, análisis crítico y redacción, fue concluido con anterioridad a la sanción de la Ley 26.994, que entrará en vigencia el 1 de enero de 2016. Dicha norma, que unificará los Códigos Civil y Comercial, modificó sólo aspectos específicos y parciales de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, la que en el futuro se pasará a denominar Ley General de Sociedades.

En todo caso, es preciso afirmar que la ley 19.550, fruto del pensamiento y pluma de algunos de los mayores societaristas argentinos, ha sido y seguirá siendo –aún bajo su nueva denominación–, un régimen de prestigio dentro del derecho argentino, tanto por las soluciones legislativas que impulsara, como por el enriquecimiento que tuvieron con cuatro décadas de profunda y abundante doctrina y jurisprudencia, que le han dado características propias e indelebles. Fruto de ello es que no ha sido intención del PEN, ni de la Comisión que designara, modificar el régimen societario (previsto como microsistema con legislación especial), que apenas ha resultado alterado.

Por otro lado, a la fecha de redactarse esta introducción complementaria, todavía se discute si efectivamente la Ley 26.994 finalmente entrará en vigor.

En adición a lo expuesto, lo más importante es subrayar que, en el contexto del Código recientemente aprobado, las reformas atinentes a la materia societaria no resultan sustanciales en el tema de este trabajo específico, destinado a las acciones en materia societaria.

Por todo lo anterior, y más allá de ajustes menores de redacción que este trabajo habría de requerir para una eventual publicación en virtud del nuevo Código Civil y Comercial, en el texto que se somete a defensa las normas positivas que han recibido su sanción mediante Ley 26.994 se encuentran incorporadas a esta tesis en el carácter que tenían como Anteproyecto de la Comisión creada por el Decreto 191/2011 para la unificación de los Códigos Civil y Comercial, antecedente del nuevo Código unificado.

En función de lo antes expuesto, se manifiesta que los interrogantes identificados en esta tesis doctoral, así como las conclusiones a las que en ella se arriba, no se verán alterados por la entrada en vigencia de la Ley 26.994, en caso de que esto ocurriese.

Buenos Aires, noviembre de 2014

CAPÍTULO PRIMERO

LA TEORÍA DE LA ACCIÓN Y LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

1.1. LA ACCIÓN

Resulta dificultoso aprehender con exactitud el significado del término acción¹, en torno al cual todo parece ser relativo². No sorprende entonces que la teoría de la acción constituya uno de los más torturados capítulos de la doctrina jurídica, no existiendo en la ley “una disciplina de la acción, antes bien, la ley ni siquiera conoce ‘la acción’ sino infinitas ‘acciones’, tantas como son los efectos y modificaciones previstas por ella. De cuyos efectos precisamente las acciones en particular han tomado durante siglos y aún lo conservan, el nombre: acción redhibitoria, revocatoria, subrogatoria,

¹ “Y como a veces en la práctica se utilizan las expresiones accionar y acción también para expresar en sí y por sí la actividad procesal desplegada ante el juez para pedirle que provea, terminológicamente se puede componer esta especie de retruécano: que con la acción (actividad procesal) se propone al juez la acción (pretensión) y él dirá si existe la acción (derecho). Afortunadamente para nosotros, aún habiendo semejantes anfibologías, el contexto basta de ordinario para aclarar en cada caso el significado en que el nombre se emplea. Y si alguna vez ese significado permanece ambiguo o múltiple, ello puede facilitar, más que perjudicar, a ciertos fines evocativos del fenómeno en síntesis.” REDENTI, ENRICO, *Derecho procesal civil*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. 52.

² Cfr. SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Estudios de derecho procesal*, t. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 156.

de rescisión, de resolución, de separación, y semejantes”³. Es, entre otros, el uso corriente –e impropio– del término acción lo que ha contribuido a que diversos autores discrepan más sobre las formas que sobre su contenido.

De manera introductoria se dirá –siguiendo a ALSINA– que, como consecuencia de haber asumido el Estado la tutela del ordenamiento jurídico, prohibiendo el empleo de la violencia privada –lo cual constituye su función jurisdiccional–, se reconoce a los individuos la facultad de requerir la intervención de aquel para la protección de un derecho que consideran lesionado.

A esta facultad se la designa en doctrina como acción, y se la ejerce mediante el instrumento adecuado que se conoce como proceso⁴. Se agrega a ello, también de manera introductoria, que el derecho del individuo a la jurisdicción es tanto de carácter fundamental –inherente al ser humano– como una garantía de todos los demás derechos e intereses legítimos que las leyes le reconocen⁵.

³ SATTÀ, SALVATORE, *Manual de derecho procesal civil*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, p. 119. Sin perjuicio de que no es la opinión de SATTÀ la que se seguirá en punto al tratamiento de la acción y su relación con el derecho subjetivo societario –tal en parte el objeto de este trabajo–, cabe señalar que su posición –si bien moderna– parece equiparar ambos (acción y derecho).

⁴ Cfr. ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Parte general*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1963, pp. 299 a 301. Para este autor, jurisdicción, acción y proceso son conceptos correlativos que integran los tres capítulos fundamentales del derecho procesal, “cuyo contenido no es otro que el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado”. Ob. cit., p. 301.

⁵ Cfr. TOLLER, FERNANDO, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención de daños derivados de informaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 427.

1.2. EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO ACCIÓN

1.2.1. La acción en el derecho romano

la utilización del término acción es de muy vieja data. Durante el desarrollo del antiguo derecho romano, producto de la evolución de su procedimiento civil, el vocablo se vio sometido a diversos cambios que luego colaborarían en menor o mayor grado en la formación del derecho procesal moderno. El procedimiento civil romano, por tanto también la por entonces embrionaria teoría de la acción, atravesó diversas etapas que pueden, de manera simplificada, agruparse en tres períodos:

i.-) En una primera época, que se extendió desde los orígenes de Roma –700 A.C.– hasta mediados del siglo II A.C., regían las acciones de la ley o *legis actiones*. Se trataba de una serie de procedimientos compuestos por palabras y hechos rigurosamente determinados, los que debían efectuarse delante de un magistrado – in jure– durante los días fastos, ya fuera para llegar a la solución de un proceso o bien como vía para su ejecución⁶. La suerte de la acción, cuyo fin era siempre una condena pecunaria, se encontraba indisolublemente atada a la forma⁷, lo que incluía la precisión con que las palabras se utilizaban y los hechos se relataban⁸, de manera

⁶ Cfr. PETIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1982, p. 824.

⁷ Cfr. SAVIGNY, FRIEDRIC KARL, *Sistema de derecho romano actual*, t. IV, 2ª ed., traducción de MESÍA LACINTO y POLEY MANUEL, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1950, pp. 10 y 11; “En los primeros tiempos rige el sistema de la legis actio, y el sentido de esta expresión se refiere siempre á la forma. Designa lo que es preciso hacer para atacar la violación, la cual consiste en actos simbólicos y en fórmula verbales, rigurosamente determinadas”.

⁸ En consonancia con los caracteres que informan el derecho primitivo, la legis actio representa el imperio de la forma, angosta y embarazosa, imbuida de rito y solemnidad. Cfr. IGLESIAS, JUAN, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6ª edición, Ariel, Barcelona, 1979, p. 194.

tal que el más mínimo error traía aparejada la pérdida del proceso⁹. Estas acciones de ley se reducían a cinco tipos:

i.a.-) las *actio sacramenti*, proceso común al que se sujetaban las partes cuando la ley no preveía expresamente otro. En torno a un litigio determinado, los contendientes efectuaban cada uno una apuesta –*sacramentum*–, disponiéndose que la porción del perdidoso –aquel cuya pretensión no hubiera sido acogida– sería consagrada a las necesidades del culto. Durante la vigencia de este tipo de acción, las pretensiones sólo podían ser aceptadas o rechazadas en un todo, sin admitirse su progreso parcial; i.b.-) la *judicis postulatio*, que a diferencia de la *actio sacramentum*, podía ser acogida parcialmente y no importaba el riesgo adicional de la pérdida de la apuesta; i.c.-) la *condictio*, acción más sencilla que se utilizaba en aquellos litigios que involucraban obligaciones de sumas determinadas de dinero o entrega de cosas ciertas, i.d.-) la *manus iniectionis*, que era el procedimiento de derecho común tendiente a que el perdidoso cumpliera la condena que se le hubiera impuesto y cuyos rigores llegaban en oportunidades hasta la captura del deudor por el acreedor; i.e.-) y la *pignoris capio*, que consistía en un procedimiento que se llevaba adelante a veces en ausencia del magistrado y excepcionalmente aún en días nefastos –de allí en que se dudara que fuera una acción propiamente dicha– mediante el cual el acreedor se hacía en garantía de bienes del deudor, incluso sin su presencia¹⁰. Esta acción rara vez se concedía.

⁹ Gayo (IV, 11) cita como ejemplo el del contendiente que ejercitaba una acción en virtud de la ley de las XII tablas, porque sus viñas habían sido cortadas. En lugar de la palabra *arbores*, escrita en la ley, empleó la palabra *vites* y perdió el proceso. Cfr. PETIT, E., *Tratado elemental*, cit., p. 824 n. 715.

¹⁰ Cfr. MAYNZ, CHARLES, *Cours de droit romain*, t. 1, Librairie Polytechnique de Deco et Duhent, Paris, 1870, p. 388.

ii.-) Las inequidades generadas por el riguroso formalismo de las *legis actiones* hicieron necesaria su morigeración mediante la introducción del procedimiento formulario u ordinario, con el que aquellas convivieron algún tiempo antes de su supresión¹¹. Durante esta segunda época, que se extendió desde mediados del siglo II A.C. –antes del fin de la República– hasta el siglo III D.C., el procedimiento presentaba como nota singular y característica su división en dos etapas: la primera, *in iure*, que se desarrollaba frente a un magistrado dotado de *imperium* al que se le exponían los puntos de controversia y el derecho alegado¹², y el procedimiento *apud iudicem* que se sustanciaba ante un juez o árbitro particular designado por los litigantes para resolver el conflicto. Planteada la cuestión al magistrado por las partes¹³, este comenzaba por redactar una fórmula –de allí el nombre del procedimiento¹⁴– la que era entregada a los litigantes, y que contenía una instrucción escrita que indicaba al juez la cuestión a resolver, dándole facultades a tal fin.

¹¹ A ello cabe sumarse la necesidad de que los litigantes, ajenos a las fórmulas, debían requerir necesariamente el auxilio de los sacerdotes –primeros juristas–, lo que limitaba el acceso a la *actio* a la clase patricia.

¹² La *iurisdictio* era ejercida por representantes del poder soberano del Estado, y del cual aquella es su manifestación. La misma correspondía a los pretores en Roma, a los consulares y *iuridici* en Italia y a los *praesides* y *procónsules* en las provincias. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, cit., p. 206.

¹³ No siempre las partes acordaban recurrir al magistrado para resolver sus diferencias ante un juez. Este y otros motivos determinaron la supresión, siglos después, de la fórmula, para que la totalidad del procedimiento se sustanciara frente a quien –como el magistrado– estaba dotado de *imperium*.

¹⁴ Cfr. SAVIGNY, F. K., *Sistema de derecho...*, cit., t. IV, p. 11; “Entonces *actio* designaba principalmente el derecho de acción y formula la forma de la misma, por más que esta distinción no se observase siempre con todo rigor”.

Este *iudex*¹⁵, cuyo nombre surgía del consenso de las partes, era nombrado por el magistrado –en la misma fórmula– sobre la base de un contrato arbitral –*litis contestatio*– que implicaba una aceptación del fallo o laudo que aquel emitiera¹⁶. Las instrucciones eran usualmente lo suficientemente amplias como para no limitar al juez a decir simplemente a quien asistía la razón –como sucedía en la época de las *legis actiones*–, e incluso lo autorizaba a fijar las prestaciones debidas y ordenar su cumplimiento.

Es a partir de la introducción del proceso ordinario en que el magistrado deja de resolver por sí los planteos que se le formulan salvo casos excepcionales –primera fase *in jure*–, limitándose a organizar la segunda parte de la instancia –*in iudicio*– que debía realizarse frente a un juez¹⁷. Teniendo este procedimiento su origen en la fórmula misma, es que la acción pasa a ser considerada como un derecho autónomo¹⁸.

¹⁵ Se trataba de simples particulares, árbitros o jueces populares. Carecían de imperium –como los magistrados–, basándose su función juzgadora en el *officium*, que tenía apoyo en el juramento hecho a la hora de ser nombrados y por el que prometen fallar de acuerdo con las normas de derecho positivo. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, cit., p. 206.

¹⁶ Si el magistrado tenía por atendibles los términos de la demanda –*datio actionis*– se abrían las puertas del *iudicium*, previa la formalización de la *litis contestatio*. Esta era un contrato arbitral, subsiguiente a la formulación de la demanda, hecho en presencia de testigos solemnemente llamados, por virtud del cual las partes acuerdan ante el magistrado someter la cuestión litigiosa a la decisión de un *iudex*, aceptando el fallo que este emita. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, cit., p. 210.

¹⁷ Cfr. PETIT, E., *Tratado elemental...*, cit., p. 836. *In jure* se precisan las cuestiones a resolver, la fórmula queda entregada y la primera parte del proceso concluye; *in iudicio* se suministrarán las pruebas, se sostendrá el asunto y se dictará sentencia.

¹⁸ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 305.

iii.-) Una tercera época a partir del siglo III D.C., en la que rige el procedimiento extraordinario –*cognitio extraordinem*–. No obstante el avance que el formulario importaba frente a las *legis actiones*, éste no era aplicado en todos los casos, tornándose con el paso del tiempo cada vez más usual que el magistrado –a partir de su *imperium*– obviara derivar a las partes ante el juez, resolviendo personalmente los litigios –*cognitio extraordinaria*– fuera de *iudicium*. Es así que en las postrimerías de la época clásica, el procedimiento extraordinario pasa a reemplazar al formulario, al que sustituye definitivamente hacia fines del siglo III¹⁹. El rasgo característico del mismo es que la instancia ya no se divide y ni siquiera hay fórmula, todo ocurre delante del magistrado, que es quien juzga²⁰.

Producto precisamente de esta desaparición de la doble instancia *in jure e in iudicio* instaurada por el procedimiento formulario, y a partir de la instrucción del procedimiento y dictado de sentencia por el magistrado, es que la acción pasa a ser un elemento del derecho cuyo ejercicio no requiere previa autorización. En cuanto a la *actio*, los antiguos jurisconsultos no les dieron todos el mismo significado²¹, sin perjuicio de que es durante este período

¹⁹ Es probable que la desaparición definitiva de la fórmula se haya producido a partir de la sanción de las leyes Dioclesianas dictadas en el año 294. Cfr. MAYNZ, C., *Cours...*, cit., t. 1, p. 403.

²⁰ Cfr. PETIT, E., *Tratado elemental...*, cit., p. 872. El juez es durante la época del Imperio funcionario público, órgano de la administración del Estado, y ante él se sustancia el pleito en un solo momento procesal. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano...*, cit., p. 220.

²¹ “Según Papiniano, *actio* designa exclusivamente la acción *in personam*; la acción *in rem* se llama *petitio*, y *persecutio* se aplica á una y otra ... Ulpiano dice, por el contrario, que la palabra *actio* designa á la vez la especie y el género; la especie, es decir, la acción *in personam* y acción *in rem*: y llama *persecutio* a la extraordinaria *cognitio* que se instruye sin *judex* ... Según Paulo, la palabra *actio* abraza también la *persecutio* ... Gayo divide el género *actio* en dos especies: *in personam* é *in rem actio*... La definición que de la *actio* da el jurisconsulto Celso, la

en que “la acción dejó de ser un concepto autónomo para confundirse con el derecho mismo al extremo de absorberlo, porque ya no se preguntaba si tenía derecho a una cosa, sino si se tenía una acción para reclamarla; de ahí que el derecho romano contuviera tres capítulos fundamentales: personas, cosas y acciones, y que existiera una acción para cada derecho (reivindicación, nulidad, pauliana, etc.)”²².

1.2.2. Teoría de la acción como elemento del derecho sustancial (Savigny)

Tomando como base el tercer período –monista– del derecho romano, a mediados del siglo XIX la llamada escuela clásica construye una doctrina civilista de la acción, cuyo principal exponente fuera SAVIGNY²³. Esta corriente coloca al derecho por sobre la acción, la que cumple una función de garantía que sólo se pone en movimiento como consecuencia de la violación del derecho²⁴. “La relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido a la parte lesionada, se llama derecho de acción o acción ... Toda acción implica necesariamente dos condiciones: un derecho y la violación de este derecho. Si el derecho no existe, la violación no es

cual, con una ligera modificación, ha pasado a las instituciones de Justiniano, toma esta palabra en su significación estricta, de manera que designa únicamente las acciones personales”. SAVIGNY, F. K., *Sistema de derecho...*, cit., t. IV, pp. 11 y 12.

²² Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 306.

²³ Cfr. SAVIGNY FRIEDRICH KARL se ocupa de la acción en el t. IV de su obra – anteriormente citada– *Sistema de derecho romano actual* –editada entre 1840 y 1849–.

²⁴ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 308 –con lo que la acción es el derecho en pie de guerra que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia–.

posible; y si no hay violación el derecho no puede revertir la forma especial de una acción”²⁵.

Pero tal concepción desatiende las lagunas jurídicas producidas por la existencia de derechos a los que la ley priva de acción –obligaciones naturales²⁶–, o las sentencias que rechazan la pretensión por falta de derecho, supuestos en que quedan sin explicar las razones que ponen en movimiento el aparato judicial cuando a la parte reclamante no la asiste el derecho en su reclamo.

1.2.3. Teoría del derecho concreto a la tutela jurídica (Windscheid – Wach – Muther)

Contrapuesta a la postura clásica savigniana en punto a que de la violación de un derecho se sigue una acción en su defensa, los sostenedores de la corriente del derecho a la tutela jurídica concreta afirman que a la vulneración de un derecho la continúa una pretensión –*anspruch*– contra el autor de la violación, la que sólo se transforma en acción cuando se la hace valer en juicio – WINDSCHEID²⁷–.

Esta posición marca un comienzo a partir del cual pasa a considerarse a la acción como un derecho autónomo, aunque de carácter concreto en cuanto corresponde sólo a quien tuviera razón

²⁵ SAVIGNY, F. K., *Sistema de derecho...*, cit., t. IV, p. 10. El autor deja de lado expreso la utilización de la palabra acción como ejercicio mismo del derecho, propio de la teoría del procedimiento.

²⁶ Más aún, respecto de este tipo de obligaciones, nada impide que se reclame judicialmente su cumplimiento, ello más allá de su inexigibilidad posterior.

²⁷ La Acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno, de THEODOR WINDSCHEID aparece en Dusseldorf en 1856. Tan sólo un año después, BERNARD MUTHER publica *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*.

para invocarlo. La violación de un derecho particular –dice ALSINA refiriendo a la tesis windscheidiana– no origina un derecho de accionar en justicia, sino una pretensión de reparación respecto de determinada persona, pretensión que puede quedar satisfecha por sumisión del autor de la violación sin intervención del poder público. “La acción sería entonces la pretensión jurídica deducida en juicio”²⁸.

Tan novedosa concepción pronto abriría nuevos rumbos en torno al estudio de la acción: casi simultáneamente, MUTHER pasa a concebirla como un derecho público subjetivo a la tutela jurídica del Estado –por tanto dirigido a éste– tendiente a constreñir a un sujeto demandado a cumplir una prestación insatisfecha²⁹. La acción tiene así como presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionada por el derecho subjetivo, resulta independiente de éste y su regulación corresponde al derecho público³⁰.

En esta línea de pensamiento, años más tarde sostendría WACH que la acción resulta ser un derecho autónomo contra un Estado obligado a brindar tutela del derecho frente a un demandado –por lo que es concreto y eficaz sólo frente a éste– y que corresponde a quien tenga derecho a una sentencia favorable³¹. Esta pregonada autonomía se vería confirmado con la existencia de las sentencias declarativas, de donde surge que el derecho a la tutela jurídica existe con independencia de que se verifique una prestación insatisfecha, o se demuestre su inexistencia.

²⁸ ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 310.

²⁹ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, pp. 309 y 310.

³⁰ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 311.

³¹ Cfr. WACH, ADOLF, *Manual de derecho procesal civil –de 1885–*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1964, traducción de SENTÍS MELENDO, SANTIAGO y *La pretensión de declaración de certeza –de 1888–*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1962.

1.2.4. Teoría de la acción como elemento del proceso (Carnelutti)

Corrientes doctrinarias posteriores han visto en la acción un elemento del proceso, al que distinguen del litigio o conflicto de intereses jurídicamente calificado que se desenvuelve ante los ojos del juez, en procura de que éste falle en favor de alguno de los contendientes³². Son elementos simples del litigio los sujetos – partes– y un bien, objeto del interés, por estas disputado –se trata de un conflicto intersubjetivo de intereses–. Ahora bien, ese conflicto intersubjetivo de intereses se convierte en litigio en virtud de una actitud específica de las partes, una de las cuales pretende, mientras que la otra resiste a la pretensión.

Esta pretensión, que no es otra cosa que “la exigencia de la subordinación de un interés ajeno a un interés propio³³”, y que resulta ser una derivación de la *anspruch* de WINDSCHEID, puede formularse tanto por quien tenga derecho como por quien no lo tenga³⁴. Así, integrarán el proceso las partes –actor y demandado–, el juez, y un elemento objetivo compuesto por las diversas actividades que las partes desarrollan ante este último. Es precisamente toda esa actividad que las partes despliegan durante

³² El litigio está presente en el proceso como la enfermedad lo está en la curación; un proceso sin litigio es como un lienzo sin cuadro. El litigio no es el proceso, pero está en el proceso: ha de estar en el proceso si el proceso ha de servir para componerlo. De ahí que entre proceso y litigio medie la misma relación que entre continente y contenido. Cfr. CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, traducción de ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, NICETO y SENTÍS MELENDO SANTIAGO, UTHEA, Buenos Aires, 1944, p. 3.

³³ CARNELUTTI, F., *Sistema...*, cit., t. II, p. 7.

³⁴ Para CARNELUTTI tan pretensión es la pretensión fundada como la infundada; además puede haber pretensión sin derecho como derecho sin pretensión.

el proceso, y que se inicia con la demanda, lo que para CARNELUTTI constituye la acción o derecho subjetivo procesal³⁵, y que se distingue claramente del derecho subjetivo material (que la acción y el derecho no son la misma cosa surge de que aquella corresponde aún a quien no tenga un derecho material).

Es asimismo un derecho público subjetivo, ya que al igual que otros derechos cívicos puede ser ejercitado por cualquier ciudadano desde que no le está atribuido *uti singulis* sino *uti civis*. “No es concreto, porque no supone la legitimidad, la que no afecta a la acción sino a la pretensión, y basta que el que la proponga esté comprendido dentro de determinados límites de capacidad. Tampoco es un derecho potestativo, un mero poder de producir un efecto jurídico, sino un derecho a una prestación: la actividad jurisdiccional; por ello no se dirige contra la parte contraria, ni contra el Estado que no puede tener un interés opuesto a la composición de la litis, sino contra el oficial público investido de la potestad jurisdiccional. En su exacto significado, constituye un derecho a la jurisdicción; y en cuanto el interés tutelado (la justa composición de la litis) es un interés esencialmente público, la acción debe ser concebida como el ejercicio privado de una función pública, ya que mediante ella se obtiene la satisfacción del interés particular lesionado, y como consecuencia, la reintegración del orden jurídico³⁶”.

³⁵ Cfr. CARNELUTTI, F., *Sistema...*, cit., t. II, p. 636.

³⁶ ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, pp. 324 y 325.

1.2.5. Teoría del derecho abstracto de obrar (Degenkolb – Couture)

Para esta corriente doctrinaria –DEGENKOLB³⁷–, la acción se encuentra desvinculada del derecho material, por lo que a la acción concreta (de WACH y MUTHER) le antepone la acción abstracta, según la cual ésta es dada no sólo a quien tiene razón sino a cualquiera que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre una pretensión (de allí que es abstracta respecto del fundamento de la demanda)³⁸. La teoría de acción abstracta habría de alcanzar en COUTURE, medio siglo después, su máxima expresión³⁹.

Para esta línea de pensamiento, a diferencia de las que entienden la acción como el derecho concreto a la tutela jurídica, aquella no es un derecho concreto y sólo existente cuando hubiera fundamentos para su aplicación –esto es, cuando por fundada derivara en una condena–, sino un derecho genérico o abstracto: existe un derecho a actuar en juicio aún cuando no se tenga un derecho subjetivo válido⁴⁰, incluso cuando el litigante conozca de antemano su sinrazón. La acción vive y actúa, entonces, con prescindencia del derecho del actor o de que quiera ser protegido. De hecho, tanto la pretensión infundada como la temeraria merecen la

³⁷ En La acción en el contradictorio y naturaleza de la norma contenida en la sentencia, de 1878.

³⁸ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 314.

³⁹ Hoy teoría del derecho abstracto de obrar.

⁴⁰ “La acción configurada como derecho abstracto es, pues, en su forma más sutilmente procesal, un derecho a exponer nuestras razones, a que ellas sean escuchadas, y eventualmente, a que sean acogidas.” COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Aniceto López Editor, Buenos Aires, 1942, p. 28.

consideración de la actividad jurisdiccional hasta el último instante⁴¹, porque la pretensión no es la acción sino un mero hecho o querer jurídico.

La acción a su vez funciona sólo mediando la intervención del Estado, habida cuenta que no se procura solamente la satisfacción de un interés particular sino también la satisfacción de un interés de carácter público, como resulta ser la garantía de cada individuo a que el órgano jurisdiccional competente atienda sus reclamaciones. De ello se traduce que la acción resultaría ser en esencia un derecho –un poder jurídico– de un particular⁴², dirigido a obtener la actividad de la jurisdicción⁴³, ni más ni menos que una expresión del derecho constitucional a peticionar.

Ciñéndonos estrictamente al campo del derecho procesal, COUTURE refiere la existencia de al menos tres acepciones para la palabra acción –y que a su vez comprenderían otras relacionadas–, a saber:

i.-) como sinónimo de derecho –la falta de acción no sería otra cosa que la falta de derecho⁴⁴–; ii.-) como sinónimo de demanda, en sentido formal; iii.-) como sinónimo de facultad de provocar la actividad del poder judicial, esto es, un poder jurídico distinto del derecho y de la demanda en sentido formal⁴⁵,

⁴¹ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 329.

⁴² De un ciudadano, atento tratarse de un derecho cívico.

⁴³ Cfr. COUTURE, E., *Fundamentos...*, cit., p. 33.

⁴⁴ Equiparar derecho con acción es incorrecto –no obstante, así lo hacían las escuelas tradicionales de principios del siglo XIX. Basta para verificar tal extremo con reparar en los derechos sin acción –obligaciones naturales–; o bien en aquellas acciones que se llevan adelante sin fundamento –sin derecho–, extremo que sólo se verificará al tiempo de la sentencia.

⁴⁵ La acción sería un derecho por sí mismo, y no un atributo del derecho subjetivo.

dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus órganos competentes, para la declaración coactiva de un derecho. La acción no sería sino uno de los derechos contenidos en la ley y que asegura la obtención de un bien –derecho objetivo–, y que se desdobra en dos manifestaciones autónomas: por un lado el derecho subjetivo a la prestación –a la obligación– y que se realiza mediante la prestación del obligado; y por otro el derecho subjetivo de la acción, que no es otra cosa que la manera de dar eficacia a la voluntad de la ley consentida por el derecho procesal del tiempo y del lugar⁴⁶. No obstante, siendo la acción un derecho del que todo ciudadano goza de acudir a las autoridades, éste es independiente de que quien la ejerza sea o no titular del derecho subjetivo material que se dice se procura proteger por su intermedio⁴⁷.

Por último, puede en oportunidades hallarse una cuarta acepción del término acción cuando se lo analoga al derecho material invocado para fundar la pretensión –o su oposición–, pero atendiendo únicamente al momento en que la sentencia es dictada, por lo que “la acción no resulta configurada como la simple prolongación judicial del derecho material, sino como el derecho

⁴⁶ Cfr. COUTURE, E., *Fundamentos...*, cit., pp. 16 a 20.

⁴⁷ Cfr. PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. I, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 380.

material judicialmente reconocido⁴⁸. Así considerada, la acción no sería otra cosa que el poder de hacer valer una pretensión⁴⁹.

1.2.6. Teoría de la acción como derecho potestativo (Chiovenda)

La moderna escuela italiana de derecho procesal debe mayormente sus orígenes a CHIOVENDA, quien, a partir de las teorías de WACH trata de ubicar la acción en la teoría general de los derechos, definiéndola como “el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional⁵⁰.” Cabe recordar que para las corrientes doctrinarias germanas que la anteceden, la acción es un derecho subjetivo público –de un individuo– hacia el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, que tiene como presupuesto un derecho privado y su violación –o amenaza de violación–.

Corresponde al Estado, entonces, un doble rol fundamental: no sólo el deber respecto del peticionante de tutelar su derecho –acción en sentido público–, sino también un derecho subjetivo “público de desplegar contra el particular obligado la coacción necesaria para obtener el cumplimiento de sus prestaciones⁵¹.” Así se deriva de la

⁴⁸ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil*, cit., t. I, 2ª, p. 382, quien aclara que este es el específico significado que corresponde dar a la palabra acción cuando ella figura contenida en los llamados códigos de fondo, “pues no es concebible que estos otorguen acciones con absoluta prescindencia de la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés en la declaración de la certeza”, siendo la sentencia la única pauta válida para establecer si el actor resultaba titular del derecho invocado.

⁴⁹ Cfr. COUTURE, E., *Fundamentos...*, cit., p. 72.

⁵⁰ Tal la traducción de ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 315.

⁵¹ Cfr. COUTURE, E., *Fundamentos...*, cit., p. 23.

acción su eficacia frente al particular obligado, en lo que se conoce como carácter concreto de la acción. CHIOVENDA aporta una visión más moderna, inclinándose por ver en la acción la conjunción de un derecho mixto, público y privado, que no se ejerce contra el Estado sino a través de él –es un derecho contra el adversario y frente al Estado–, y al que ambas partes –actor y demandado– se sujetan⁵².

Este derecho concreto es, a su vez, potestativo⁵³, por cuanto la intervención del Estado debe ser necesariamente precedida por la presentación de un particular que provoca su actuación al demandar. Asimismo, se trata de un derecho autónomo con relación al derecho sustancial, toda vez que la acción existe con independencia de este. Ello no quiere decir que la acción no sea un derecho a obtener una sentencia favorable, sólo que debe tenerse en cuenta que esta será favorable a quien asista la razón. Si el actor carece de razón, la ley actuará a favor del demandado.

1.2.7. Acción como derecho público subjetivo (Alsina)

Diferenciándose tanto de la concepción clásica –privatística– de la acción, que pone el proceso al servicio de las partes y al Estado como encargado de dirimir la contienda, como de la posición de CARNELUTTI –publicística– que asimila el interés que mueve la acción al genérico que todo ciudadano tiene en el funcionamiento de la justicia, ALSINA entiende la acción como un derecho público

⁵² Cfr. CHIOVENDA, GIUSEPPE, “L’azione nel sistema dei diritti”, citado por COUTURE, E., en *Fundamentos...*, cit., p. 25.

⁵³ Para CHIOVENDA –y según refiere ALSINA–, la acción es un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos, que son aquellos a los cuales no corresponde una obligación, porque el sujeto a quien esta dirigido no es deudor de una prestación, ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita. Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 317.

subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica material⁵⁴.

Así, resulta sujeto pasivo de la acción desde el punto de vista procesal el Estado, en cuanto titular de la función jurisdiccional a través de sus funcionarios. La acción se distingue del derecho sustancial en razón de su origen –el conflicto entre dos personas sobre la existencia, inexistencia o interpretación de un derecho⁵⁵–; por su condición de ejercicio –el derecho supone una situación jurídica cuya protección se pretende mediante la acción–; por su objeto –la acción tiende a una sentencia favorable⁵⁶–; y por sus efectos, ya que la acción agrega al derecho el elemento de su efectividad –la acción tiene en miras la protección del derecho, aún cuando éste faltare–.

1.3. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

El grupo de corrientes enroladas en la concepción moderna de la acción⁵⁷ menciona tres elementos de la misma –sin perjuicio de

⁵⁴ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 333, quien agrega que “ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional. Acción y jurisdicción son, por lo tanto, conceptos que se corresponden, y llevados a un último análisis, podría decirse que la acción es el derecho a la jurisdicción.”

⁵⁵ A diferencia del derecho sustancial, en cuanto se origina en un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o bien deriva de las relaciones de familia (art. 495 Código Civil).

⁵⁶ Por su parte, el derecho es la regla que la sentencia va a aplicar para solucionar la litis.

⁵⁷ En contraposición a la doctrina clásica, ya fuera que esta entienda la acción como un elemento del derecho, o bien como el derecho mismo.

las diferencias que pudieran suscitarse a partir del equívoco concepto-:

i.-) sujetos: siendo la acción un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica material, esta puede apreciarse desde dos puntos de vista: a.-) procesal, tanto actor como demandado son activos respecto del juez –sujeto pasivo– al que acuden a fin de que reconozca el derecho que ante él se invoca; y b.-) sustancial, el actor es el titular de la relación jurídica que pretende ser amparada por una norma legal, siendo el demandado aquel frente al cual se pretende hacer valer esa relación; ii.-) objeto: no es otro que la obtención de una sentencia que declare que una pretensión es fundada, y no, como refiere la doctrina clásica, el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer –más allá de que tal sea el efecto mediato de la sentencia-⁵⁸; iii.-) causa: es el hecho jurídico que constituye el fundamento del ejercicio de la acción, el que no debe ser confundido con el hecho constitutivo del derecho al cual se protege⁵⁹. Importa un

⁵⁸ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, pp. 339 y 378.

⁵⁹ Esta distinción surge clara en las acciones reales. “En la reivindicación la causa inmediata es el dominio, pero el hecho constitutivo de éste puede variar según que derive de una compraventa, una donación o que se haya adquirido por prescripción, sin que esa diferencia tenga influencia alguna en la acción misma, porque lo que está en juego es el dominio mismo y no el modo de su adquisición. Por eso no varía la acción por el hecho de que se invoque una causa mediata distinta, y así, rechazada la reivindicación por no haberse acreditado el dominio que se dijo adquirido por donación, no podría intentarse nuevamente alegando que el dominio se adquirió por prescripción, pues ya en el primer caso se declaró que el reivindicante no era propietario.” ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, pp. 380 y 381.

derecho y un hecho contrario al mismo, de cuya presencia nace la pretensión jurídica al reconocimiento del derecho⁶⁰.

1.4. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES SEGÚN EL PRONUNCIAMIENTO QUE SE PRETENDA OBTENER, CON RELACIÓN EXCLUSIVAMENTE AL DERECHO SOCIETARIO

Las acciones pueden ser clasificadas atendiendo al pronunciamiento que se procure obtener, criterio por cierto arbitrario pero que resulta de utilidad metodológica a fin de distinguir, entre aquellas de naturaleza societaria, al menos dos grupos claramente delimitados: las de condena y las que sólo declaran un estado⁶¹. Mientras que de las primeras –de condena– se obtiene una sentencia susceptible de ejecución en sentido estricto, por cuanto imponen el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, las segundas –declarativas o determinativas– sólo disponen una inscripción registral que tiene por objeto extender a terceros la eficacia de la cosa juzgada adquirida por la sentencia y que resulta ajena al concepto de ejecución forzada. En ambos casos es condición para la admisión y el ejercicio de la acción –y para la obtención de una sentencia favorable–:

⁶⁰ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 340. En la acción declarativa falta la relación contraria de hecho, pero supone la existencia de un obstáculo al ejercicio del derecho cuya remoción pretende quien la ejercita.

⁶¹ Esta clasificación es arbitraria y aquí se utiliza al sólo efecto metodológico. En general las acciones de condena y las de declaración de pura certeza –que aquí llamamos declarativas o determinativas–, junto con las constitutivas, integran el grupo de las acciones declarativas y que a su vez se distinguen de las ejecutivas según la providencia que la siga procuren la cognición o la ejecución forzada. Cfr. CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Librería el Foro, 1996, Buenos Aires, n° 40, p. 291. Todo esto sólo refuerza la apuntada arbitrariedad de las clasificaciones.

i.-) que exista un derecho; ii.-) que exista calidad, esto es, identidad entre la persona del actor y aquella favorecida por la ley, y la persona del demandado con la que resulte obligada; iii.-) que exista interés actual de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público, ya que los jueces no hacen declaraciones abstractas sino sólo a partir del inicio de la actividad jurisdiccional desatado por el actor⁶², de donde surgen dos principios de amplia aceptación en doctrina: que sin interés no hay acción, y que el interés es la medida de la acción.

1.4.1. Acción de condena

Mediante este tipo de acción se procura la condena del demandado para que efectúe una prestación determinada, ya sea de dar o de hacer, o bien que se le imponga volver las cosas al estado anterior si se tratara de una obligación de no hacer. La acción de condena es la que legisla el código de procedimiento en el juicio ordinario⁶³, por lo que todas las acciones societarias, por remisión del artículo 15 LSC, son en principio acciones de condena: la de daños y perjuicios contra el accionista en razón de la mora en la integración o aquella debida al vicio en el aporte, la de daños causados con dolo o culpa del controlante, o las derivadas del accionar del liquidador, la de cobro posterior al ejercicio del derecho de receso cuando las partes aleguen diferencias en su valor, las acciones sociales de responsabilidad contra administradores, socios, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, cuestiones en torno al

⁶² Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 392. El interés consiste únicamente en que sin la intervención del órgano público, el actor sufriría un perjuicio.

⁶³ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 351.

derecho al dividendo, a la suscripción preferente, a acrecer, entre otras⁶⁴. Todas estas pueden ser acumulables entre sí e incluso con acciones determinativas, tal el caso de la acción de nulidad de asamblea⁶⁵ a la que a su vez se le acumule una de daños y perjuicios contra los directores⁶⁶, ocurriendo el posterior dictado de una

⁶⁴ LSC, arts. 37, 46, 47, 54, 103, 105, 280, 59, 276, 277 y 319.

⁶⁵ LSC, art. 251: “Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada. Los accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor. La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea”; art. 252: “El Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

⁶⁶ LSC, art. 59: “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”; art. 274: “Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”; art. 276: “La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución

sentencia que fuerce al cumplimiento de una obligación de no hacer –respecto del acto asambleario– y otra de hacer –el pago de una cantidad líquida–. Para el caso de que acumuladas las pretensiones ambas prosperasen, el acreedor se encontrará facultado para ejecutar esta última –o peticionar embargo– sin necesidad de esperar el cumplimiento de aquella⁶⁷.

1.4.2. Acción declarativa

Si bien pueden encontrarse antecedentes de acciones declarativas en el derecho romano y en los juicios provocativos de la Edad Media, su elaboración doctrinaria es relativamente moderna, habida cuenta que en un principio la ciencia procesal sólo se ocupaba de la acción de condena por considerar que la acción no era sino el derecho en movimiento, con lo que toda acción buscaba la condena del obligado⁶⁸. Se trata de una acción de carácter

de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo. Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275”.

⁶⁷ CPCCN, art. 502: “si la sentencia contuviere condena al pago de cantidad líquida y determinada o hubiese liquidación aprobada, a instancia de parte se procederá al embargo de bienes, de conformidad con las normas establecidas para el juicio ejecutivo. Se entenderá que hay condena al pago de cantidad líquida siempre que de la sentencia se infiera el monto de la liquidación, aún cuando aquél no estuviese expresado numéricamente. Si la sentencia condenase a una misma parte al pago de una cantidad líquida y de otra ilíquida, podrá procederse a la ejecución de la primera sin esperar a que se liquide la segunda”.

⁶⁸ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, pp. 352 y 353. Su concreta y primera consagración debe buscarse en la Ordenanza Procesal alemana de 1877 y en el tratamiento que de la acción declarativa daba su artículo 231: “se podrá demandar la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica y el reconocimiento de la autenticidad o la declaración de falsedad de un documento, si

preventivo⁶⁹, que procura el dictado de una declaración –una sentencia declarativa en términos del artículo 322 CPCCN– que haga cesar el estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una determinada relación jurídica⁷⁰, ya fuera:

el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o la falsedad del documento sea declarada inmediatamente por resolución judicial”.

⁶⁹ La acción declarativa tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos: es un medio eficaz y suficiente para satisfacer el interés que se agota en una mera declaración de certeza. Cfr. CSJN re “American Express Argentina S.A. c/ Dir. Prov. de Rentas de la Prov. de Bs. As. s/ Ordinario”, Boletín de Jurisprudencia de la CSN; competencia N° 617, XXII; 18/10/88; Fallos: 307:1379; 308:2569; 310:606; 311:421 y 312:1003; CCiv. Sala C, LL 141-668 sum. 25.465; Sala D ED 43-713 re “Galli Guillermo P. y otros c/ Estado Nacional s/ varios”, exte. 9282, res. 27/10/94 1ra. Instancia Juzgado 2 Sec. 4 Contencioso Administrativo, confirmada por la Cámara del fuero y cita de C.S.J.N. en re “Santiago del Estero, Provincia c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.”, sentencia del 20/08/85. En doctrina, cfr. MORELLO AUGUSTO, SOSA GUALBERTO y BERIZONCE ROBERTO, *Códigos procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. IV-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 414 a 419; CNCiv. Sala A re “Spiropolus, Mario Juan c/ Boragina, Rodolfo Cayetano y otro s/ Acción declarativa”, R-123.916 del 22/VI/1993; CARLI, CARLO, *La demanda civil*, Lex, Buenos Aires, 1973, p. 49; FALCÓN, ENRIQUE, *Gráfica procesal*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 35; COLOMBO, CARLOS, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 518.

⁷⁰ La construcción de la pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza tiende a evitar preventivamente que la existencia o inexistencia de la obligación, o los alcances o modalidades de una relación jurídica produzcan un perjuicio o una lesión real y concreta sobre el patrimonio de una persona, la cual anticipándose a una demanda o al propio conflicto de intereses fundados en la existencia o la inexistencia de la obligación que resulte de la relación jurídica, pide una declaración judicial que lo libere, por ejemplo, de responsabilidad, eliminando la duda de si es o no responsable. Cfr. CARLI, C., *La demanda civil*, cit., p. 49; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de procedimiento civil*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 85. En jurisprudencia, CNCiv. Sala C 23/10/69 ED 39-410; CNCiv. Sala D 7/7/70 ED 34-282.

i.-) que nos encontremos frente a la invocación de un derecho del actor –acción positiva, p. ej. que se le reconozca su calidad de socio–, ii.-) o bien se intente demostrar que no existe un derecho del demandado⁷¹ –acción declarativa negativa, p. ej. que un sujeto carece de calidad de socio, o se encuentra privado de algunos de los derechos que emanan de esta-⁷²; –, iii.-) o se alegue el derecho aplicable a una relación jurídica preexistente y que amenace con lesionar al peticionante⁷³, situación que se extiende analógicamente a todos los supuestos en que el interés de accionar está dado por una situación de hecho tal, que el actor sin una declaración judicial de certeza de la voluntad concreta de la ley sufriría un daño injusto⁷⁴.

El campo de aplicación de la acción meramente declarativa es muy amplio⁷⁵, y la sentencia que se dicte no requiere un estado de

⁷¹ No es indispensable la existencia actual de la relación jurídica, ya que la acción puede ser utilizada para declarar relaciones inexistentes cuando pudieran dar lugar a pretensiones futuras. Cfr. MORELLO A., SOSA G. y BERIZONCE R., *Códigos procesales...*, cit., t. IV-A, p. 404.

⁷² Cfr. COLOMBO, C., *Código procesal civil...*, cit., t. III, p. 79; PALACIO, L., *Derecho procesal civil*, cit., t. I p. 427, n° 86Ac.

⁷³ Cfr. FALCÓN, ENRIQUE, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 582 n° 322.9.4 y su cita; COLOMBO, C., *Código procesal...*, cit., t. I, p. 516.

⁷⁴ Cfr. CNCiv. Sala D, LL 139-645, con remisión a CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I, p. 197; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho procesal civil*, p. 104 y ss. y *Revista de Derecho Procesal*, 1943, 1ra. parte, p. 380; PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, LEONARDO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, t. 1, p. 48 y ss.; VALLEJO, EDUARDO, “La acción meramente declarativa en el nuevo Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación”, JA, 1968-IV-749, sec. doct.; COLOMBO, C., *Código procesal civil y comercial de la Nación*, t. III, pág. 77 y ss.

⁷⁵ Cfr. MORELLO A., SOSA, G. y BERIZONCE, R., *Códigos procesales en...*, cit., t. IV-A, p. 403.

hecho contrario al derecho, sino que basta con un estado de incertidumbre respecto de éste, por lo que no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar una situación jurídica –por lo que no es susceptible de ejecución– bastando la sola declaración para satisfacer el interés del actor⁷⁶. Empero, no se trata de conceder la acción a título consultivo o como objeto de una indagación meramente especulativa, sino que debe sustentarse en “un ‘caso’ invocado por el titular de un interés jurídico concreto”⁷⁷.

Como requisito para interponer este tipo de acciones, deben satisfacerse previamente una serie de recaudos exigidos para su tratamiento:

- i.-) verificar la presencia de un estado de incertidumbre sobre la existencia o interpretación de una relación jurídica; ii.-) que ésta importe un riesgo⁷⁸, del que pudiera derivarse un perjuicio al actor; iii.-) que se trate de una cuestión esencialmente jurídica, lo que no impedirá extenderse a los hechos que le sirven de contexto; iv.-) que esta verse sobre hechos y derechos concretos con proyecciones presentes y futuras, no abstractas o teóricas⁷⁹; v.-) que exista un interés –

⁷⁶ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 354.

⁷⁷ MORELLO A., SOSA G. y BERIZONCE R., *Códigos procesales en...*, cit., t. IV-A, p. 407.

⁷⁸ Cfr. FALCÓN, E., *Código procesal...*, cit., t. II, p. 582, n° 322.9.4.

⁷⁹ El planteo no debe ser meramente consultivo o especulativo, sino que debe tender a precaver los efectos de un acto en ciernes sobre el que es necesario despejar dudas o acordar certeza. Cfr. re “Galli Guillermo P. y otros c/ Estado Nacional s/ varios”, expte. 9282, sent. 27/10/94 1ra. Inst. Juzgado 2, Sec. 4 Contencioso Administrativo; C.S.J.N. re “La Plata Remolques S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, 13/9/88; C.S.J.N. re “Leonardo Lorenzo Antonio Newland c/ Provincia de Santiago del Estero”, sent. 19/3/87.

material, espiritual, extrapatrimonial o moral⁸⁰— que justifique la declaración pretendida; vi.-) que no exista otro medio para poner fin al estado de incertidumbre⁸¹. Este aludido estado de incertidumbre puede producirse durante el desarrollo de una situación jurídica, sea porque no existe certeza respecto de la existencia o inexistencia de ella, o sobre la interpretación de la cláusula de un contrato, o sobre alguna modalidad del mismo⁸², o sobre la prescripción de créditos y derechos⁸³, o la viabilidad de ejecución fiscal de tasa de alumbrado, barrido y limpieza⁸⁴.

El artículo 322 CPCCN otorga a esta acción carácter subsidiario —a diferencia del sistema anglosajón para el cual se trata de un procedimiento alternativo—, siendo de aplicación la doctrina que en general admite que todo estado de incertidumbre jurídica que no tenga otro medio de solución que el de un fallo judicial, justifica una acción de simple declaración y una sentencia de tal naturaleza —y que no puede tener otro alcance que la declaración expresa que el derecho existe o no existe—⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. MORELLO A., SOSA G. y BERIZONCE R., *Códigos procesales en...*, cit., t. IV-A, p. 406.

⁸¹ Cfr. FASSI, SANTIAGO, *Código procesal civil y comercial*, t. II, Astrea Buenos Aires, 1979, p. 12; CNCiv. Sala D, 26/7/62 ED 4-281; CNCiv. Sala F, 27/10/64 ED 12-23; CNCiv. Sala C 4/4/72 ED 43-713.

⁸² Cfr. CARLI, C., *La demanda civil...*, cit., p. 48.

⁸³ Cfr. CApel. CC. Santa Fe, Sala I, 7/8/1970, Juris, 44, p. 9 n° 7971 en cita de FASSI, S., *Código procesal civil...*, cit., t. II, p. 13.

⁸⁴ Cfr. Cámara Civil, Sala D, re “Guerrero de Louge c/ M.C.B.A. s/ acción declarativa”, exte. libre 94.632/92, res. 23/9/98 ratificatoria de 1ra. Instancia.

⁸⁵ CPCCN, art. 322: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El Juez

No obstante, este criterio se ve ampliado por la posición de algunos tribunales para los que no cabe sostener dogmáticamente la tesis de la exclusión de la acción declarativa ante la existencia de otras vías, ya que su derivación provocaría una derogación del texto legal no admisible como resultado de la interpretación de norma.

Esta tesis abarcativa propone analizar la eficacia de la acción declarativa como modo de obtención de la paz civil entre las partes, lo que no debiera depender de un antecedente –la existencia de otro medio al momento del origen del diferendo–, sino de una consecuencia de la labor jurisdiccional: el poder que ella pueda tener para restablecer la concordia de los sujetos del pleito⁸⁶.

En el ámbito del derecho societario la acción declarativa suele utilizarse para obtener el reconocimiento del estado de socio, de reconocimiento de la calidad de gerente o del no cese de mismo por no existir justa causa, etc. Incluso se ha recurrido a la misma para determinar la validez del receso ejercido y en consecuencia del mantenimiento o pérdida de la calidad de socio⁸⁷. En cambio, no se ha aceptado la procedencia de la acción meramente declarativa intentada “por quien detenta la totalidad de las acciones de una sociedad en comandita por acciones, a cuya constitución oportunamente compareció como socio comanditario y que en la actualidad carecería de otros socios, por cuanto dicha situación se encuentra específicamente contemplada por la ley de facto 19.550

resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida”.

⁸⁶ Cfr. Juzgado 2 Sec. 4 Contencioso Administrativo Capital Federal, re “Galli Guillermo P. y otros c/ Estado Nacional s/ varios”, expte. 9282, res. 27/10/94 1ra. instancia confirmada por Cámara, con cita de CNCom. Sala D, 5/8/81 LL 1982-A p. 38.

⁸⁷ JNCom. 17 Sec. 33, 13 julio 2010 –firme– re “Francisconi c. AES Alicurá s. acción meramente declarativa”.

(art. 94, inc. 8º), como causal de disolución, hipótesis que reconoce procedimiento específico (arts. 98 y concs. Ley cit.)”⁸⁸.

1.4.3. Acción constitutiva

Las acciones constitutivas son aquellas que se dirigen a obtener la creación, modificación o la extinción de un derecho o una obligación, o una situación jurídica. Mediante estas se procura el dictado de una sentencia cuyos efectos –a diferencia de las de condena– se proyectan al futuro, y que se distinguen entre sentencias constitutivas de estado (interdicción, divorcio y nulidad de matrimonio) y sentencias constitutivas de derechos (la condena a indemnizar el daño causado por un acto ilícito). Su característica principal es que con el dictado de la sentencia se determina la aplicación de un nuevo derecho, cuyos efectos se extienden erga omnes aunque no se retrotraen al pasado⁸⁹.

Las acciones declarativas comparten en ocasiones características de las constitutivas patrimoniales, como ocurre en el caso de las de reconocimiento del estado de socio o su pérdida, o de la calidad de liquidador, o administrador o de gerente o su cese por existir justa causa⁹⁰.

⁸⁸ CNCom, Sala D, noviembre 15, 1979, ED 89-715; LL 1980-D, p. 749, 35.648S.

⁸⁹ No obstante el carácter constitutivo de las sentencias ha sido negado por cuanto: i.-) las constitutivas de estado no tienen efectos propios de una sentencia sino sólo de reconocimiento de aquel (el hijo no es tal porque el juez le atribuya tal carácter, ya lo era antes, ii.-) mientras que las constitutivas de derecho el crédito existe antes de la sentencia, que sólo lo constata. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 360.

⁹⁰ LS, art. 91: “Cualquier socio en las sociedades mencionadas en el artículo anterior, en los de responsabilidad limitada y los comanditados de las de en comandita por acciones, puede ser excluido si mediere justa causa. Es nulo el pacto en contrario. Habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de

1.4.4. Acción ejecutiva

Tiene por objeto obtener el cumplimiento, mediante el auxilio de la fuerza pública, de una obligación impuesta por sentencia de condena –o reconocida por el obligado– y se denomina ejecutiva por

sus obligaciones. También existirá en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada. El derecho de exclusión se extingue si no es ejercido en el término de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que se conoció el hecho justificativo de la separación. Si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue. Si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios”; art. 93: “En las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del artículo 92; el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del artículo 94, inciso 8); art. 152: “Las cuotas son libremente transmisibles, salvo disposición contraria del contrato. La transmisión de la cuota tiene efecto frente a la sociedad desde que el cedente o el adquirente entreguen a la gerencia un ejemplar o copia del título de la cesión o transferencia, con autenticación de las firmas si obra en instrumento privado. La sociedad o el socio solo podrán excluir por justa causa al socio así incorporado, procediendo con arreglo a lo dispuesto por el artículo 91, sin que en este caso sea de aplicación la salvedad que establece su párrafo segundo. La transmisión de las cuotas es oponible a los terceros desde su inscripción en el Registro Público de Comercio, la que puede ser requerida por la sociedad; también podrán peticionarla el cedente o el adquirente exhibiendo el título de la transferencia y constancia fehaciente de su comunicación a la gerencia”; art. 129: “El administrador, socio o no, aun designado en el contrato social, puede ser removido por decisión de mayoría en cualquier tiempo sin invocación de causa, salvo pacto en contrario. Cuando el contrato requiera justa causa, conservará su cargo hasta la sentencia judicial, si negare la existencia de aquella, salvo su separación provisional por aplicación de la Sección XIV del Capítulo I. Cualquier socio puede reclamarla judicialmente con invocación de justa causa. Los socios disconformes con la remoción del administrador cuyo nombramiento fue condición expresa de la constitución de la sociedad, tienen derecho de receso”.

oposición a aquella de conocimiento⁹¹. Según se refiriera, todas las acciones societarias, por remisión del artículo 15 LSC, son en principio acciones de condena, como aquellas relativas a la integración completa y temporánea de los aportes y su evicción, la reparación de los daños causados por la controlante y de perjuicios derivados de la actuación de liquidadores y administradores, etc.⁹².

1.4.5. Acción precautoria

Desde el interregno que principia con el inicio de la acción y concluye con el dictado de la sentencia que admita su procedencia, la situación del deudor puede variar respecto de la cosa litigiosa y la garantía jurisdiccional verse afectada si no se proveyesen medidas asegurativas⁹³.

El derecho a exigir del estado una intervención en tal sentido se denomina acción precautoria, y suele darse a través de la anotación de litis en los libros sociales o mediante la intervención de alguno de los órganos según los grados previstos por la ley –y aún la remoción de los administradores como cautelar de la acción social de responsabilidad-⁹⁴. Empero, en materia societaria prima el carácter excepcional y de emergencia de toda medida precautoria, la que debe adoptarse con gran circunspección y finalidad concreta⁹⁵.

Así, en cualquiera de sus formas y modalidades la pertinencia de la intervención judicial debe siempre ser apreciada por el juez

⁹¹ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 361.

⁹² LSC, arts. 37, 46, 47, 54, 103, 105, 280, 59, 276, 277 y 319 LS, entre otros.

⁹³ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 363.

⁹⁴ LSC, arts. 113 a 115.

⁹⁵ Cfr. COLOMBO, C., *Código procesal civil...*, cit., t. II, n° 9, p. 370.

con criterio restrictivo⁹⁶, dándole carácter de instituto cautelar societario de excepción⁹⁷. Abonan el apuntado criterio razones de prudencia económica, atento el daño que puede ocasionar al prestigio comercial de la sociedad una intervención que tome estado público⁹⁸.

1.5. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES SEGÚN EL DERECHO QUE SE PRETENDA PROTEGER, CON RELACIÓN EXCLUSIVAMENTE AL DERECHO SOCIETARIO

Atendiendo el derecho que tutelan, las acciones pueden clasificarse en i.-) personalísimas, que se fundan en la existencia misma del sujeto y ii.-) patrimoniales, que nacen de la relación del sujeto con los bienes destinados a satisfacer sus necesidades y que varían según la relación con los mismos sea directa (derechos reales, que se ejercen sobre las cosas con prescindencia de la actividad de las personas) o a través de otros sujetos (derechos personales, que

⁹⁶ LSC, art. 114 y CPCCN, art. 225.

⁹⁷ Cfr. MIGLIARDI, FRANCISCO, “Criterio Restrictivo para disponer la intervención de sociedades anónimas”, LL 148, p. 565; DASSO, ÁNGEL, “La intervención judicial en la sociedad anónima”, LL 1990-A, p. 636; CNCom., Sala B, LL 1990-A, p. 636; CNCom., Sala B, SJA 3/3/2004; JA 2004-I-702; HALPERÍN, ISAAC y OTAEGUI, JULIO, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 458. En contra, y por una interpretación flexible del criterio restrictivo previsto en la LS, véase PÉREZ PEÑA, LAURA, *Intervención judicial de sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pp. 48 y 49 y VÍTOLO, DANIEL y NISSEN, RICARDO, “La intervención judicial de las sociedades comerciales. Su regulación a través de normas de fondo y de forma”, ED 95-769.

⁹⁸ Cfr. GARCÍA CAFFARO, JUAN, “Pasado y presente de la intervención judicial de la sociedad anónima”, LL 152-803; ROUILLÓN, ADOLFO, “Interpretación restrictiva y facultades del juez en materia de intervención de sociedades comerciales”, *Colección Jurisprudencial Zeus*, t. 15, Zeus, Rosario, p. 298. Este último alude a la inmediata restricción del crédito que necesariamente sigue a la remoción de los administradores naturales del ente.

autorizan a exigir de una persona determinada el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer)⁹⁹.

Dentro de los derechos reales el Código Civil enumera los de condominio, usufructo y prenda¹⁰⁰. La LSC se refiere a los tres supuestos, de los que nos ocuparemos más adelante, al imponer en caso de copropiedad de acciones (en alusión a la forma de representar el capital en las sociedades anónimas) su indivisibilidad y por tanto las reglas del condominio, al autorizar el usufructo de acciones (a favor de una o varias personas¹⁰¹, lo que puede presentar dificultades producto de la disociación entre la titularidad de la acción y el uso de sus derechos asociados, dado que sus efectos no se circunscriben a las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario sino que inciden sobre la propia sociedad emisora¹⁰² y al contemplar la posibilidad de que el titular de las acciones o certificados provisionales constituya una prenda sobre éstas, en seguridad y garantía de una determinada operación comercial¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, p. 363.

¹⁰⁰ Código Civil, art. 2503: "Son derechos reales: 1º El dominio y el condominio; 2º El usufructo; 3º El uso y la habitación; 4º Las servidumbres activas; 5º El derecho de hipoteca; 6º La prenda; 7º La anticresis; 8º La Superficie Forestal".

¹⁰¹ LSC, arts. 209 y 218.

¹⁰² Cfr. URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER, "La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos" en *Curso de derecho mercantil*, t. I, de URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO, Civitas, Madrid, 2000, p. 858.

¹⁰³ LSC, art. 219 y Código de Comercio, art. 580.

1.6. LA ACCIÓN COMO MEDIO DE TUTELA DEL DERECHO SUBJETIVO

Así como todo conjunto de normas implica, por un lado, reglas bilaterales de conducta humana (derecho objetivo), por el otro existen poderes basados en tales preceptos y atribuidos a una voluntad con el fin de proteger intereses de los hombres y de los grupos sociales¹⁰⁴. Estos últimos, y por oposición al derecho objetivo, reciben el nombre de derechos subjetivos¹⁰⁵.

Mucho se ha discutido sobre la existencia previa de uno u otro. En realidad, siendo que el poder del individuo precede al derecho objetivo, y que este poder sólo se convierte en poder jurídico –en derecho subjetivo– en virtud del ordenamiento que lo protege, el nacimiento de ambos derechos –subjetivo y objetivo– es simultáneo¹⁰⁶.

Entre los derechos objetivos y los derechos subjetivos existe una perfecta coordinación, toda vez que no se concibe el uno sin el otro, implicándose recíprocamente: no hay norma que no otorgue facultad, ni derecho subjetivo que no encuentre fuente en una norma¹⁰⁷. El derecho subjetivo puede ser considerado como la

¹⁰⁴ Cfr. SPOTA, ALBERTO, *Tratado de derecho civil, parte general*–, t. I, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1960, p. 95.

¹⁰⁵ Derecho objetivo y derecho subjetivo, según se aluda a una norma o a una facultad. Cfr. ABELENDA, CÉSAR AUGUSTO, *Derecho civil, parte general*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 27. De allí que se identifica a la relación jurídica –en general– con alguna relación de la vida –en particular– ordenada por el derecho objetivo. Cfr. ENNECCERUS LUDWIG, KIPP THEODOR y WOLFF MARTIN, *Tratado de derecho civil, parte general*, vol. I, trad. PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, Bosch, Barcelona, 1953, p. 279.

¹⁰⁶ Cfr. ENNECCERUS L., KIPP T. y WOLFF M., *Tratado...*, cit., vol. I, p. 281, nota 1.

¹⁰⁷ Cfr. ABELENDA, C., *Derecho civil...*, cit., t. 1, p. 27.

facultad, poder o prerrogativa concedida por el ordenamiento jurídico a una voluntad¹⁰⁸, que sirve para la satisfacción y protección de intereses humanos¹⁰⁹. A este derecho-facultad se lo denomina subjetivo porque es algo de que el sujeto se ha apropiado, y que le pertenece o corresponde¹¹⁰. Se verá más adelante que la voluntad a la que aludimos es aquella concedida por el ordenamiento jurídico, por lo que los entes ideales no carecen de esta.

Depende entonces del sujeto involucrado ejercer o no la prerrogativa que el derecho objetivo regla¹¹¹, según sea su voluntad, y siempre y cuando no sea fuente de actos abusivos del derecho, contrarios al contenido social o económico de la norma. La noción de derecho subjetivo debe contemplar debidamente dos elementos que le resultan determinantes: por un lado, el poder jurídico, cuyo soporte o motor radica en la voluntad imputada por el ordenamiento a un sujeto, y por el otro, la necesidad de que ese poder sea apto para satisfacer intereses de los hombres o de las colectividades organizadas como corporaciones, o destinadas a la consecución de un

¹⁰⁸ Cfr. VON TUHR, ANDREAS, *Derecho civil*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 75; o bien el poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico, cfr. ENNECCERUS L., KIPP T. y WOLFF M., *Tratado...*, cit., vol. I, p. 279.

¹⁰⁹ Cfr. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil, parte general*-, t. I, 12ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, p. 41; SPOTA, ALBERTO, *Tratado de derecho civil, parte general*, t. 1, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1960, pp. 128 y 148.

¹¹⁰ Cfr. LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, en la actualización a la obra de SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de derecho civil argentino, parte general*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1964, p. 7. “Esa idea de pertenencia (‘derecho del sujeto’) se transforma luego en una relación de consustanciación (‘derecho subjetivo’); el individuo es sujeto en tanto cuanto tiene derechos, de modo que sujeto y derecho se confunden; el sujeto imprime su sello a los derechos que inviste y estos pasan a formar parte de su ser jurídico. Ese calificarse el derecho con las condiciones del sujeto se expresa con la pareja de términos ‘derecho subjetivo’, cuya misma hibridez apunta a dar idea de la compenetración del derecho y del sujeto.”

¹¹¹ Cfr. SALVAT, R., *Tratado...*, cit., t. I, p. 3.

fin que trasciende de las personas que constituyen esa colectividad o que se sirven de la misma.¹¹²

Ello por cuanto el ordenamiento no concibe el ejercicio del derecho en este positivado sin que a ello se sume un interés racional. De allí que, como contracara, el poder jurídico otorgado a un sujeto indeterminado pero determinable requiere ineludiblemente de la existencia de un deber jurídico a cargo de otra parte también indeterminada pero determinable (en realidad se trata de un deber de abstención erga omnes), por lo que al derecho de uno se le opone inescindiblemente un deber de otro¹¹³ –calificada doctrina incluso ve al derecho subjetivo como la facultad de exigir de otros una determinada conducta¹¹⁴–. Por el contrario, no a todo deber jurídico se contrapone un derecho subjetivo, tal es el caso de los derechos personalísimos.

1.6.1. Posiciones negatorias del derecho subjetivo

La existencia de un derecho subjetivo ha sido refutada tanto por motivos de política social como de asepsia lógica normativa. Para el primer grupo de refutadores, el sistema de derecho gira en torno de reglas objetivas, a las que los hombres deben sujetarse, cumpliendo los deberes que así se les imponen. No es el individuo,

¹¹² Cfr. SPOTA, A., *Tratado...*, cit., t. I, p. 132.

¹¹³ O a todo derecho se opone inescindiblemente un deber. No es esta una noción kelseniana pura de derecho, tan ampliamente difundida en nuestro medio, por cuanto esta –de manera inversa– da prevalencia al deber jurídico, cuya violación legitima al sujeto para el ejercicio de un derecho.

¹¹⁴ Cfr. BORDA, G., *Tratado...*, cit., t. I, p. 35.

entonces, otra cosa que un funcionario al servicio del Estado, cuyo poder de querer se deriva siempre de las normas que este dicta¹¹⁵.

A diferencia de los primeros, quienes bregan por la asepsia lógica del sistema normativo procuran desprenderlo de toda carga valorativa, asimilando el Derecho –todo– al conjunto de normas imperantes. Siendo estas las que, entonces, imponen deberes a los sujetos y les conceden facultades, ambas posturas, en definitiva, resultan analogables. Estas posturas suponen que el hombre está desprovisto de todo poder o prerrogativa fuera de las que le conceden las normas. Así, vida, honra y libertad resultan ser una derivación del derecho objetivo positivo, como consecuencia de lo que un grupo social jurídicamente organizado resolviera¹¹⁶.

1.6.2. Problemas

A los problemas anteriormente referidos en torno a la teoría de la acción se adiciona el “fantasma del derecho subjetivo”¹¹⁷. La relación entre acción y derecho subjetivo ha ocupado a los estudiosos de las ciencias jurídicas, cuyas conclusiones pueden mayormente agruparse en torno a dos concepciones antagónicas¹¹⁸:

i.-) la antigua –tradicional– doctrina de la acción, que no parecía admitir distinción alguna entre la acción y el derecho

¹¹⁵ Cfr. DUGUIT, LEÓN, *Las transformaciones del derecho privado*, citado por BORDA G., *Tratado...*, cit., t. I, p. 39. Tal la razón –en cita de BORDA– del art. 4º del viejo Código Civil de la Rusia soviética, que reconocía los derechos civiles con el objeto de desarrollar las fuerzas productoras del país.

¹¹⁶ Cfr. ABELENDA, C., *Derecho civil...*, cit., t. 1, pp. 41 y 42.

¹¹⁷ SENTÍS MELENDO, S., *Estudios de derecho...*, cit., t. I, p. 152.

¹¹⁸ Véase también la clasificación efectuada por PALACIO, L., en *Derecho procesal civil*, cit., t. I, pp. 372 a 374.

subjetivo material que se alegaba ante los tribunales¹¹⁹, considerándose a aquella como el derecho mismo en su faz dinámica, el derecho en movimiento. No obstante su masiva aceptación, la concepción tradicional dejaba de lado una serie de cuestiones sin responder, tales como la existencia de derechos sin acción – obligaciones naturales–, en ocasiones la falta de fundamento de la acción que sólo se revelaba al tiempo de la sentencia, o la acción agotada sin que pueda satisfacerse el derecho, por insolvencia del demandado;

y ii.-) la doctrina moderna, que distingue entre acción y derecho, sosteniendo la autonomía de aquella respecto de este. Baste para reparar en la certeza de esta afirmación recordar lo ya dicho en cuanto a que mientras los derechos subjetivos funcionan respecto de un acreedor y un deudor, la acción incorpora al Estado como árbitro dirimente; y que mientras los derechos subjetivos tienen como objeto la satisfacción de las expectativas del sujeto pretensor, la acción tiende a asegurar tales expectativas mediante la intervención del Estado¹²⁰. Parte de los autores contemporáneos entienden que la acción es un derecho en sí¹²¹, sólo que orientado a la obtención de una sentencia a favor de su titular, y que puede apreciarse a) desde la perspectiva del derecho público subjetivo a la tutela jurídica y deducido frente al estado; o b) como derecho potestativo que se ejerce frente al adversario y que se encamina a que el mismo soporte el efecto a lograrse.

¹¹⁹ Cfr. PLANIOL MARCEL y RIPERT GEORGE, *Traité pratique de droit civil français*, Libraire General de Droit. & Jurisprudence, Paris, 1929 p. 733; COLMO, A. *De las obligaciones en general...* n. 851, 919.

¹²⁰ Cfr. COUTURE, E., *Fundamentos...*, cit., p. 21.

¹²¹ Un derecho completamente autónomo respecto del derecho sustancial cuya tutela se persigue jurisdiccionalmente, según se verá. Cfr. SATTA, S., *Manual de derecho...*, cit., vol. I, pp. 119 y 120.

Empero, ambas posiciones reconocen a toda persona el derecho fundamental de afirmar una pretensión ante el juez y obtener una sentencia justa, lo que implica que si se ha demostrado a lo largo del proceso la titularidad de un derecho o un interés legítimo, el mismo debe ser tutelado de manera concreta¹²². Ello se deriva de que todo derecho subjetivo tiene vocación de eficacia, ya sea por respeto espontáneo o por la garantía jurisdiccional de tutela existente frente a su violación: la idea misma de derecho subjetivo exige admitir un derecho a su tutela efectiva.

1.6.3. Derechos subjetivos en materia societaria

Si se concede que el derecho subjetivo es el poder concedido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, que sirve para la satisfacción de intereses humanos, sólo pueden incluirse entre aquellos a los que corresponden a un hombre o a una pluralidad de estos. A partir de ello es que, desde temprano, algunos autores han desconocido la aptitud de las personas jurídicas –por contraposición a las físicas o humanas– para ser titulares de derechos subjetivos. Así ENNECCERUS, KIPP y WOLFF sostenían que:

“donde hablamos de derechos de una persona jurídica, por ejemplo, una asociación jurídicamente capaz o una fundación, no existe en realidad un sujeto al que correspondería el poder jurídico (pensado), pues no cabe considerar como sujetos de los derechos de la asociación o de la fundación ni a los miembros o representantes de la primera, ni a los beneficiarios o

¹²² Cfr. TOLLER F., *Libertad de prensa...*, cit., p. 433. “Dicho de otro modo: todos tienen derecho al proceso y a una decisión ajustada a Derecho y justa, tengan o no razón; y los que cuentan con el favor del Derecho de fondo, siendo titulares, por tanto, de un derecho sustantivo, tienen derecho instrumental a que ese derecho de fondo sea reconocido por la jurisdicción y tutelado eficazmente”.

administradores del patrimonio de la segunda. Por tanto, puesto que todo poder, incluso el meramente pensado, presupone conceptualmente un sujeto del poder, aquí no tenemos derechos en el sentido antes expuesto. Sólo hay una vinculación de bienes o de personas para un cierto fin (el fin de la persona jurídica). Pero a estas afectaciones a un fin no le son aplicables ni el concepto de derecho subjetivo, ni ninguno de los numerosos conceptos singulares y disposiciones jurídicas edificados sobre aquel. La consideración puramente teórica sólo tiene una doble posibilidad. O bien mantiene para las personas naturales el concepto de poder de los derechos, pero reconociendo que los llamados derechos de las personas jurídicas no son, en realidad, sino afectaciones al fin, estableciendo en consecuencia, junto a todo concepto singular del derecho, un concepto de la vinculación a un fin paralelo a aquél, y junto a toda regla de derecho que afecte a un derecho subjetivo o a su titular, una disposición correlativa para la afectación al fin. O bien partiendo de que todo nuestro ordenamiento jurídico, ya se refiera a las personas naturales o ya a las llamadas personas jurídicas, es de carácter esencialmente unitario, rechazar totalmente, en consecuencia, el concepto de derecho subjetivo como concepto de poder y estimar que, lo que nosotros calificamos de derecho subjetivo, es sólo una vinculación para ciertos fines, sean los fines de un individuo (derechos de las personas naturales), sean fines más generales reconocidos por el ordenamiento jurídico (derechos de las personas jurídicas)¹²³.

En similar sentido también se afirmaba que “así como en la comparación con el rey Midas, dijimos que este no podría convertir

¹²³ ENNECCERUS L., KIPP T. y WOLFF M., *Tratado de derecho civil...*, cit., vol. I, pp. 285 y 286. Los autores auguraban una futura evolución del derecho hacia la segunda posición –negatoria–.

en oro sino aquellos objetos cuyas cualidades loe permitieran ser tocados, el Derecho no puede convertir en sujeto, nada menos que en sujeto, a cualquier cosa. Si lo hace, la norma resultará inaplicable y farisaica”¹²⁴.

Empero, tal posición sólo se sostenía con anterioridad al desarrollo de la teoría de la personalidad. La sociedad nace de un contrato plurilateral –de organización¹²⁵– que da como resultado un sujeto de derecho, presupuesto básico de un sistema normativo que no se concibe sin éste¹²⁶, y cuyo fin se limita a aquel que el ordenamiento legal le tiene en miras –y no más allá¹²⁷–. Si bien la suerte del contrato y del sujeto de derecho que así se instrumenta permanecen indisolublemente unidas, la sociedad es más que el mero acuerdo, aunque sea éste el marco para juzgar su capacidad y competencia. Como persona, es un sujeto –ente– susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (artículo 30 Código Civil)¹²⁸, caracteres que la hacen apta potencial para actuar como titular activo o pasivo de relaciones jurídicas.

¹²⁴ LEÓN, PEDRO, “La persona y los derechos subjetivos”, en *Revista Jurídica de Córdoba*, vol. 4, Tea, Córdoba, 1947, pp. 596 y 597. Así responde el autor “a algunos sutiles formalistas que han hecho correr ríos de tinta, al ocurrírseles que un árbol o que el número 1.895 pueden ser sujetos de derechos, si así lo estatuye una norma jurídica”.

¹²⁵ En ocasiones también de la manifestación de voluntad de un sujeto único.

¹²⁶ Cfr. SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, “Personalidad de las sociedades”, en *Cuadernos de derecho societario*, de ZALDÍVAR ENRIQUE, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 146, n° 8.8.1.; ALEGRÍA, HÉCTOR, “El régimen de nulidad de las sociedades comerciales. Consideraciones críticas y alternativas superadoras”, *RDPyC*, 1995-8, p. 290.

¹²⁷ Cfr. ETCHEVERRY, RICARDO, “Sociedades comerciales: replanteo doctrinal de los efectos de su acto creativo”, *R.D.C.O.* 1978, n° 11, p. 719.

¹²⁸ Ente en cuanto algo que es apto para servir de soporte o punto de apoyo a situaciones jurídicas. Cfr. LEÓN, P., “La persona y ...”, cit., p. 599. Código Civil, art. 30: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer

Tal creación de la técnica del derecho, aceptada desde antiguo, no es más que una adecuación a la realidad económica y social que regula la actividad mercantil. Dentro de ella la sociedad comercial es el medio por el cual se hace posible la actuación colectiva en una ocupación económica, normalmente organizada de manera durable como empresa y orientada a un fin común¹²⁹, a la que la ley reputa sujeto de derecho si bien limitando sus alcances¹³⁰. Esta noción se integra a la de la capacidad con que toda persona cuenta por el sólo hecho de serlo, si bien con las consecuencias particulares que el ordenamiento le confiere en razón de la categoría –de persona– de que se trate¹³¹.

La capacidad difiere a su vez de la de imputación, mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona. A tal fin fija “diversos recaudos, variables según el supuesto, entre los cuales está la capacidad de cumplir el acto, adquirir los derechos o asumir las obligaciones que de él deriven y también las consecuencias sancionatorias de la ejecución de un acto prohibido. Hacen asimismo a la imputación, la mecánica

obligaciones”. El antecedente es el art. 16 del Esboço de Freitas, que, a diferencia, preveía que “son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos”, dejando de lado contraer obligaciones.

¹²⁹ Cfr. HALPERÍN ISAAC y BUTTY ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, vol. 1, 4^o edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 245 y 248; RICHARD, EFRAÍN y MUIÑO, ORLANDO, *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 35 y 36. En la atribución de personalidad no sólo debe verse un recurso de la autonomía de la voluntad para la mejor organización económica, sino como política legislativa de resguardo de los terceros, como la forma de afectar el patrimonio del nuevo sujeto a las obligaciones que su actuación genere, sin perjuicio de la responsabilidad mayor o menor de los que determinaron el medio. Cfr. RICHARD, EFRAÍN, “Nulidad absoluta de sociedad”, en RDPyC, n^o 8, Bs. As., 1995, p. 275.

¹³⁰ LSC, art. 2: “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley”.

¹³¹ Cfr. SUÁREZ ANZORENA, C., “Personalidad...”, pp. 130 y 131.

legal para la formación y expresión de la voluntad social, la actuación en nombre o por cuenta de la sociedad, el objeto societario -el acto de quien obra por la sociedad debe vincularse, porque no le es imputable si fuere notoriamente extraño a su objeto- y, en cuanto a la atribución de actos ilícitos y sus consecuencias, el régimen del art. 43 del Código Civil¹³².

No existe inconveniente, entonces, en referirse a los derechos subjetivos del ente, más si se entiende a aquellos como el poder, facultad o prerrogativa que, para satisfacer intereses humanos, el derecho objetivo reconoce, protegiendo “a quien realmente posee una voluntad, o a quien, por una abstracción, intelectivamente, atribuye una voluntad ajena; esto es, al sujeto jurídico o persona, que en virtud de tal prerrogativa puede, por sí o por otro, hacer u omitir lícitamente algo y exigir de otro u otros sujetos jurídicos un determinado comportamiento, siempre de acuerdo con las prescripciones de las normas jurídicas, y respecto de la regla moral y de los pilares en que se asienta el orden jurídico¹³³.” Aún cuando el titular del derecho pudiera carecer de voluntad por sí –lo que es discutible–, la ley le atribuye el poder a la voluntad del representante legal¹³⁴.

Tanto la LSC como las normas a las que ésta remite tienen entre sus finalidades la tutela de los derechos de la sociedad, en cuanto persona-jurídica–, como de sus socios, en tanto suscriptores –originarios o derivados– del contrato plurilateral de organización. Se

¹³² Cfr. SUÁREZ ANZORENA, C., “Personalidad...”, cit., p. 131. Código Civil, art. 43: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el Título: ‘De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos’”.

¹³³ Cfr. ABELEND, C., *Derecho civil...*, cit., t. 1, p. 31.

¹³⁴ Cfr. BORDA, G., *Tratado...*, cit., t. I, p. 37

ha dicho que el derecho subjetivo, en cuanto poder concedido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, tiene como contracara ineludible un deber jurídico a cargo de otra parte. Esa voluntad es real cuando se trata del socio en cuanto persona física, y pensada como voluntad del sujeto cuando nos referimos a la sociedad –en relación con los socios– y al ente en cuanto socio¹³⁵.

Frente al derecho subjetivo del socio surge el deber del ente y viceversa; frente al derecho subjetivo del ente surge el deber del socio¹³⁶. Algunos de los derechos derivados del contrato social, como el de voto –en el que pudiera prima facie confundirse derechos y deberes atribuidos a una misma persona–, son en realidad instituciones jurídicas complejas que se hacen valer frente a la sociedad¹³⁷, e indirectamente, ante los socios. Si se habla del derecho subjetivo de exigir de otro el pago de una obligación¹³⁸, se percibe claramente el del socio frente al ente, al pago del dividendo. Si se piensa en la facultad de goce de una cosa, y que esta debe ser respetada por los demás¹³⁹, nos encontramos frente a los particulares derechos del socio en el marco de las asociaciones civiles registradas bajo la forma de sociedad comercial¹⁴⁰.

Si se repara en el derecho subjetivo como poder de formación jurídica, en cuanto otorga a su titular la facultad de cambiar su

¹³⁵ Cfr. SPOTA, ALBERTO, *Tratado de derecho civil, parte general*–, t. I, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1960, p. 132.

¹³⁶ No se referirá aquí a los derechos subjetivos del ente frente a terceros, aunque su tratamiento es análogo.

¹³⁷ Cfr. BORDA, G., *Tratado...*, cit., t. I, p. 42.

¹³⁸ Cfr. BORDA, G., *Tratado...*, cit., t. I, p. 40.

¹³⁹ Tal el derecho de propiedad, clásico ejemplo de aquellos denominados como de señorío de dominación. Cfr. BORDA, G., *Tratado...*, cit., t. I, p. 40.

¹⁴⁰ LS, art. 3: “Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones”.

calidad original –ejerciéndola o no-¹⁴¹, nos encontraremos frente al derecho del socio de transferir sus participaciones sociales. Resulta fácil colegir que del constante ejercicio de los derechos subjetivos de socios y entre –y sus correspondientes deberes–, las hipótesis de conflicto son múltiples. A fin de tratar la defensa de esos derechos, resulta necesario referirse primero a aquellos –derechos y deberes– con algún mayor detalle.

1.6.4. La pretensión procesal

La pretensión procesal puede ser considerada como el acto –no el derecho¹⁴²– en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial o arbitral y frente a una persona distinta¹⁴³, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación¹⁴⁴. Así, la pretensión se orienta a lograr un determinado efecto jurídico, que configura el objeto –petitium– de aquella¹⁴⁵, y

¹⁴¹ Cfr. BORDA, G., *Tratado...*, cit., t. I, p. 40.

¹⁴² La pretensión “no sólo no es, sino que ni siquiera supone el derecho (subjetivo); la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por lo tanto, puede ser fundada o infundada.” CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, t. I, E.J.E.A, Buenos Aires, 1959, p. 31.

¹⁴³ A la actividad que la pretensión procesal requiere le corresponde una dimensión de lugar (la sede del órgano jurisdiccional) de tiempo (según cual sea la demanda) y forma (oral, escrita, etc.) según el proceso en que aquella se haga valer.

¹⁴⁴ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. I, p. 385. La pretensión cuenta con tres sujetos: quien la formula (actor), a quien se la formula (demandado) y ante quien se formula (el órgano que resuelve).

¹⁴⁵ El objeto del proceso es la materia alrededor de la cual gira su iniciación, desenvolvimiento y extinción, y se halla representado por una o más pretensiones o peticiones. Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. I, p. 368.

que es producto a su vez de la causa o título de la pretensión que el sujeto actor invoque¹⁴⁶.

Concebida como objeto del proceso, adquiere un significado que la diferencia de la acción y de la demanda: de la acción por cuanto esta no es otra cosa que el derecho en cuya virtud la pretensión puede ser llevada a la consideración de un órgano judicial, de la demanda por no ser ésta el objeto del proceso sino sólo un medio para promoverlo –un mero acto de iniciación procesal-¹⁴⁷.

Para que la pretensión sea favorablemente acogida, esta debe satisfacer los requisitos de a) admisibilidad, en cuanto debe resultar posible tratar su contenido, a efectos de pronunciarse sobre el fondo del asunto. Esta noción de admisibilidad, previa al examen de fundabilidad –derecho procesal y fiscal–, subsume a su vez otros requisitos –también así definidos– y que se relacionan directamente con normas procesales¹⁴⁸; y b) fundabilidad, en cuanto su contenido –derecho material– resulte apropiado para obtener una decisión favorable a quien planteara la pretensión.

Sólo una vez que se hubiera verificado la admisibilidad de la pretensión –verificado el cumplimiento de sus requisitos– podrá el juzgador expedirse sobre su mérito. Ello no obsta que la

¹⁴⁶ La causa, fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la que el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. No se confunde con la razón justificante de la pretensión ni con las argumentaciones que pudiera dar el actor, o con las normas que invoque (es indiferente la designación técnica que el actor asigne a la situación de hecho descripta ya que es consustancial a la función decisoria la libertad en la elección de la norma del caso –*iura novit curia*–. Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, t. I, cit., pp. 388 y 389.

¹⁴⁷ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. I, p. 384.

¹⁴⁸ Estos son, a su vez, a) intrínsecos o de fondo si refieren directamente a la pretensión y b) extrínsecos cuando su relación sea menor con el contenido propiamente dicho de la pretensión.

configuración jurídica de la pretensión procesal solo requiera que ésta contenga una afirmación de derecho con prescindencia de que coincida o no con el ordenamiento normativo vigente¹⁴⁹.

1.7. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN MATERIA SOCIETARIA Y SUS PARTICULARIDADES DERIVADAS DE ALGUNOS INSTITUTOS QUE LE SON PROPIOS

1.7.1. La regla de las mayorías y minorías

La calidad de socio otorga a quienes la detenten el ejercicio de una serie de derechos, a los que la doctrina suele agrupar, según el interés que tutelén, en políticos o patrimoniales. En procura del resguardo de ambos tipos de intereses, todos los socios –por el sólo hecho de serlo– concurren en paridad cuando sus peticiones se concretan en torno al derecho al dividendo, a la suscripción preferente, a acrecer, a la información, al voto, a promover acciones individuales y sociales, a integrar el consejo de vigilancia, a impugnar decisiones assemblearias, etc.¹⁵⁰. El ejercicio antifuncional o abusivo de estos derechos en desmedro del interés social¹⁵¹, da

¹⁴⁹ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. I, p. 385.

¹⁵⁰ Cfr. ARECHA, MARTÍN, “Las minorías en la sistemática de la ley de sociedades”, en *Derecho empresario actual*, cuadernos de la Universidad Austral, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 48 y 49. Existe sin embargo otra categoría de derechos que no se confieren con carácter general a todos los socios, y para cuyo ejercicio es necesario cumplir con los recaudos que particularmente la LSC establece, y que se caracterizan por requerir porcentajes mínimos de capital, ser derechos específicos que se ejercitan frente a una mayoría, y resultar indisponibles (entre estos derechos particulares pueden señalarse los que resultan de la aplicación de los arts. 236, 263, 275, 281 f, g, 282, 298, 311 y 319 LSC).

¹⁵¹ FERNÁNDEZ, MARÍA ÁNGELES y ZALDÍVAR, ENRIQUE, “El abuso de la minoría” en *Derecho empresario actual*, cuadernos de la Universidad Austral, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 329.

origen a lo que en doctrina se conoce como abuso de la mayoría o de la minoría, según el caso, y que más adelante se tratará.

La formación de la voluntad de las sociedades comerciales requiere de la decisión mayoritaria de las voluntades individuales de sus socios. La regla de la mayoría, de larga tradición jurídica y cuya consagración en el derecho societario deriva del derecho constitucional¹⁵², parte del presupuesto de que frente a una decisión que hace al interés común, la opinión más numerosa razonablemente llevará la solución más acertada¹⁵³, sin que ello importe identificar per se —aunque mayormente debiera coincidir— el interés social con el interés de la mayoría¹⁵⁴.

No obstante, tal principio dista de ser absoluto, por lo que determinar cuales habrán de ser los límites que corresponde asignar al derecho de unos o de otros no resulta una tarea sencilla, a poco que se repare en que ésta involucra cuestiones relativas al funcionamiento del ente, a sus derechos —y aún de terceros—, y, según dijéramos, a la protección de las propias mayorías y minorías.

En este contexto, tradicionalmente se ha sostenido que la solución legislativa se orientaría a la creación de instrumentos o herramientas que protejan a las minorías del poder que el principio mayoritario, regla esencial de funcionamiento en las sociedades estructuradas corporativamente¹⁵⁵, otorga a las mayorías. Estas

¹⁵² Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 60.

¹⁵³ Cfr. FORESTIER, JUAN CARLOS, “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría”, LL 1985-D, p. 974.

¹⁵⁴ Cfr. CApel. CC Rosario Sala III, 5/6/80 LL 1980-C, p. 317.

¹⁵⁵ “Desde el mismo momento en que el principio mayoritario es acogido como regla organizativa básica y principio esencial en el funcionamiento corporativo típico de las sociedades de capital, comienza a exigirse como una ‘exigencia elemental de justicia’ la necesidad de una adecuada protección de las minorías. La

diferencias directa o indirectamente repercuten en el ejercicio de aquellas acciones societarias que se derivan del conflicto entre mayorías y minorías o incluso entorpecen la obtención de los recaudos procesales para su ejercicio¹⁵⁶.

1.7.2. Abuso de la mayoría

El reducido número de socios que por lo general componen las sociedades denominadas cerradas o de familia¹⁵⁷, facilita que se formulen acuerdos respecto del gobierno del ente –a partir de la

adopción del principio mayoritario, explicable en el contrato de sociedad como un intento de reducir los costes de decisión para la colectividad en interés de todos sus miembros, plantea, simultáneamente, una exigencia mínima de tutela del socio, sin la cual un individuo racional no participaría en el contrato.” SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Monografías de *Derecho Societario* n° 15, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 128. En la República Argentina, y en la corriente de opinión que sostiene que el problema de las mayorías debe tratarse únicamente a través de la precisa reglamentación de conductas prohibidas, véase COLOMBRES G., *La teoría del órgano...*, cit., pp. 65 a 71. Este autor –que sigue en su razonamiento la línea positiva kelseniana– se opone a la aplicación de la teoría del abuso del derecho como modo de solucionar los conflictos planteados, “para evitar la aplicación de fórmulas generales ... que importan un debilitamiento de la certeza jurídica”.

¹⁵⁶ LSC, arts. 251, 254, 55 y 276.

¹⁵⁷ Son, en líneas generales y mayormente, sociedades anónimas que no cotizan o sociedades de responsabilidad limitada, caracterizadas por una importante estabilidad subjetiva –en razón de restricciones legales o estatutarias a la libre transmisión de acciones o cuotas– y en las que los socios minoritarios, en principio, encuentran incentivos para el ejercicio de sus derechos administrativos, dándose un cierto equilibrio de poderes entre asamblea y órgano de administración. Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, cit., p. 50. Pero estructurar un sistema en el que puedan cumplir su función tanto las mayorías como las minorías resulta también una necesidad para el sano desenvolvimiento del mercado de capitales y una condición para las sociedades que necesitan recurrir a terceros en general como medio de financiamiento. Cfr. ARECHA, M., “Las minorías...”, cit., pp. 46 y 47.

polarización de los sufragios emitibles—, lo que en ocasiones deriva en el abuso de las mayorías sobre las minorías¹⁵⁸. Este tipo de conflicto de intereses se manifiesta cuando un llamado grupo mayoritario¹⁵⁹, conformado por socios que reúnen la cantidad necesaria de votos para establecer la voluntad social, adopta decisiones en beneficio propio y de su particular interés¹⁶⁰, con indiferencia del interés del ente, en detrimento de los accionistas minoritarios¹⁶¹.

Ello incluso puede darse aún sin mediar lesión del interés social, cuando la decisión mayoritaria sólo procura vulnerar el del resto de los accionistas¹⁶² —llamado grupo minoritario-¹⁶³, lo que

¹⁵⁸ Cfr. BAKMAS, IVÁN, “El principio mayoritario y la unanimidad en las decisiones asamblearias”, LL 1997-C, p. 1093.

¹⁵⁹ Mayoría es el número mínimo de votos coincidentes exigido por la ley o el estatuto para que una moción se transforme en resolución atribuible al ente. Cfr. ZALDÍVAR, ENRIQUE y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 383; “desde un punto de vista puramente epistemológico, lo que se conoce como mayoría en las SA es el porcentaje de socios que toma las resoluciones volitivas de la sociedad, resguardando el interés de esta; y como minoría, el número de socios que en la formación de esas resoluciones o voluntad social ejerce un derecho participativo y protegido normativamente a través del derecho de información”, VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Sociedades comerciales. Ley 19.550 y modificatorias, comentada, anotada y concordada*, t. 5, Actualización General, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 152.

¹⁶⁰ Lo que genera un conflicto cuya vía de solución es la impugnación, y su remedio preventivo la prohibición de votar.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ M. y ZALDÍVAR E., “El abuso de la minoría”, cit., p. 329.

¹⁶² Cfr. ODRIOZOLA, CARLOS, “El conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, en *Estudios de sociedades comerciales, homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 49.

¹⁶³ Véase FORESTIER, J., “Nulidad de la resolución asamblearia...”, cit., LL 1985-D, p. 975. Una decisión asamblearia válida entonces, deberá orientarse a satisfacer el interés social o colectivo, expresarse a través de la regla de la mayoría, y dirigirse a un fin lícito y posible.

motiva el ejercicio de acciones tales como las derivadas de la violación de derecho al ejercicio del voto acumulativo¹⁶⁴ o la libre circulación de cuotas y acciones¹⁶⁵.

¹⁶⁴ “El sistema de voto acumulativo funciona para supuestos de directores plurales, y si el número de directores fijado en el estatuto está determinado en uno o dos miembros, es claro que en tal caso, conforme con el régimen de la sociedad previsto en su contrato, no es posible pretender ejercitar el derecho conferido en el art. 263 de la LSC. Pero otra cosa ocurre, cuando no existe tal limitación estatutaria, sino que hay cierto grado de discrecionalidad, frente al cual la asamblea no puede maniobrar en forma tal de limitar el ejercicio de aquel derecho (por ejemplo, aceptándolo para la designación de los directores titulares, pero no para la de los suplentes), pues ello constituiría abuso de la mayoría, al resultar afectado el derecho conferido a los socios en el mencionado art. 263.” Cfr. CNCom., Sala D, Octubre 20-986, ED, 123-181.

¹⁶⁵ “En la aplicación de cláusulas limitativas de la circulación de acciones, si tanto la decisión del directorio cuanto la de la asamblea que la ratificó, se sustentaron en una razón objetiva (“no es conveniente para la sociedad, por ser las personas que pretenden ingresar directivos de otra empresa con parte de su recorrido en competencia y por ser contraria al espíritu de la reforma del estatuto”) para negar la conformidad a la transferencia cuya aprobación solicitó al demandante, independientemente de su acierto o conveniencia no puede decirse que tales actos sociales impugnados carezcan de motivación o fundamento dado que se sustentaron en razones de interés social y circunstancias objetivas con entidad suficiente para descalificar el abuso endilgado. Si no se intentó probar que la restricción a la libre transmisibilidad está inspirada en propósitos persecutorios o de indebida discriminación, en beneficio de los integrantes de la mayoría y en detrimento de los accionistas minoritarios, ni que la apelación al interés social constituyera un engaño o una apariencia que encubriera el designio de aprovechamiento de la mayoría para beneficiarse a expensas del demandante o de otros socios, la voluntad social declarada por la mayoría debe ser estimada como expresión del interés social, adoptada en miras a satisfacer el beneficio común, que consiste en la consecución del fin de la sociedad.” Cfr. CNCom., Sala C, Noviembre 30-989, ED, 140-617.

1.7.3. Abuso de la minoría

La colaboración de los socios en la consecución de los fines sociales requiere tener en cuenta la existencia de una organización – que determina de que modo y con que alcance participa el socio de la actividad común– y el principio general de sumisión de todos los partícipes a un resultado unitario –sumisión de la minoría¹⁶⁶–, siendo consecuencia de la conjunción de estos elementos la pérdida de autonomía del socio individual y la supremacía del principio mayoritario¹⁶⁷.

Pero así como debe resguardarse que el principio mayoritario asegure la justicia de las decisiones, la minoría –o el socio aislado– también debe ser constreñido a no salirse de sus propios límites, “porque si perjudicial sería dejar a la sociedad sometida al poder omnímodo de quienes representen la mayoría del capital, igual de peligroso lo será el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable. La función de la minoría en el oren interno de la sociedad anónima es sencillamente de control. No puede pretender la interposición de

¹⁶⁶ Desde la perspectiva que plantea la dialéctica mayoría-minoría, esta última puede considerarse como el “círculo de personas en una sociedad o corporación que, de una forma duradera e institucional, no puede ganar influencia en la actividad de la sociedad”. SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios...*, cit., pp. 118 y 119. La formación de la voluntad social se instrumenta de acuerdo con el principio mayoritario, por lo que no sería admisible que una minoría pudiese paralizar la vida de la sociedad. Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 10ª ed., Porrúa, México, 2006, n° 9, p. 34.

¹⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios...*, cit., p. 33. Lo que no significa desaparición –por ende desprotección– de la esfera individual del socio. “En este sentido, junto al interés social o común hay que situar y delimitar el interés individual del socio y también, aunque íntimamente relacionado con él, el interés de la minoría.” Sobre las particularidades de esta distinción, véase la autora citada.

cortapisas al poder legítimo de los grandes accionistas, sino procurar que hagan uso legal de sus derechos”¹⁶⁸.

Del ejercicio abusivo por parte de las minorías de sus prerrogativas se deriva la imposición disfuncional de sus decisiones –en general y en puridad el veto a la decisión de la mayoría–, vulnerando la regla general que impone a aquellas el sometimiento a la voluntad de los más¹⁶⁹. De allí que la protección de los intereses de quienes, en principio –y razonablemente– resultan ser la parte débil de la ecuación, debe hacerse con prudencia, recordándose que la igualdad justa sólo es tal si se da entre iguales¹⁷⁰.

La sobreprotección de la minoría, en desmedro –sin causa suficientemente justificada– de la mayoría, conspira en definitiva contra el propio ente que todas las partes crearan con sus aportes y teniendo en miras un fin común¹⁷¹, por lo que el ejercicio de sus derechos por la minoría debe contemplar cuanto menos el deber de fidelidad que al socio peticionante cabe guardar para con los intereses de la sociedad de la que forma parte¹⁷², y que comienza por sujetarse –en términos generales– a la decisión mayoritaria¹⁷³.

¹⁶⁸ URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y MUÑOZ PLANAS JOSÉ, “La junta general de accionistas” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. V, Civitas, Madrid, 1992, p. 305.

¹⁶⁹ El principio de las mayorías por cierto no es absoluto. El mismo encuentra su limitación no sólo en las excepciones que la LSC consagra en favor de las minorías, sino también en el deber de sujeción de las decisiones de la mayoría al interés social y la consecución del objetivo común, que es el del ente.

¹⁷⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, de la Justicia.

¹⁷¹ El fin común es un rasgo esencial –por tanto distintivo– del contrato de sociedad, a punto tal que ha sido considerado sustituto de la *affectio societatis*. Cfr. HALPERÍN I. y BUTTY E., *Curso de derecho...*, cit., vol. 1, p. 279.

¹⁷² Cuando nos referimos a un deber de fidelidad del socio, no estamos frente a un deber en abstracto, sino que ese deber en concreto puede ser el soporte de obligaciones de no hacer en, por ejemplo, singulares situaciones de conflicto de

Cuando la decisión social provenga de una resolución formalmente adoptada por las mayorías legales previstas y no vulnere el interés social ni sea producto de la única voluntad de perjudicar a las minorías, estas deberán someterse ya que lo contrario importaría abusar del derecho de protección del que gozan.

intereses con la sociedad. Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL, “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1830, con cita a fallo del Tribunal Supremo español del 6 de marzo de 1992, y respecto de los límites al derecho de impugnar acuerdos sociales.

¹⁷³ Como señala ALCALÁ DÍAZ, el interés de la persona jurídica constituye el límite de la autonomía de decisión de sus miembros, lo que significa que entre el interés individual de los socios y el interés de la persona jurídica se delimita una frontera que impone la supremacía del segundo sobre el primero. Este principio ha servido para sustentar la existencia de un deber de fidelidad del socio en relación con el interés de la sociedad, que se integra dentro del contenido obligacional de la posición jurídica de socio e implica la obligación de defender el interés de la sociedad en situaciones en las que el mismo esté en colisión con el interés individual del socio. “No obstante, el referido principio de funcionamiento, regulador del juego de intereses en la organización societaria, no supone sino la aplicación de la regla de la buena fe a las relaciones del socio con la sociedad. En este sentido, la buena fe, que ha de presidir las relaciones jurídicas en general, se traduce en la vinculación del socio respecto de los intereses colectivos, prevaleciendo estos frente a sus intereses particulares, por lo que el mismo opera como límite al ejercicio de sus derechos y, en concreto, como límite al ejercicio de su derecho de voto. Por tanto el deber de fidelidad se define como la traslación, al ámbito de funcionamiento de la organización societaria, del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.” ALCALÁ DÍAZ, MARÍA ÁNGELES, “El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, año V, n° 9, Aranzadi, Pamplona, 1977, p. 91.

1.7.4. La *affectio societatis* en el ejercicio de las acciones sociales

El origen del término *affectio societatis* es mayormente atribuido a un comentario de ULPIANO, quien habría aludido a la importancia que a la *affectio* cabe respecto del contrato de sociedad, el cual, además de consensual en términos generales, requiere del consentimiento constante y duradero de sus socios¹⁷⁴. Los sucesivos jurisconsultos romanos solían aludir a tal original noción, en lenguaje justiniano, como *affectio* o *animus societatis* , o *contrahendae societatis* , o *habere tractatum* ¹⁷⁵: un factor intencional de unidad convencional traducido en sentimientos de estimación, confianza y solidaridad recíprocos indispensables para alcanzar los fines perseguidos por la sociedad¹⁷⁶.

El principio –en sus distintas reversiones– ha sido considerado como un elemento específico de todo acuerdo asociativo¹⁷⁷, modo en que también se trasladó al derecho argentino a partir del seguimiento que de la materia efectuara su codificador VÉLEZ SANSFIELD en la

¹⁷⁴ Guarda en sus orígenes correlación con el *ius fraternitatis* –Digesto, L. 17, 2, fr., 63 princ.–, remedo del *consortium* entre hermanos, en que los socios aparecen en el contrato no como adversarios que discuten sus intereses sino como colaboradores animados de un espíritu de fraternidad. Cfr. RIPERT, GEORGES, *Tratado elemental de derecho comercial* , trad. SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE, t. II, TEA, Buenos Aires, 1954, p. 50.

¹⁷⁵ Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano* , cit., p. 433.

¹⁷⁶ Cfr. SMITH, JUAN, “De la sociedad”, en *Código Civil y leyes complementarias* , de BELLUSCIO AUGUSTO y ZANNONI EUGENIO, t. 8, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 535.

¹⁷⁷ El animo de formar sociedad sólo se da al momento de la constitución, siguiéndolo en más la *affectio* , que se asemeja más a un deber de conducta que una calidad volitiva originaria

normativa francesa –y en especial de las opiniones de TROPLONG¹⁷⁸, según el criterio adoptado por el Código Civil, conforme se desprende de la nota a su artículo 1648¹⁷⁹.

Desde entonces la doctrina y los tribunales en general suelen referirse a la *affectio societatis* como una voluntad de colaboración activa, consciente, permanente, jurídicamente igualitaria e interesada, por la que cada socio adecúa su conducta e intereses personales egoístas y no coincidentes con las necesidades de la sociedad, para que esta pueda cumplir su objeto¹⁸⁰, la que habrá de guardar un mayor o menor acento según el tipo social de que se trate.

Incluso se ha considerado que la desaparición de la *affectio societatis* pudiera ser causal de disolución¹⁸¹ –vinculándose de

¹⁷⁸ Por una reseña de histórica de la *affectio* en las doctrinas francesas, italianas, española y brasileña hasta mediados del siglo XX, véase FARGOSI, HORACIO, *La affectio societatis*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1955, pp. 15 a 47.

¹⁷⁹ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos...*, cit., t. I, n° 5.2.5., p. 83.

¹⁸⁰ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos...*, cit., t. I, n° 5.2.5., p. 81; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, t. I, vol. 1, Amorrortu, Buenos Aires, 1957, p. 379; HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho comercial...*, cit., n° 28, pp. 295 y 298; VIDELA ESCALADA, FEDERICO, *Las sociedades civiles*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 85; ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Código de comercio comentado*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 293, nro. 556; VILLEGAS, CARLOS, *Derecho de las sociedades comerciales*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 67; RICHARD, E. y MUIÑO, O., *Derecho societario*, cit., p. 151; En jurisprudencia, C.2ª C.C. Santa Fe, 7-8-53 Juris, t. 3, p. 285; CNCCom., Sala D, ED 61-494; CNCiv. Sala A, ED 88-139; CNCiv., LL 1981-B, 49 –JA 981-III, 548 – ED 92, 106 –JL 981-15, 190; –en sociedades accidentales y en participación, CNCCom., D, LL 1986-D, 656-; CNCCom., Sala C, marzo 15-1989, re “Hilbert, B. I. c/. Romero, E. G. y ots.”; CNCCom., Sala B, ED, 161-173, N° 46.218 – IMP, 1995-A, 815; CNCiv., Sala F, LL 1999-A, 469 –DJ 1998-3, 683.

¹⁸¹ En contra, por no hallarse prevista entre las causales de disolución dispuestas en la LSC, cfr. CNCCom., sala D, 12/02/2002, re “Comelli de Sidañez, G. c/ Amílcar Comelli S.A. y ot.”; CNCCom., Sala B, ED 92-300; CNCCom., Sala B, ED, 109-

manera necesaria con el ejercicio de las acciones conexas—, aún cuando no se encuentre expresamente normado¹⁸²:

i.-) atribuyendo a su pérdida un cariz economicista que se traduce en la decisión de los socios de no colaborar en la consecución del fin común¹⁸³; ii.-) aceptando que la imposibilidad sobreviniente a la que alude el art. 94 inc. 4° LSC pueda ser también subjetiva, como las graves desavenencias en el gobierno de la sociedad¹⁸⁴; iii.-) o cuando de la falta de affectio —y no de la mera desinteligencia o discrepancia entre los socios— se deriven conflictos tales cuyas consecuencias lleven al convencimiento de la imposibilidad de un funcionamiento normal del ente en pos del objeto social¹⁸⁵.

139; Por no tratarse de un elemento esencial del contrato de sociedad, cfr. Cám. Com., C, diciembre 14-1979, re “Rey, B. c/ Areas, P. A.” Por no ser más que la denominación específica que en el caso de las sociedades recibe la intención de celebrar el contrato social, por ende, ajena a las casuales legales de disolución, cfr. CNCom., sala D, 12/02/2002, re “Comelli de Sidañez, G. c/ Amilcar Comelli S.A. y ot.”; CNCom., Sala E, 27/12/1991, re “Pagliai, A. c/Fernández Lacour, C.”.

¹⁸² MOULIN, JEAN-MARC, *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, Paris, 2013, p. 88 —la legislación francesa tampoco regula este elemento de manera expresa, y que resulta de la tradición—.

¹⁸³ Cám.Com. Capital Federal, LL, t. 64 p. 677, según FARGOSI, H., *La affectio...*, cit., p. 71.

¹⁸⁴ Cfr. CORNEJO COSTAS, EDUARDO, *La sociedad comercial*, Virtudes, Salta, 2006, pp. 347 y 354; CNCom., Sala A, julio 17-2003, re “Alberte, E. D. y ot. c/ Alvic S.R.L.” en *Compendio de sociedades comerciales*, FARINA, JUAN, Zeus, Rosario, 1989, p. 137; CNCom., Sala A, LL 2003, F, 118 – IMP 2004-A, 1321.

¹⁸⁵ Cfr. ZUNINO JORGE, *Disolución y liquidación*, t. II., Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 81 y 82; HALPERÍN, ISAAC, “Reseña crítica de jurisprudencia”, R.D.C.O., 1971-312 y 313; CNCom., Sala A, julio 17-2003, “Alberte, E. D. y ot. c/ Alvic S.R.L.” en *Compendio de sociedades comerciales* de FARINA J., Zeus, Rosario, 1989, p. 137. En jurisprudencia, CNCom., Sala A, LL, 1985-A-671; CNCom., Sala C, rep. ED, 13-846 y LL 1985-D-476; CNCom., Sala A, LL 2003-F, 585 – IMP 2003-B, 2947; CNCom., Sala C, junio 22-1979, “Ferradas, Alfredo c. Noel, José A.”; CNCom., Sala C, mayo 15-2014 “Althabe María c. Efel S.A.”, IJ-LXXII-419. Esgrimir

Atento estas consideraciones, los efectos de la *affectio societatis* habrán de variar en su intensidad según el tipo, cuestión a considerar al tiempo de ejercerse la acción si se procura obtener una solución normativamente ajustada y sujeta a lo justo deseable. Empero, algunos autores y tribunales niegan a la *affectio* carácter de elemento del contrato asociativo, calificándola de subjetividad impropia de un ordenamiento positivo¹⁸⁶, innecesaria¹⁸⁷, o asimilándola al consentimiento propio de todo contrato –del cual sería un mero duplicado-¹⁸⁸, o equiparándola al fin común¹⁸⁹, o

desavenencias entre los socios para justificar la petición de disolución es una práctica usual desde antes de la creación de la república Argentina. Cfr. MARILUZ URQUIJO, JOSÉ, “Notas sobre la evolución de las sociedades comerciales en el Río de la Plata”, en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, n° 22, Buenos Aires, 1971, p. 114.

¹⁸⁶ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 56.

¹⁸⁷ Tal es la posición de VERÓN, A., *Sociedades comerciales. Ley 19.550...*, cit., t. I, p. 21, quien respecto de las sociedades cerradas, refiere que “si por intuito personae debe entenderse ‘las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o razón, sino al respeto que alguien merece’, puede sostenerse que en la sociedad anónima de familia predomina el intuito personae y no el *affectio societatis*, pues aquel presupone la confianza recíproca, un mayor acercamiento relacional entre los socios y una ‘cerrazón’ que evita otras o extrañas omisiones”. En cuanto a su innecesariedad, la misma se verificaría frente a aquellos supuestos en que por imperativo legal se impone calidad de socio a tercero carentes de intención o ánimo asociativo (v. gr. arts. 90 y 155 LSC y que prevén el pacto de continuación con los herederos del socio muerto). Cám.1ªC.C. Bahía Blanca. ED, 56-595.

¹⁸⁸ Cfr. ASCARELLI, TULLIO, *Sociedades y asociaciones comerciales*, trad. SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 28; ARAUZ CASTEX, MANUEL en cita de ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Código de comercio comentado*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 292, nro. 556: “ARAUZ CASTEX, al resolver este punto con relación a una sociedad entre escribanos, decía que la *affectio societatis* no es un elemento del contrato de sociedad ... lo que no puede pretenderse es que en materia de sociedad haga falta siempre que los socios se profesen algún particular sentimiento o cosa por el estilo y en los demás contratos no ... si la *affectio societatis*

reduciéndola al propósito de cooperación –aún originario¹⁹⁰– para el logro de un negocio¹⁹¹, o circunscribiéndolo al momento de la constitución a fin de determinar la existencia de sociedad u otro contrato¹⁹². Incluso se ha llegado a sugerir, en procura de evitar equívocos, la conveniencia de la supresión del término *affectio societatis* y sus análogos¹⁹³.

1.7.5. La cuestión de la *affectio societatis* según el tipo social y su relación con la acción social

En las sociedades de personas o partes de interés, organizadas sobre una base personalista para el ejercicio en nombre colectivo de una actividad económica por cuyas consecuencias los socios responden frente a terceros solidaria, ilimitada y subsidiariamente, es donde la *affectio societatis* se manifiesta con mayor fuerza intensidad¹⁹⁴. Es que la responsabilidad agravada del socio que se

fuese un elemento más del contrato de sociedad, habrá que ampliar ese criterio e incluir ‘la confianza’ en el concepto de mandato, el ‘amor’ en el matrimonio, y así en cada caso que se requiere consentimiento”; CNCom., Sala E, 27/12/1991, “Pagliai, A. c/Fernández Lacour, C.”; CNCom., Sala D, 12/02/2002, “Comelli de Sidañez, G. c/ Amilcar Comelli S.A. y ot.”

¹⁸⁹ RICHARD E. y MUIÑO O., *Derecho societario*, cit., p. 153.

¹⁹⁰ Cfr. MARTORELL, ERNESTO, *Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 193.

¹⁹¹ Cfr. Cám.Civ. B, , ED 103-620; ED 182-438; C1°CC San Isidro, Sala I, SP LL 980-117.

¹⁹² Cfr. SIBURU, JUAN, *Comentario al código de comercio argentino*, 3ª ed., t. IV, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1933, p. 229.

¹⁹³ Cfr. MUGUILLO ROBERTO y MASCHERONI FERNANDO, *Manual de sociedades civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1994, p. 43; CNCom., Sala A, marzo 11-1980, re “Rotter, A. c/ Eidelman de Topf, I.”.

¹⁹⁴ Cfr. GARRONE JORGE, y CASTRO SAMMARTINO MARIO, *Manual de derecho comercial*, Buenos Aires, 1996, p. 300. Alguna doctrina (FARINA JUAN, “Conflictos

involucra en el ente de modo tal que corre su suerte¹⁹⁵ –incluso en caso de falencia¹⁹⁶– requiere un máximo de voluntad colaboracionista activa que importe adecuar su conducta y posponer sus intereses personales egoístas por las necesidades de la sociedad.

En concordancia, para el ejercicio de la acción de exclusión del socio¹⁹⁷ se requiere el incumplimiento previo por parte del excluido de sus obligaciones –y que habilita la resolución parcial del contrato social como aplicación del pacto comisorio; arg. artículo 216 Código de Comercio¹⁹⁸–.

societarios y *affectio societatis*”, LL 19/10/2010) incluso circunscribe la aplicación de la *affectio societatis* al caso de las sociedades intuito personae, excluyendo a las sociedades de capital. Se trataría para este autor de un aspecto que atañe al funcionamiento de la sociedad, derivado de la intención y del comportamiento de los socios, cuya falta se refleja en un comportamiento antisocial de un socio que justificaría su exclusión “o bien solicitar la disolución de la sociedad cuando tal ‘affectio’ falta en todos los socios o en un número significativo que impida, evidentemente, a la sociedad lograr su objetivo y funcionar dentro de un marco de colaboración activa e igualitaria para el logro de fines comunes”. En las sociedades irregulares y de hecho – como tipos– la presencia de *affectio societatis* incluso – como tipos– resulta prueba fundamental de su existencia. CNCiv., Sala B, diciembre 16-1982, “Agazzi, S. c/ Delait. de Devoto, C.”; Cám. C.C.Civ. y Com. 7ª Nom., Córdoba., LLC 1994, 116; Cám. Civ., Com., Trab. y Flia., Villa Dolores, LLC 2004 (diciembre), 1214.

¹⁹⁵ LCQ art. 161; Cfr. OTAEGUI, JULIO, *La extensión de la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 42; BALBÍN, SEBASTIÁN y otro, *Extensión de la quiebra*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 112.

¹⁹⁶ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos ...*, t. II, p. 7.

¹⁹⁷ LSC, arts. 37, 46, 91, 92, 93, 133 y 152 LS.

¹⁹⁸ Cfr. CÁMARA HÉCTOR, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, TEA, Buenos Aires, 1957, p. 34. De tal incumplimiento nace la exclusión “como derecho de la sociedad o de los socios en particular, cuando uno o alguno de ellos no cumpla o esté imposibilitado de cumplir, voluntaria o involuntariamente, por causas que le son imputables o no, con los deberes y las obligaciones que les impone el mero hecho de pertenecer a una sociedad y que en definitiva se traduce en aquella ‘voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada’

En el caso de las sociedades anónimas la intensidad del efecto de la *affectio societatis* se ve morigerada –respecto de las de partes de interés– al momento del planteamiento de acciones derivadas del contrato social¹⁹⁹, sin perjuicio de su admisión “incluso en las sociedades por acciones, en razón de que el *ius fraternitatis* debe existir en todas las formas de sociedad”²⁰⁰. Las llamadas clausulas leoninas (artículo 13 LSC) no serían más que una forma de violación del *affectio societatis*.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, la voluntad consciente de colaboración usualmente inexistente, persiguiendo el sujeto que deviene en socio un fin meramente especulativo de inversión (en oportunidades a través de la intervención de terceros – agentes – y sin tomar conocimiento de su calidad). Empero, esto no debe llamar a error en cuanto a la importancia de la *affectio societatis* como requisito –aún no positivizado– y cuya voluntad requerida no es meramente volitiva²⁰¹. Calificada doctrina alude a esta particularidad de la siguiente manera:

“...del mismo modo que el ‘animus donandi’ no es la intención de donar, sino que evidencia el deseo de hacer una liberalidad,

con que se definió la *affectio societatis*”; id. ZUNINO JORGE, *Disolución y liquidación*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 94 y 95; CNCom., Sala A, LL 2001-C, 221; CNCom., Sala A, marzo 24-2000 re “Gagliardo Osvaldo E. y otro v. Moiguer, Fernando y otro s/sumario”.

¹⁹⁹ “La ‘*affectio societatis*’ no ocupa lugar alguno en las sociedades anónimas, por formarse las mismas ‘intuito rei’”, Cám. Paz Letr. II, Rosario, marzo 11-1980, re Uranga, Manuel c. Financiera de Forestación, S. A.

²⁰⁰ Cfr. RIPERT, GEORGES, *Tratado elemental de derecho comercial*, trad. SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE, t. II, TEA, Buenos Aires, 1954, p. 50.

²⁰⁰ Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 433.

²⁰¹ En contra, MARTORELL, ERNESTO, “¿alguien puede imaginar *affectio*..., entre los tres millones de socios de ATT (American Telephone and Telegraph)?”; *Tratado de las...*, cit., t. I, p. 194–.

..., la ‘*affectio societatis*’ no es la voluntad o la intención de asociarse, sino la voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes a las necesidades de la sociedad para que pueda ella cumplir su objeto, y así, y a través de ella, que se mantenga durante la vida de la sociedad una situación de igualdad y equivalencia entre los socios, de modo que cada uno de ellos y en conjunto observen una conducta que tienda a que prevalezca el interés común, que es el modo de realización de los intereses personales ...la ‘*affectio societatis*’... jugaría preponderantemente en el período que podría denominarse funcional de las sociedades y revelaría como la conducta de los socios destinada a adecuar sus intereses personales y egoístas con el objeto social, de modo de hacer posible su realización, posponiendo aquellos a lo que comúnmente se denomina interés social”²⁰².

Así entendida, la apuntada voluntad asociada a la *affectio societatis* parecería resumirse mejor en una carga desprovista de intención y ánimo, en un ingrediente normativo del contrato que impone una colaboración activa, aunque atenuada en las sociedades por acciones²⁰³.

Esta influencia de la *affectio* que no puede soslayarse al momento de resolver la procedencia y alcance de la acción, también se ve reflejada en la sanción al socio que vota en interés contrario al de la sociedad cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida²⁰⁴.

²⁰² FARGOSI, H., *La affectio societatis*, cit., p. 88.

²⁰³ Cfr. posición de BUTTY, E. en *Curso...*, cit., 4ª ed., n° 28, pp. 295 y 298.

²⁰⁴ LSC, art. 248: “El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla. Si

contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”; art. 254: “Los accionistas que votaran favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia. Una asamblea posterior podrá revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto desde entonces y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa”. Cfr. CNCom. Sala B, noviembre 5-1993 re “Paramio Juan Manuel c. Paramio Pascual E. y otros”, ED 156-120.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROCEDIMIENTO SOCIETARIO

EN SEDE JUDICIAL:

LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 15

DE LA LEY DE SOCIEDADES Y SUS EXCEPCIONES

2.1. EL PROCESO EN MATERIA SOCIETARIA

Jurisdicción y acción se conectan y articulan a través del proceso²⁰⁵, conjunto de fases sucesivas de una operación artificial de las que se obtiene una providencia jurisdiccional –judicial o arbitral– precedida de todas las diligencias y solemnidades requeridas por el derecho²⁰⁶. Estas providencias jurisdiccionales no resultan espontáneas ni instantáneas –el órgano jurisdiccional debe ser requerido y en ocasiones estimulado– y su pronunciamiento sólo es alcanzado luego del cumplimiento de numerosos actos que se suceden en un período de tiempo más o menos largo. Este conjunto

²⁰⁵ Acción y proceso son conceptos correlativos que integran los tres capítulos fundamentales del derecho procesal, “cuyo contenido no es otro que el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado”. Cfr. ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Parte general*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1963, pp. 299 a 301.

²⁰⁶ Cfr. *Diccionario Real Academia Española*, 2014, <http://lema.rae.es/drae/?val=proceso>.

de actos, “considerados como una unidad en vista del fin que los reúne, constituye empíricamente el proceso en sentido judicial”²⁰⁷.

Las varias actividades que componen el proceso, y que aunque materialmente distintas y cronológicamente separadas forman una serie continuada individualizada por la unidad del fin, constituyen otros tantos actos jurídicos –sus formas y efectos están regulados por ley– a los que se denomina actos procesales²⁰⁸.

El modo en que los actos se realizan y ordenan –formas procesales– puede llevarse a cabo según dos sistemas abstractamente concebibles como contrapuestos:

i.-) el de la libertad de las formas procesales, que deja a criterio de quien solicita una providencia jurisdiccional la elección del modo de dirigirse al juzgador, sin necesidad de orden y modos estrictamente preestablecidos y ii.-) el de la legalidad de las formas procesales, para el que las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas discrecionalmente, sino que deben para poder tener eficacia jurídica ser realizadas en el modo y con el orden que la ley establece ²⁰⁹.

La LSC adoptó para la solución de diferendos derivados del contrato social, a través de la remisión a los diversos códigos procesales efectuada por el artículo 15, el sistema de legalidad de la forma (...”procedimiento sumario”...). Tal elección, según se verá más adelante, obedeció mayormente al desencanto de partes y juristas tras la infructuosa utilización por más de un siglo de

²⁰⁷ CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Librería el Foro, 1996, Buenos Aires, n° 43, p. 318; id PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, n° 43, p. 221.

²⁰⁸ Cfr. CALAMANDREI, P., *Instituciones...*, cit., vol. I, n° 43, p. 319.

²⁰⁹ Cfr. CALAMANDREI, P., *Instituciones...*, cit., vol. I, n° 43, p. 320.

mecanismos arbitrales –y de la libertad de las formas–, imperante desde la Revolución de Mayo de 1810 y hasta la sanción de la ley 19.550, en 1972.

Pero la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas para alcanzar ciertos fines “tienden a sobrevivir a su función y a permanecer cristalizadas en la práctica aun después de terminadas su justificación histórica, como fin en sí mismas; así a veces, el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia, degenera en formalismo y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego como fórmulas rituales que tienen por sí mismas un valor sacramental (en el lenguaje forense, en efecto, el procedimiento se llama también ‘rito’)”²¹⁰. Tal el caso de la utilización del procedimiento de conocimiento abreviado dispuesto por la LSC –o pleno para el caso de los códigos de rito que, como el nacional, no recepten esta forma – y que aquí se propone sustituir.

2.2. LA REGLA GENERAL DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO

El artículo 15 de la ley 19.550 fija el procedimiento sumario como regla general para la tramitación de la mayoría de las acciones societarias²¹¹, tal el caso de la demanda que persigue la declaración de nulidades assemblearias o de cláusulas contractuales o estatutarias, la remoción de los administradores o su responsabilidad, las cuestiones derivadas del contrato de suscripción de acciones y que importen la pretensión de emplazarse como

²¹⁰ CALAMANDREI, P., *Instituciones...*, cit., vol. I, n° 43, pp. 320 a 323.

²¹¹ El art. 368 LSC derogó los arts. 448 y 449 del Código de Comercio, que admitían la solución de conflictos a través de árbitros según los términos, formas y alcances allí previstos.

socio²¹², la liquidación de una sociedad de hecho cuya existencia se encuentre establecida²¹³, las condiciones en que los socios pueden requerir liquidaciones parciales y el procedimiento en caso de negarse los liquidadores a efectuarla²¹⁴, la determinación del valor de la parte social del recedente, la exclusión del socio, entre otras²¹⁵. Como excepción a esta pauta procesal la ley contempla –entre otros– los casos de la acción de convocatoria a asamblea por el accionista²¹⁶, la exhibición de libros, la impugnación de la valuación de los aportes en especie y la intervención judicial prevista en los casos de los artículos 236, 55, 52 y 113 a 118 LSC respectivamente.

La elección de un procedimiento sumario, especie correspondiente al género de los procesos de conocimiento incorporado a la legislación nacional con la sanción de la ley 17.454 de 1968 –el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– y que se distinguía del más extenso procedimiento ordinario, tuvo en vista su hipotética adecuación a la celeridad requerida por el tráfico negocial²¹⁷. Mediante éste se procuraba²¹⁸:

²¹² Cfr. CNCom. Sala D, noviembre 24-978 re “Prodmet, SA c. Papel Prensa, SA”, ED Disco Láser 1999, Registro n° 138072; CNCom. Sala D, abril 9-979, ED 84-340.

²¹³ Cfr. CApel. CC San Martín, Sala II, abril 24-979, ED 84-186.

²¹⁴ Cfr. MASCHERONI, FERNANDO, “Algo sobre liquidación de sociedades comerciales” DSE, dic. 1998; VERÓN, ALBERTO, *Sociedades comerciales. Ley 19.550, comentada, anotada y concordada*, 2ª ed., t. 1, Astrea, 2007, p. 128.

²¹⁵ LSC, arts. 251, 16, 22, 274, 200, 103, 107, 70 y 91.

²¹⁶ Cfr. CNCom. Sala A, agosto 12-1994, ED 166-81; CNCom. Sala A 12 noviembre-998, re “García Ernesto C. c. Ablo S.A.”, 42.410-S p. 595, LL 2000-A p. (162); CNCom. Sala A marzo 30-001, re “Lodeiro de López Carmen c. Garay 1182 SRL”, LL 2001-D, p. 430.

²¹⁷ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 127; ROMANO, ALBERTO, en *Código de Comercio, comentado y anotado*, de ROUILLÓN, ADOLFO y ALONSO, DANIEL, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 35.

i.-) dotar a los jueces de mayor poder en lo atinente a la dirección de las causas, sin abandonar el principio dispositivo y dentro del marco del sistema escrito de doble instancia; ii.-) sancionar las inconductas procesales y iii.-) suprimir formalidades superfluas, de modo de agilizar los trámites y evitar su excesiva prolongación.

Empero, la bipolaridad ordinario-pleno y sumario-abreviado consagrada por ley 17.454 no funcionó de acuerdo a las expectativas, ordinarizándose la generalidad de los trámites que el legislador proyectara simplificar²¹⁹, aún cuando en la práctica estos se tramitaran como sumario, por lo que la supresión de este procedimiento por ley 25.488 del año 2002 no fuera vista con disfavor por la doctrina²²⁰, ello sin perjuicio de la opinión generalizada de que hubiera resultado preferible solucionar las falencias y profundizar los nuevos mecanismos en lugar de abandonarlos²²¹.

²¹⁸ Cfr. OTEIZA, EDUARDO, “Los procesos de conocimiento amplio. Consideraciones sobre la eliminación del proceso sumario”, en *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 13.

²¹⁹ “La existencia de dos procesos complejos y completos (ordinario y sumario) es superabundante y los nuevos proyectos legislativos han unificado estos dos sistemas en uno solo, más elástico, generalmente denominado ordinario. La bipolaridad de los procesos de conocimiento, cuando se sancionó la ley 17.454, representó un puente entre el pasado (proceso ordinario) y el futuro (proceso sumario), que estaba preparado para saltar hacia el proceso oral. Sin embargo, por un efecto similar al de la ley de Gresham (‘la moneda mala expulsa la buena’), en la práctica el proceso ordinario prácticamente expulsó al sumario, ordinarizándose la generalidad de los trámites”. FALCÓN, ENRIQUE, *Procesos de conocimiento*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 15.

²²⁰ Cfr. PALACIO, LINO, “Anotaciones para una explicación de la reforma procesal civil y comercial (ley 25.488)” LL 2002-A, 1177.

²²¹ Cfr. OTEIZA, E., “Los procesos de conocimiento...”, cit., pp. 33 a 42.

Con la apuntada erradicación en el ámbito de la Nación del procedimiento sumario²²², la alusión del artículo 15 LSC pasó a ser indicativa de que el litigio societario debe tramitar conforme el procedimiento del juicio ordinario, “sin perjuicio de las facultades del juez para determinar en ciertos casos el tipo de proceso aplicable ...[no obstante lo cual]... el sistema resultante admite la interpretación integrativa en aras de la agilidad que se pretende para la materia, porque en un buen número de controversias de índole societaria (p.ej. las que versan sobre derechos no apreciables en dinero) el juez puede aplicar un procedimiento abreviado o, llanamente, sumarísimo”²²³.

Esta solución ha importado un retroceso en la pretendida celeridad del proceso. Incluso antes de la supresión de la forma sumaria y a modo de reducir los tiempos procesales, calificada doctrina sostenía prudente considerar que la referencia del artículo 15 LSC lo era en realidad a un juicio sumario –entendido como modo de resolver un conflicto– y no a un procedimiento legal²²⁴, por

²²² Las mayoría de leyes rituales provinciales, a diferencia del código nacional, incluyen el juicio sumario, al que adecúan los planteos judiciales que involucran la materia societaria –sin perjuicio de la opción de elegir otras soluciones procedimentales que se adecúen a la pretensión–. Cfr. Buenos Aires, arts. 484 y ss.; Catamarca, arts. 486; Chaco, arts. 464 y ss.; Chubut, arts. 486 y ss.; Córdoba, arts. 507 y ss. –juicio abreviado–; Corrientes, arts. 486 y ss.; Entre Ríos, arts. 472 y ss.; Formosa, arts. 483 y ss.; Jujuy, arts. 381 y ss.; La Pampa, arts. 463 y ss.; La Rioja, arts. 271 y ss.; Mendoza, arts. 210 y ss.; Misiones, arts. 486 y ss.; Neuquén, arts. 486 y ss.; Río Negro, arts. 486 y ss.; salta, arts. 486 y ss.; San Juan, arts. 469 y ss.; San Luis, arts. 486 y ss.; Santa Cruz, arts. 464 y ss.; Santa Fe, arts. 408 y ss.; Santiago del Estero, arts. 478 y ss.; Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, arts. 431 y ss.; Tucumán, arts. 401 y ss.

²²³ ZUNINO, JORGE, *Régimen de sociedades comerciales*, 23ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 94 y 95; VERÓN, A., *Sociedades comerciales*, cit., t. 1, p. 127.

²²⁴ Esta distinción es marcada por HALPERIN, ISAAC, *Curso de derecho comercial*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 69, “el art. 15 [LSC], que fija una norma general por la cual impone procedimiento sumario cuando esta ley no establece otro

lo que cabía al juez a optar, frente a cada caso, por el procedimiento más adecuado para su solución, incluso –aunque ya no exclusivamente– el ordinario del artículo 319 CPCCN.

Esta posición, que procura remediar las dificultades que acarrea la duración del proceso, no suele ser compartida por cuanto no se concibe efectuar tal distinción entre procedimiento y juicio habida cuenta que ambos términos –al igual que proceso– son utilizados como sinónimos en el Código Procesal²²⁵, con lo que correspondería en el ámbito de la Nación y a partir de la derogación del proceso sumario –según se referirá–, resolver las presentaciones judiciales en materia societaria exclusivamente por juicio ordinario²²⁶.

Pero aún en tal supuesto no habrán de cesar las facultades del juez para determinar en ciertos casos de excepción el tipo de proceso aplicable y que le permitiría una interpretación integrativa en aras de la agilidad que la cuestión requiere, dado que en un buen número de controversias puede optarse por aplicar un procedimiento

–tégase presente: procedimiento sumario y no juicio sumario, por lo que el juez determinará en cada caso el más adecuado para la cuestión debatida-”. En el mismo sentido, HALPERÍN, ISAAC y BUTTY, ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 83; id. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 127; ZUNINO, J., *Régimen...*, cit., p. 94; ROMANO, A., *Código de comercio...*, cit., p. 36; CNCom. Sala D, 20 mayo 1996, “Lombardero Julio y otros c. González José y otros”, LL 1996-E, p. 53.

²²⁵ Cfr. NISSEN, RICARDO, “Algunas cuestiones derivadas del art. 15 de la ley 19.550”, ED; 84, 340; id. “La influencia de la reforma al Código Procesal Civil y Comercial en el procedimiento societario”, LL 2002-C diario de mayo 6-2002.

²²⁶ El proceso sumario ha sido sustituido por el ordinario, el que a su vez se ha “sumarizado”. Cfr. CASTAÑOS ZEMBORAIN, VÍCTOR y ROSETTI, GRACIELA, “Comentarios procesales. Alcances de la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, ED 10.459, marzo 8-002.

abreviado o sumarísimo²²⁷. Sentada entonces la regla general del artículo 15 LSC, en los procedimientos de excepción la decisión sobre el tipo de trámite debe ser adoptada según los términos de la pretensión²²⁸.

Así, para el caso de la petición de convocatoria judicial a asamblea resulta inaplicable el proceso sumario –u ordinario– por no compadecerse aquel con la naturaleza de una acción no contenciosa²²⁹. En el caso de la liquidación de sociedades impuesta por sentencia, la misma se sustanciará por juicio ordinario, sumario o incidente, según lo establezca el juez de acuerdo y según las modalidades de la causa (artículo 516 CPCCN).

En cuanto a la posibilidad de las partes o de los propios tribunales de apartarse de la regla procesal general, estos últimos

²²⁷ Cfr. ZUNINO, J., *Régimen...*, cit., p. 94 y VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 127.

²²⁸ “Si aparece pretendido el cumplimiento de un contrato de suscripción de acciones y, por ende, la asunción por la actora en el estado de socia de la accionada se trata, en consecuencia, de una situación subsumible en el art. 15 de la ley 19.550, que prescribe el trámite sumario. Son inconducentes las consideraciones relativas a la naturaleza de la relación sustancial que vincule a las partes. En general, la decisión sobre el tipo de trámite debe ser adoptada según los términos de la pretensión, al margen de su acierto, por cuanto otro proceder anticiparía la suerte del litigio”, CNCom., Sala D, 9/4/79, “Friega S.A. c. Papel Prensa S.A.”, ED 84-340.

²²⁹ En concordancia con este tipo de soluciones, el artículo 319 CPCCN permite apartarse de la regla procesal general “cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumarísimo, o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable. En estos casos, así como en todos aquellos en que este Código autorizara al juez a fijar la clase de juicio, la resolución será irrecurrible”. Empero, contra esta posición puede sostenerse que prima la previsión del artículo 15 LS por tratarse de una ley especial, de cuyos principios taxativamente enunciados el juez no podría apartarse. Cfr. NISSEN, R., “Algunas cuestiones...”, cit., ED 84-340.

han observado un criterio dispar. En este sentido, la Cámara Nacional Comercial ha resuelto favorablemente la pretensión de una de las partes de forzar el cumplimiento de un contrato de suscripción de acciones mediante trámite ordinario, no obstante la previsión legal del artículo 15 LSC y que dispone para la cuestión la aplicación del trámite sumario –el antecedente es anterior a la sanción de la ley 25.488 y la supresión del trámite sumario-²³⁰. La Cámara dirimió el planteo disponiendo la obligatoriedad de la sujeción al procedimiento previsto en la LSC por cuanto “las formas procesales están impuestas en interés de la eficiencia del órgano judicial, antes que para la sola conveniencia de las partes. Resultan, en consecuencia, indisponibles máxime cuando emergen de una ley común, como de asegurar la vigencia de sus instituciones”. Para ello el Tribunal incluso descartó por inconducentes las consideraciones relativas a la naturaleza de la relación sustancial que pudiera vincular a las partes, por cuanto “en general, la decisión sobre el tipo de trámite debe ser adoptada según los términos de la pretensión, al margen de su acierto, por cuanto otro proceder anticiparía la suerte del litigio”.

En contra de ello, la misma Cámara resolvió que guardando la ley 19550 silencio respecto del régimen procedimental a seguir en el decreto de convocatoria judicial a asamblea, no resultaba de aplicación el artículo 15 LSC por cuanto el pedido de convocatoria judicial no se compadece con la naturaleza de una acción contenciosa, sino que se trata de un requerimiento al órgano jurisdiccional para que la convocatoria a asamblea se realice y no se frustre por omisión o negativa del directorio o sindicatura²³¹. Este último criterio jurisprudencial sirve en ocasionales excepciones

²³⁰ Sala D, 9 de abril de 1979, autos “Friega S.A. c. Papel Prensa”, ED 84-340.

²³¹ Sala B, 30 de marzo de 2001, autos “Rossi, Jorge, O. c. Senma S.A. s. Sumario”.

como solución a la inconveniencia manifiesta del proceso sumario para resolver algunas cuestiones societarias.

2.3. CASOS EN QUE NO SE APLICA EL ARTÍCULO 15 LSC: REGLAS PARTICULARES

2.3.1. Procedimiento de oposición a la cesión de cuotas (artículo 152 LSC)

El contrato social puede prever limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas sociales en tanto estas no resulten impositivas, para lo cual debe establecer los procedimientos para el otorgamiento de conformidades o el ejercicio de la opción de compra²³²; i.-) si al ejercer el derecho de preferencia los socios –o la sociedad– impugnaran el precio de las cuotas, y de no prever el contrato reglas para la solución del diferendo, la determinación del precio resultará de una pericia judicial²³³; ii.-) denegada la conformidad para la cesión de cuotas, el cedente puede ocurrir ante el juez quien, con audiencia de la sociedad, debe autorizar la cesión en caso de no existir justa causa de oposición²³⁴.

²³² LSC, arts. 152 y 153.

²³³ CPCCN, art. 457 y ss. CPCCN. Los impugnantes no están obligados a pagar un precio mayor que el de la cesión propuesta, ni el cedente a cobrar uno menor que el ofrecido por los que ejercitan la opción. Las costas del procedimiento son a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación judicial.

²³⁴ “Corresponde desestimar el pedido de nulidad de la resolución de la IGJ que revocó la inscripción de la cesión de la totalidad de las cuotas sociales, en tanto con anterioridad a la misma una parte de dichas cuotas ya había sido cedida a otro socio, y el contrato donde se instrumentó hizo de aviso en los términos del art. 152, párrafo 2º de la Ley N° 19.550, máxime si se tiene en cuenta que para obtener la nulidad de un acto administrativo inscripto en el Registro Público de Comercio – que generó derechos a favor de terceros– es necesaria una acción judicial de nulidad

Esta declaración judicial importa también la caducidad del derecho de preferencia de la sociedad y de los socios que se opusieron respecto de las cuotas del cedente²³⁵. En cuanto a la ejecución forzada de cuotas limitadas en su transmisibilidad, la ley prevé la notificación a la sociedad de resolución que disponga la subasta, sin base por tratarse de un bien mueble²³⁶, con no menos de quince días de anticipación a la fecha del remate.

Si en dicho lapso el acreedor, el deudor y la sociedad no llegan a un acuerdo sobre la venta de la cuota, se realizará su subasta pero el juez no la adjudicará si dentro de los diez días la sociedad presenta un adquirente o ella o los socios ejercitan la opción de compra por el mismo precio, depositando su importe²³⁷.

2.3.2. Procedimiento de fijación de precio en caso de ejercicio de derecho de preferencia (artículo 154 LSC)

El artículo 154 LSC confiere al socio cedente de cuotas, a los consocios y a la sociedad, acciones tendientes a resguardar sus derechos frente a negativas injustificadas de la conformidad requerida para su transferencia o la fijación del precio de la misma²³⁸. Para ello se dispone que, si al tiempo de ejercitar el socio

(art. 17 de la Ley N° 19.549 y art. 5 de la Ley N° 22.315)". Inspección General de Justicia, re Surbel SRL (Resolución N° 878/2009), 24-09-2009, IJ-XXXVII-411

²³⁵ LSC, art. 154 LS.

²³⁶ Cfr. HALPERÍN, ISAAC, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Depalma, Buenos Aires, 1980, n° 71, p. 155; MARTORELL, ERNESTO, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 188.

²³⁷ LSC, art. 153.

²³⁸ Cfr. ROUILLÓN, ADOLFO y ALONSO, DANIEL, *Código de Comercio, comentado y anotado*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 373.

su derecho de preferencia los demás socios o la sociedad impugnaran el precio de las cuotas, estos deben expresar el que consideren ajustado a la realidad. En tal caso, salvo que el contrato prevea otras reglas, la determinación del precio resultará de una pericia judicial, no estando los impugnantes obligados a pagar uno mayor que el de la cesión propuesta, ni el cedente a cobrar uno menor que el ofrecido por quienes ejercitaron la opción –las costas del procedimiento quedan a cargo de quien hubiera pretendido precio mas distante al fijado por la tasación judicial-²³⁹.

Denegada la conformidad para la cesión de cuotas que tienen limitada su transmisibilidad, quien se proponga cederlas puede ocurrir ante el juez para que, con audiencia de la sociedad, autorice la cesión si no existe justa causa de oposición. La ley sólo refiere a la celebración de la audiencia, sin precisar el tipo de procedimiento aplicable. Empero, no debe autorizarse la recepción de prueba –la audiencia es al sólo fin de oír a la sociedad y al socio oponente–, ya que la ampliación de la investigación puede transformar un procedimiento que debiera ser sumarísimo y escapar a la regla general del artículo 15 LSC, en un litigio con pruebas y contrapruebas²⁴⁰. En este sentido se ha dicho que

“si bien resultan atendibles los argumentos vinculados a la necesidad de oír a los socios oponentes y de establecer una instancia probatoria mínima, la obligatoria judicialización del conflicto y la remisión a un juicio de conocimiento, implican en los hechos desnaturalizar los objetos de la ley 22.903, que apuntaron a aligerar y flexibilizar el trámite de la cesión, en un marco general de libre transmisibilidad. Basta cotejar los repertorios jurisprudenciales para advertir que los conflictos

²³⁹ CPCCN, art. 457 y ss. y LSC, art. 154.

²⁴⁰ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades de responsabilidad limitada*, cit., n° 65, p. 148; ROUILLÓN, A. y ALONSO, D., *Código de comercio...*, cit., t. III, p. 373

societarios, sometidos al trámite ‘sumario’ que prevé el art. 15 [LSC], con sus instancias revisoras incluidas, tienen una duración alongada, insumiendo tres o más años, tiempos ciertamente incompatibles con la seguridad jurídica y que impiden a la sociedad desarrollar plenamente su actividad, ínterin se dirime la controversia”²⁴¹.

Más allá de esta posición, que se comparte, a tenor del silencio de la LSC alguna doctrina ha entendido que al no haber descartado para la materia el artículo 154 el procedimiento sumario “se impondrá que el magistrado de cumplimiento por lo menos a una etapa probatoria mínima, para poder lograr una cognición, aunque sea limitada, que le permita resolver la cuestión con fundamento”²⁴². La declaración judicial que autoriza la cesión importa también la caducidad del derecho de preferencia de la sociedad y de los socios que se opusieron respecto de la cuota del cedente²⁴³.

2.3.3. El caso de la convocatoria judicial a asamblea (artículo 236 LSC)

En cualquier tiempo que consideren oportuno, accionistas que representen cuanto menos el cinco por ciento del capital social –

²⁴¹ “Unese a lo expuesto la supresión, en el Código procesal nacional, del juicio sumario y la remisión que su art. 319 realiza, para casos como los contemplados en el art. 15 del estatuto societario, al juicio ordinario. En ese sentido debe coincidirse con las propuestas que formula el Proyecto de Reformas de 2003, en cuanto modifica sustancialmente dicha norma y remite ahora al ‘procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio’, reconociendo expresamente la validez de cláusulas compromisorias que sometan los diferendos a arbitrajes o a amigable composición”. ROUILLÓN, A. y ALONSO, D., *Código de Comercio...*, cit., t. III, p. 374.

²⁴² Cfr. MARTORELL, E., *Sociedades de responsabilidad...*, cit., p. 188.

²⁴³ LSC, art. 154.

computado sobre el capital suscrito²⁴⁴—, si el estatuto no fijara un porcentaje menor, pueden solicitar al presidente del directorio que convoque a asamblea ordinaria o extraordinaria (artículo 236 LSC). Asimismo, y siendo que el directorio debe convocar a asamblea al menos una vez al año —dentro de los cuatro meses de cerrado el ejercicio²⁴⁵— para tratar balances y estados contables, transcurrido dicho plazo sin que tal deber se hubiera cumplido, cualquier accionista que cuente con al menos el cinco por ciento del capital social, también puede solicitar la convocatoria, y sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera haber al administrador en razón de su omisión (artículos 59 y 274 LSC).

Sobre el particular, la legislación española (Ley de Sociedades de Capital —LSC— BOE-A 2010 10544, núm. 161 del sábado 3 de julio de 2010) impone a los administradores el deber de convocar a junta general —asamblea— cuando se lo soliciten socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social. En este caso, la convocatoria debe hacerse de forma tal forma que se celebre dentro del mes de realizado el requerimiento, incluyendo necesariamente en el orden del día los asuntos solicitados. Si la junta general ordinaria o la prevista en los estatutos no fueran convocadas dentro del plazo legal o estatutario, cualquier socio podrá requerirlo al juez del domicilio social, previa audiencia de los

²⁴⁴ Ello en razón de que “las formas en materia de sociedades por acciones obedecen al requerimiento de la seguridad jurídica, si queda comprobado que han sido emitidas nuevas acciones ignorando todos los recaudos previstos por la ley y el estatuto social; cabe concluir que la proporción de tenencias accionarias se conservó sin alteración a los efectos del ejercicio por parte de los socios del derecho de convocatoria prevista en el art. 236 de la ley de sociedades.” CNCom. Sala B, octubre 28-988, re “Mizrahi de Sztamfater Sara C. c. Novi Carp S.A. y otros”, ED 134, p. 793.

²⁴⁵ LSC española de 2010, art. 164, seis meses; Código Civil italiano, art. 2364 —120 días de cerrado el ejercicio, si el estatuto no previera un plazo mayor y que no puede superar los 180 días—.

administradores. De igual modo, si los administradores no atendieran la solicitud de convocatoria a junta general efectuada por la minoría, ésta podrá realizar el pedido al juez del domicilio social, previa audiencia de los administradores. (artículos 168 y 169). Cuando la convocatoria judicial sea procedente, el juez debe resolver en el plazo de un mes desde que le fuera formulada la solicitud, designando al presidente y al secretario de la junta. Contra la resolución que acuerde la convocatoria judicial no cabe recurso alguno y los gastos son a cuenta de la sociedad (artículo 170)²⁴⁶. Además, los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social pueden solicitar que se publique un complemento a la convocatoria incluyendo uno o más puntos en el orden del día²⁴⁷.

²⁴⁶ La doctrina sostiene –si bien en función del anterior texto legal– que existen dos alternativas, según la omisión del administrador en convocar fuera respecto de una Junta –asamblea– ordinaria o extraordinaria. Si se trata de una Junta ordinaria, basta con que los administradores no hubieran convocado dentro del plazo legal (seis meses del cierre del ejercicio), en cuyo caso cualquier socio –sin importar su participación accionaria– puede pedirlo al Juez, para quien es facultativo proceder en tal sentido, tanto como dar vista previa ente. Por el contrario, si se trata de la Junta extraordinaria, bastaba la petición al Juez de accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social, para que la convocatoria se haga obligatoriamente. Cfr. BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10^o edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 290; URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “S.A. Órganos sociales. Junta general de accionistas”, en *Curso de derecho mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 874 y 875.

²⁴⁷ El ejercicio de este derecho debe hacerse mediante notificación fehaciente en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria y el complemento de la convocatoria debe publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta. La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado es causal de nulidad de la junta.

En el ordenamiento argentino, el silencio o la omisión de los órganos sociales habilitan el ejercicio del derecho –excepcional²⁴⁸– de acudir a tales fines al tribunal o autoridad de contralor competente²⁴⁹. Conforme el artículo 236 LSC, la convocatoria debe ser requerida en primer término –y de forma fehaciente– al órgano de administración societaria, en la persona de su presidente, o bien, en caso de ausencia o imposibilidad, del síndico. Una vez efectuada la petición, el órgano de administración cuenta con un plazo máximo de cuarenta días corridos para que la asamblea solicitada se celebre, lo que no quiere decir que, notificado el directorio, este no deba limitarse a convocar sin mayores dilaciones, luego de comprobar que el accionista peticionante reúne las condiciones exigidas por la ley²⁵⁰.

Si pasado un tiempo prudencial desde que se efectuara el requerimiento, el directorio no contestara la petición –o convocara en los términos de la solicitud–, el accionista debe dirigir su pedido

²⁴⁸ La convocatoria judicial a asamblea sólo procede en supuestos excepcionales, resultando indispensable el agotamiento de los recursos sociales. Cfr. CNCom. Sala D, mayo 17-989, re “Zannol Félix A. S. Convocatoria de asamblea de I.F. y A. La Ferrollana S.A.”, R.D.C.O., Buenos Aires, 1990-A, p. 347

²⁴⁹ LS, art. 236: “las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representan por lo menos el cinco por ciento (5 %) del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor. En este último supuesto la petición indicará los temas a tratar y el directorio o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta (40) días de recibida la solicitud. Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente”. Este se erige como un remedio legal consagrado por el derecho contemporáneo como uno de los medios que la ley dispone en amparo de la minoría. Cfr. BRUNETTI, ANTONIO, *Trattato del diritto delle società*, t. II, Giuffré, Milán, 1948, pp. 302 y ss.

²⁵⁰ Cfr. MATTA Y TREJO, GUILLERMO, “Sobre la convocatoria a asamblea de sociedades anónimas a pedido del accionista”, LL 1985-D, p. 495.

al síndico a efectos de agotar la vía societaria, sin perjuicio de que la sola omisión en que incurra el directorio ante el pedido del socio configura una falta grave de sus deberes²⁵¹.

La falta de aviso al síndico inhabilita la petición judicial de convocatoria²⁵². La acreditación del agotamiento de la vía se hace:

i.-) mediante la exhibición de los títulos accionarios que acrediten la calidad de socio y que representen –en su conjunto, de encontrarse frente a un litisconsorcio activo– el cinco por ciento del capital social²⁵³; ii.-) además se debe ofrecer garantía suficiente de que los títulos accionarios habrán de permanecer bloqueados durante todo el término del trámite²⁵⁴; iii.-) acreditando que se ha emplazado fehacientemente al directorio –en la persona de su presidente²⁵⁵, salvo ausencia o vacancia– y a la sindicatura;

²⁵¹ La omisión de los órganos sociales configura una falta grave a sus deberes. Cfr. FARINA, JUAN, *Estudios de sociedades comerciales, sociedad anónima*, Ed. Zeus, Rosario, 1980, p. 153.

²⁵² CNCom. Sala D, mayo 17-989, re “Zannol Félix s. convocatoria a asamblea de I.F. y A. La Ferrolán S.A.”; LÓPEZ TILLI, ALEJANDRO, *Las asambleas de accionistas*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 90.

²⁵³ O cualquier otro medio que acredite de forma fehacientemente y sumaria la calidad de socio. Ello en razón de que la solicitud de convocatoria ante autoridad judicial o de contralor –que es de carácter excepcional, CNCom. Sala D, R.D.C.O. 1990-A p. 347– debe resolverse in audita parte para ser efectiva, según se sostuviera.

²⁵⁴ Se sigue en ello lo señalado por MATTÁ Y TREJO, G., “Sobre la convocatoria...”, cit., LL 1985-D, p. 495–, en cuanto a que si se hubiera optado por acreditar la calidad de accionista mediante la emisión de un certificado de depósito emitido por entidad autorizada, cabe reparar que éste no bloquea las tenencias, las que pueden enajenarse durante el transcurso del procedimiento, lo que importaría tanto como forzar una convocatoria a pedido de quien ya no lo será al tiempo de celebrarse la asamblea.

²⁵⁵ Se cita como antecedente el rechazo de una petición de convocatoria judicial a asamblea por no haberse demostrado la “calidad de la destinataria –se refiere a la

iv.-) acreditando el transcurso del término de cuarenta días dispuesto por el artículo 236 LSC sin que la asamblea se hubiera celebrado, o bien, aún antes de ello si surgiera la imposibilidad de los órganos sociales de cumplir con sus deberes temporáneamente, como se referirá a continuación.

Resulta aconsejable remitir a la sindicatura comunicación igual a la cursada al directorio, en forma simultánea, atento la responsabilidad que a ésta pudiera caber en razón de su función de fiscal del órgano de administración, y de la eventual colaboración que tal notificación pudiera tener en el acortamiento de los plazos para acudir a la justicia o autoridad de contralor.

Ello por cuanto el accionista no debe necesariamente esperarse que transcurran los cuarenta días a los que alude el artículo 236 LSC para confirmar que la asamblea no habrá de celebrarse, en razón de que las publicaciones deben de efectuarse con diez días corridos de anticipación, “plazo que se inicia al día siguiente de la última publicación en el Boletín Oficial que, al tener que realizarse durante cinco días permite al accionista, con una anticipación de 15 a 17 días corridos, dar por incumplida la norma y recurrir a la convocatoria judicial o administrativa sin más demora”²⁵⁶.

Esta solicitud a convocatoria de asamblea por el accionista involucra un derecho que tiene por finalidad asegurar el control de la administración de los negocios sociales, que se ve frustrado –entorpecido– por la conducta omisiva del directorio –o la sindicatura– y que conspira contra el normal desenvolvimiento de ente. Tal reticencia habilita al socio a petitionar –y obtener– que el

presidenta del ente– en tanto no fue agregado el estatuto social, ni actas de donde resulte su nombramiento. “ Cfr. CNCom. Sala D, mayo 17-989, re “Zannol Félix A. S. Convocatoria de asamblea de I.F. y A. La Ferrollana S.A.”, R.D.C.O., Buenos Aires, 1990-A, p. 347

²⁵⁶ MATTA Y TREJO, G., “Sobre la convocatoria...”, cit., LL 1985-D, p. 495.

Tribunal supla la omisión de los órganos sociales convocando en su reemplazo a asamblea, en los términos en que aquel lo solicitara.

A tal efecto, no será necesario recurrir previamente al proceso de mediación obligatorio previsto en la ley 24.573²⁵⁷, como tampoco correspondería al Tribunal dar participación al ente antes de convocar²⁵⁸. Ello por cuanto los órganos sociales deben limitarse frente al pedido del socio a convocar a asamblea sin mayores dilaciones, por lo que ante su silencio u omisión el juez circunscribe su actuación a la convocación en reemplazo del ente, designando inaudita parte²⁵⁹ la persona que habrá de presidir la asamblea²⁶⁰ y nunca a dar traslado al respectivo órgano societario para que se expida o efectúe la convocatoria²⁶¹.

²⁵⁷ “Toda vez que existe una laguna normativa en relación al procedimiento que corresponde seguir cuando se formula un requerimiento de convocatoria asamblearia, a los efectos de determinar la obligación de ocurrir previamente a la mediación, corresponde considerar el mismo un proceso de carácter voluntario y, por tanto, excluido de ese procedimiento obligatorio”. CNCom. Sala A 12 noviembre-998, re “García Ernesto C. c. Hablo S.A.”, 42.410-S p. 595, LL 2000-A p. (162).

²⁵⁸ A diferencia de lo que dispone la LSC española de 2010.

²⁵⁹ “Corresponde disponer inaudita parte la convocatoria jurídica asamblearia cuando aparecen cumplidos los requisitos legales para ello –en tanto el peticionante ostenta una proporción de la titularidad del capital social que lo faculta para ello y aparece agotado el procedimiento interno–, no siendo aplicable al caso el procedimiento sumario al que alude el art. 15 de la ley 19.550, pues no debe soslayarse que las previsibles dilaciones que se deriven de la sustanciación de un proceso de conocimiento desvirtuaría la finalidad que persigue la normativa que contempla la facultad de recurrir ante los estrados judiciales a tales fines”. CNCom. Sala A marzo 30-001, re “Lodeiro de López Carmen c. Garay 1182 SRL”, LL 2001-D, p. 430.

²⁶⁰ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. III, p. 724; VELASCO ALONSO, ANGEL, *Ley de sociedades anónimas*, Ed. Ariel, Barcelona p. 239.

²⁶¹ Cfr. CNCom. Sala A marzo 30-001, re “Lodeiro de López Carmen c. Garay 1182 SRL”, LL 2001-D, p. 430. También puede verse MATTÁ Y TREJO, G., “Sobre la

Ello por cuanto el artículo 236 LSC es el remedio o amparo legal para los accionistas minoritarios cuyos reclamos tendientes a que las asambleas se efectúen sean desoídos por los órganos sociales²⁶². Para su instrumentación el legislador no ha podido suponer que el procedimiento sumario del artículo 15 LSC sea de aplicación²⁶³ –de hecho no estamos frente a un proceso contencioso²⁶⁴–, o que corresponda hacerse una interpretación literal o formalista de esta norma que conspire contra una resolución ágil, expeditiva y compatible con la cuestión a resolver²⁶⁵, cuando en

convocatoria...”, LL 1985-D, p. 495, aunque este autor agrega que, de ser dudosa la cuestión, el juez podrá –a su criterio– correr traslado a la sociedad para que en plazo perentorio informe sobre lo pedido por el accionista. La resolución que adopte el tribunal debiera ser inapelable.

²⁶² Cfr. CNCom., Sala D, agosto 10-980, re “Fried de Goldring s/ convocatoria judicial a asamblea”, citado por MATTA Y TREJO, G., “Sobre la convocatoria...”, cit., LL 1985-D, p. 495.

²⁶³ Cfr. LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., p. 93; CNCom. Sala A 12 noviembre-998, re “García Ernesto C. c. Ablo S.A.”, 42.410-S p. 595, LL 2000-A p. (162), donde se dispuso que “es inaplicable el procedimiento sumario establecido en el art. 15 de la ley 19.550, cuando se trata de la potestad de requerir al órgano jurisdiccional que ordene la convocatoria a asamblea de accionistas”; NISSEN R., “La influencia de la reforma...”, cit., con apoyo en CNCom. Sala A, mayo 2-2002 re “Benac Cecilia c. Import. Vélez SRL”, Lexis Nexis 11/31139; CNCom. Sala B abril 30-2001 re “Grabeneimer c. Syntetic S.A.”, Lexis Nexis 11/32844; CNCom. Sala B, diciembre 1-2003, re “Popritkin Norberto c. Salinera Propritkin S.A”. DJ 2004-2-200.

²⁶⁴ Es dudoso que cuando la pretensión consista en la convocación judicial de asamblea deba abrirse un procedimiento contencioso de la índole plenaria o sumaria que fuera. Esto es así como consecuencia de los términos conclusivos y asertivos con que el art. 236 LSC revé deben de proceder los órganos societarios tras la recepción de la solicitud. Cfr. CNCom. Sala D, agosto 10-980, re “Fried de Goldring s/ convocatoria Judicial a asamblea”, citado por MATTA Y TREJO, G., “Sobre la ...”, cit.; CNCom. Sala A, agosto 12-994, re “Cuevas Cabrero Leónides c. Instituto Materno Infantil Siglo XXI”, LL 1995-D, p. 580.

²⁶⁵ Cfr. ANAYA, JAIME, “Los procedimientos en los conflictos societarios”, ED 166-81.

realidad se trata de un trámite en el que la actuación judicial se limita a sustituir la inactividad de los administradores, por lo que no cabe a éstos formular oposición a la decisión judicial, dado que ello desnaturalizaría el planteo evitando su trámite normal y toleraría que los directores –o síndicos– se irrogaran facultades que devienen en ésta instancia en exclusivas del Tribunal²⁶⁶.

La más adecuada inteligencia de la regla del art. 15 LSC conduce a interpretar que su referencia al proceso sumario “carece de un contenido de rígida técnica procedimental”²⁶⁷. En concordancia, los tribunales han resuelto que “el procedimiento sumario al que alude el art. 15 de la ley 19550 es inaplicable a los

²⁶⁶ Cfr. VELASCO ALONSO, A., *La ley de sociedades*, cit., p. 239; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. III, p. 724. El propósito de la ley ha sido proteger el derecho del accionista y si se permitiese a los directores ser parte en los procedimientos con los derechos inherentes a esa condición –oposición, impugnación de la resolución judicial–, el objetivo de la ley se vería frustrado. Es que cabe tener presente que sólo se estaría requiriendo se convoque a asamblea por y ante el incumplimiento en los deberes del órgano encargado de tal función. “Es dudoso que en la convocación judicial de asamblea deba abrirse procedimiento contencioso de índole plenaria o sumaria que fuere, lo que se compadece con los términos compulsivos o asertivos del art. 236 ley 19550”, del VALLE PUPPO, JORGE, “Convocatoria Judicial a Asamblea de Accionistas”, II Congreso de Derecho Societario de Mar del Plata, 1979; NISSEN, RICARDO, *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*, t. 2, 2ª edición, Abaco, Buenos Aires, 1993, p. 564; CNCom. Sala D, 10.09.80 re “Fried de Goldring s/ convocatoria Judicial a asamblea”.

²⁶⁷ Cfr. ANAYA, J., “Los procedimientos...”, cit., ED 166-81, quien agrega que “a la vista de la pluralidad de los procedimientos judiciales que la Constitución Nacional deja librados a cada provincia (art. 75, inc. 12), queda en evidencia que estas no se encuentran constreñidas a implementar un juicio sumario bajo las mismas reglas del legislado por el código procesal de la Nación. De donde se sigue que la mención de este tipo de proceso en la ley de fondo constituye una mera directiva para que en todos los casos fundados en derechos societarios se imprima el procedimiento más ágil y expeditivo que resulte compatible con la índole de la cuestión a resolver, dejando a salvo las garantías constitucionales”.

supuestos en que se esgrime la potestad de requerir que el órgano jurisdiccional ordene la convocatoria a asamblea de accionistas; dado que las previsibles dilaciones que derivan de la sustanciación de un proceso de conocimiento de la índole del regulado por el art. 486 y ss. de la ley ritual –inexistente a partir de la sanción de la ley 25.488– desvirtuarían la finalidad de la mencionada norma societaria. En tal sentido, puesto que existe una laguna normativa con relación al procedimiento que corresponde seguir cuando se formula un requerimiento de convocatoria asamblearia, será competencia del Juzgador suplirla dictando la providencia que resultare pertinente de acuerdo a las circunstancias de la causa²⁶⁸.

Incumplido su deber de convocar, el órgano de administración pierde la potestad de redactar los puntos del orden del día. En tal situación, desplazada la facultad de convocar en favor del tribunal, el directorio ni siquiera debe ser impuesto de su contenido, por cuanto resulta inhibido de sugerir modificaciones o supresiones²⁶⁹. La función del juez es la de suplir la renuencia del directorio, por lo que debe negarse a juzgar la procedencia del temario del orden del día para la asamblea que se recaba, excepto de aquellos puntos que infrinjan las leyes²⁷⁰.

²⁶⁸ CNCom. Sala A, agosto 12-994 “Cuevas Cabrero Leónides c. Instituto Materno Infantil Siglo XXI”, ED 166-81 y LL1995-C; RACCIATTI, HERNÁN y ROMANO, ALBERTO, “Trámite de la convocatoria judicial de asambleas (sobre la inviabilidad del juicio sumario), LL 1995-D, 580; ROMANO, A., *Código de Comercio...*, cit., p. 36.

²⁶⁹ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 3, p. 340; GARRIGUES, JOAQUÍN Y URÍA, RODRIGO, *Comentario...*, cit., t I, pág. 639 y 640; VERÓN, A., *Sociedades comerciales*, cit., t. 3, p. 725; SASOT BETES MIGUEL y SASOT MIGUEL, *Las asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1987, p. 108; ED, 26-362; LL 134-5.

²⁷⁰ “La función del juez es la de suplir la renuencia del órgano societario encargado de hacerlo, no pudiendo juzgar la procedencia del orden del día, siempre y cuando, lógico es, no se infrinja el art. 953 del Cód. Civil”. CNCom. Sala A, julio 20-972, re “Ducant. José R. Y otros c. Transportes Saavedra S.A.”, LL 148, p. 567;

Incluso se considera que corresponde al accionista solicitar judicialmente convocatoria a asamblea, aún cuando el directorio hubiere –frente a su pedido– convocado, si aquel hubiere omitido incluir en el orden del día las propuestas del socio²⁷¹, o tergiversara su contenido, desnaturalizando su derecho.

En concordancia y según las normas de la Inspección General de Justicia²⁷², ésta puede convocar a asamblea aún de oficio cuando constatare la existencia de graves irregularidades –y en defensa del interés público-²⁷³, o bien por requisitoria de accionista habilitado en los términos del artículo 236 LSC, siempre que éste hubiera efectuado sin éxito la petición al ente, cuando transcurrieran al menos diez días²⁷⁴. En este último caso, el trámite –que debiera ser más expeditivo y ágil que el de convocatoria judicial²⁷⁵– se hace sin requerirse la participación del ente, bastando al accionista con

CNCom. Sala E febrero 28-2002 re “Re c. Altuna de Aguirre”, Lexis Nexis 30003189.

²⁷¹ Cfr. CABALCHO LOSADA, FERNANDO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 249.

²⁷² Corresponde controlar el funcionamiento de las sociedades anónimas a la Inspección General de Personas Jurídicas, creada por ley 18.805 y sustituta en el ámbito nacional de los Juzgados de Registro.

²⁷³ Por aplicación de los arts. 300 y 301 LSC. Véase FAVIER DUBOIS, EDUARDO (h), *Derecho societario registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 305.

²⁷⁴ “La I.G.J. podrá convocar a asamblea en los siguientes casos: a) de oficio cuando constatare graves irregularidades y estimare conducente la medida en resguardo del interés público; b) si transcurrido 10 días desde que accionistas que representen el 5% del capital social –salvo que los estatutos reglamenten un porcentaje menor–, hubiesen solicitado al directorio convocatoria a asamblea sin que el mismo se expida favorablemente o lo denegare sin fundamento. Cuando la convocatoria a asamblea fuese practicada por la I.G.J la sociedad deberá remitir la documentación correspondiente con quince días de anticipación, o en el que fijase especialmente en el caso”. Art. 156 Res. IGJ 7/2005.

²⁷⁵ Cfr. LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., p. 93.

acreditar su calidad, porcentaje accionario y haber agotado sin éxito la vía societaria.

2.3.4. Procedimiento para la solicitud de exhibición de libros y documentos sociales (artículo 55 LSC y artículos 781 y 323 CPCCN)

Solicitada la exhibición de libros y documentos sociales con los alcances del artículo 55 LSC²⁷⁶, el incumplimiento –o negativa²⁷⁷– del órgano social habilita al socio a recurrir a los tribunales²⁷⁸, en los términos del artículo 781 CPCCN²⁷⁹. Este brinda operatividad al

²⁷⁶ LSC, art. 55: “Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes. Salvo pacto en contrario, el contralor individual de los socios no puede ser ejercido en las sociedades de responsabilidad limitada incluidas en el segundo párrafo del artículo 158. Tampoco corresponde a los socios de sociedades por acciones, salvo el supuesto del último párrafo del artículo 284”.

²⁷⁷ PALACIO entiende que ni siquiera resulta necesario invocar o acreditar la negativa del administrador, bastando con expresar el motivo de la presentación (cfr. *Derecho procesal civil...*, cit., t. VIII, p. 405).

²⁷⁸ Siendo que los organismos de control administrativo –v.gr. Inspección General de Justicia– carecen de jurisdicción cuando se trata de resolver eventuales conflictos entre los socios y el ente– cfr. MASCHERONI, FERNANDO y MUGUILLO, ROBERTO, *Régimen jurídico del socio*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 154–, no cabe, en principio recurrir a estos a fin de zanjar las diferencias que respecto del ejercicio del derecho de la información pudieran plantearse. Ello sin perjuicio de que este pudiera avocarse a materia conexas, tal el caso en que se acudiera al órgano administrativo a efectos de que este convoque a asamblea. No obstante, la doctrina en oportunidades ha entendido que, en virtud de las facultades de fiscalización que el art. 6° de la ley 22.315 confiere a la IGJ, esta pudiera ocuparse –por denuncia– del estudio de eventuales violaciones al derecho de información. Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario, parte general. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, t. 5, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 582.

²⁷⁹ CPCCN, art. 781: “El derecho del socio para examinar los libros de la sociedad se hará efectivo, sin sustanciación, con la sola presentación del contrato,

mencionado artículo 55 LSC²⁸⁰, y prevé que el derecho de examinar los libros debe hacerse efectivo con la sola presentación del contrato, decretándose judicialmente las medidas necesarias si correspondiere y siendo irrecurrible la resolución que así lo decidiera.

Esta solicitud de exhibición no importa la apertura de un proceso contradictorio –sumario u ordinario– ya que el derecho se hace efectivo, según la propia ley, sin sustanciación²⁸¹. Basta al requirente con acreditar el carácter de socio y la negativa del ente (por tanto el agotamiento de las vías sociales²⁸²) para habilitar al Tribunal a intimar a la sociedad a que proceda a exhibir libros y papeles, o bien a designar –con costas a cargo de la sociedad en

decretándose las medidas necesarias si correspondiere. El juez podrá requerir el cumplimiento de los recaudos necesarios para establecer la vigencia de aquél. La resolución será irrecurrible”. Este es el procedimiento usualmente aceptado por la doctrina. Véase, entre otros, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., aunque para el autor, sujeto a la previa intimación sin éxito de la sindicatura, *Derecho societario, parte general. Los socios...*, cit., t. 5, p. 583.

²⁸⁰ Cfr. ARAZI, ROLAND y ROJAS, JORGE, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 679.

²⁸¹ Lo que no implica vedar al administrador social la posibilidad de oponerse a la medida, si contara con fundamento prima facie atendible, aplicándose para el caso el trámite de los incidentes. Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil*, cit., t. VIII, p. 406; MASCHERONI, F. y MUGUILLO, R., *Régimen jurídico...*, cit., p. 152.

²⁸² Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 5, p. 153; “Para acceder a la medida preliminar consistente en la exhibición de los libros sociales, cobra relevancia la circunstancia de que, quien la solicita no se ocupara de sostener que el derecho de información que le compete a los accionistas, y en los límites de la ley sociedades, le fuera negado por el ente social a través de sus órganos pertinentes.” CNCom. Sala C, mayo 31-979, re “González Carrera, Luciano”, ED disco láser registro n° 141429.

razón de su reticencia²⁸³— un perito –veedor— que procure y brinde la información no suministrada²⁸⁴.

La medida se justifica en la naturaleza y particulares características del derecho que se tiende a amparar, que incluso puede prever el allanamiento de la sede y el secuestro de libros²⁸⁵. No obstante, surge evidente la dificultad que el peticionante y el Tribunal deberán enfrentar, en razón de que en todos los casos será necesaria la colaboración de la sociedad, poseedora de la información y al mismo tiempo impuesta de una obligación judicial de hacer²⁸⁶. A ello se agrega que cualquier remisión que pudiera hacerse a normas procesales no resuelve el problema de la determinación de los derechos sustantivos de información de que goza el socio²⁸⁷, y que lo obligan a detallar en sus petición que libros o papeles desea examinar²⁸⁸.

²⁸³ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 5, p. 40; ARAZI, R. y ROJAS, J., *Código Procesal Civil...*, cit., t. p. 681.

²⁸⁴ Cfr. CNCom. Sala B, septiembre 14-981 re “Massa H.J. c. Belaplast. S.A.”, LL 1982 A, p. 199; NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 1, p. 374. A decir de LUCHINSKY, esto importaría tanto como negar al socio el acceso a la información en los términos del art. 55 LS, toda vez que el mismo ya no sería directo –tal cual la LS prevé–, sino que se filtraría con su intermediario judicial. Cfr. LUCHINSKY, RUBÉN, “Apostillas sobre la dinámica judicial en torno al derecho de información de los socios en las sociedades mercantiles”, R.D.C.O. 1993-A, p. 201.

²⁸⁵ Cfr. MORELLO AUGUSTO, SOSA GUALBERTO y BERIZONCE ROBERTO, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, t. IX-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 272.

²⁸⁶ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA TERESA, *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 447.

²⁸⁷ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Societario, parte general. Los Socios...*, cit., t. 5, p. 583.

²⁸⁸ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. VIII, p. 405. Con ello no solo se facilita el trámite judicial, sino que también se procura que un pedido genérico no derive en un ejercicio abusivo del derecho a informarse. Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales uruguayana –ley 16.060, art. 321–, con acertado criterio, da

La solicitud de información también puede hacerse requiriendo su exhibición anticipada con fines preparatorios, en los términos del artículo 323 y siguientes del CPCCN²⁸⁹. Tampoco de

pautas concretas en cuanto al alcance del derecho a la información del accionista, el que podrá obtener informes escritos o copia de i) la nómina de integrantes del directorio y del órgano de control; ii) las resoluciones propuestas por el directorio o el administrador a las asambleas; iii) la lista de accionistas inscriptos para asistir – y los asistentes– a las asambleas; iv) actas de asamblea; v) balance general, memorias e informes relacionados.

²⁸⁹ CPCCN, art. 323: “El proceso de conocimiento podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar, o quien, con fundamento prevea que será demandado: 1) Que la persona contra quien se proponga dirigir la demanda preste declaración jurada, por escrito y dentro del plazo que fije el juez, sobre algún hecho relativo a su personalidad, sin cuya comprobación no pueda entrarse en juicio. 2) Que se exhiba la cosa mueble que haya de pedirse por acción real, sin perjuicio de su depósito o de la medida precautoria que corresponda. 3) Que se exhiba un testamento cuando el solicitante se crea heredero, coheredero o legatario, si no puede obtenerlo sin recurrir a la justicia. 4) Que en caso de evicción, el enajenante o adquirente exhiba los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida. 5) Que el socio o comunero o quien tenga en su poder los documentos de la sociedad o comunidad, los presente o exhiba. 6) Que la persona que haya de ser demandada por reivindicación u otra acción que exija conocer el carácter en cuya virtud ocupa la cosa objeto del juicio a promover, exprese a qué título la tiene. 7) Que se nombre tutor o curador para el juicio de que se trate. 8) Que si el eventual demandado tuviere que ausentarse del país, constituya domicilio dentro de los CINCO (5) días de notificado, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 41. 9) Que se practique una mensura judicial. 10) Que se cite para el reconocimiento de la obligación de rendir cuentas. 11) Que se practique reconocimiento de mercaderías, en los términos del artículo 782. Salvo en los casos de los incisos 9, 10 y 11, y del artículo 326, no podrán invocarse las diligencias decretadas a pedido de quien pretende demandar, si no se dedujere la demanda dentro de los TREINTA (30) días de su realización. Si el reconocimiento a que se refieren el inciso 1 y el artículo 324 fuere ficto, el plazo correrá desde que la resolución que lo declare hubiere quedado firme”.

CPCCN, art. 324: “En el caso del inciso 1) del artículo anterior, la providencia se notificará por cédula o acta notarial, con entrega del interrogatorio. Si el requerido no respondiere dentro del plazo, se tendrán por ciertos los hechos consignados en forma asertiva, sin perjuicio de la prueba en contrario que se produjera una vez

esta manera se ve allanado el camino a la información²⁹⁰, por cuanto aún cuando el citado artículo en su inciso 5º alude a los documentos

iniciado el juicio”.

CPCCN, art. 325: “La exhibición o presentación de cosas o instrumentos se hará en el tiempo, modo y lugar que determine el juez, atendiendo a las circunstancias. Cuando el requerido no los tuviere en su poder deberá indicar, si lo conoce, el lugar en que se encuentre o quién los tiene”.

CPCCN, art. 326: “Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes: 1) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país. 2) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares. 3) Pedido de informes. 4) La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325. La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado. Art. 327. –En el escrito en que se solicitaren medidas preliminares se indicará el nombre de la futura parte contraria, su domicilio si fuere conocido y los fundamentos de la petición. El juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se funda, repeliéndolas de oficio en caso contrario. La resolución será apelable únicamente cuando denegare la diligencia. Si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor oficial. El diligenciamiento se hará en la forma establecida para cada clase de prueba, salvo en el caso de la pericial, que estará a cargo de un perito único, nombrado de oficio”.

CPCCN, art. 328: “Después de trabada la litis, la producción anticipada de prueba sólo tendrá lugar por las razones de urgencia indicadas en el artículo 326, salvo la atribución conferida al juez por el artículo 36, inciso 4)”.

²⁹⁰ “La medida preliminar solicitada por un accionista de una sociedad anónima tendiente a obtener por vía jurisdiccional el control de los libros sociales, excede el ámbito de aplicación de los arts. 323, inc. 5 y 327 del Código Procesal, pues si bien es cierto que el art. 327 citado establece que en el escrito se indicaran los fundamentos de la petición, sin precisar que se determine el objeto de la futura acción a iniciar, también es cierto que el segundo párrafo de ese artículo dispone que el juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas que se fundan, y de autos no resulta justificado ni la urgencia de realizar las diligencias que se piden como preliminares antes de la promoción de la demanda, ni que se hayan

de la sociedad o comunidad, este no ha sido redactado teniendo exclusivamente en cuenta el marco cognoscitivo del proceso societario, sino que persigue un alcance “mucho más abarcativo [que el societario] pues alude al socio o comunero (es decir aquel que tenga una cosa en común con otro, supuesto que se puede presentar en una sucesión indivisa). En consecuencia, si se apunta al aspecto comercial o societario, debemos correlacionar esta norma con las previsiones del art. 781 de éste Código [CPCCN], que establece el mecanismo y régimen a que se debe ajustar esa petición”²⁹¹. Incluso en términos generales se ha entendido que el artículo 323 en su inc. 5° en realidad alude a terceros –no socios– que solicitan la exhibición de libros y papeles, porque en el caso de que se trate de un socio “el procedimiento se halla regulado por el art. 781²⁹²” del CPCCN.

A fin de salvar este inconveniente y a partir de la sanción de la ley 25.488 –que incluyera un 4° inciso al artículo 326 del CPCCN–, alguna doctrina sostiene que se habría incorporado de manera expresa al ordenamiento procesal el derecho del socio a solicitar como diligencia preliminar la exhibición de libros y papeles sociales, en concordancia con el artículo 55 LSC²⁹³.

agotado las vías administrativas y legales para defender sus derechos.” CNCom. Sala A, marzo 30-978, re “Vyma S.C.A.C.I.A.F.A.”, ED disco láser 1999 registro n° 133370.

²⁹¹ ARAZI, R. y ROJAS, J., *Código Procesal Civil...*, cit., t. II, p. 97.

²⁹² FALCÓN, ENRIQUE, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 589; en contra, PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. IV, p. 30.

²⁹³ Cfr. NISSEN, R., “La influencia de la reforma...”, cit., LL 2002-C diario de mayo 6-2002.

2.3.5. Cuentas complejas en caso de liquidación judicial (artículo 516 CPCCN)

Si la liquidación judicial hubiera sido impuesta por sentencia, y las liquidaciones o cuentas fueran muy complicadas y de lenta y difícil justificación, o requirieran conocimientos especiales, debe sometérsela a la decisión de peritos árbitros –si hubiera conformidad de las partes, a la de amigables componedores–. No procede el otorgamiento de compromiso, ni siquiera ante la designación de amigables componedores²⁹⁴, toda vez que es el juez quien fija las bases con arreglo a las cuales se ha de pronunciar la decisión²⁹⁵. El trámite se sustancia por juicio ordinario, sumario o incidente²⁹⁶, según lo establezca el juez de acuerdo con las modalidades de la causa, siendo su decisión irrecurrible²⁹⁷.

²⁹⁴ Cfr. FASSI, SANTIAGO, *Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1978, n° 2796, p. 440.

²⁹⁵ Cfr. MORELLO A., SOSA G. y BERIZONCE R., *Códigos procesales...*, cit., t. V-A, n° 747, p. 175; FENOCHIETTO, CARLOS, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado*–, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 581.

²⁹⁶ La elección del proceso ordinario debe ser excepcional por no ser su duración compatible con el carácter urgente del procedimiento de ejecución de sentencia. Cfr. CATTANEO MARÍA, ROSA, “La importancia de revitalizar la pericia arbitral”, ponencia para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial; Colegio de Abogados de San Isidro, San Isidro, Prov. de Buenos Aires, 10 al 12 de Mayo de 2006 y “Pericia Arbitral y Juicio Pericial. Una incumbencia profesional que es necesario revitalizar”, Área X, Métodos Adecuados de Resolución de Conflictos, 16º Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas, Rosario, 25, 26 y 27 de Octubre de 2006, con apoyo en SERANTES OSCAR y PALMA JORGE, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Comentado, concordado y anotado con jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

²⁹⁷ CPCCN, art. 319: “Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autorice al juez a determinar la clase de proceso aplicable. Cuando leyes especiales remitan al juicio o proceso sumario se entenderá que el litigio tramitará

Es fácil apreciar que “intelectualmente deviene imposible sentenciar con acierto sobre una cuenta comercial dentro del sistema escriturario del juicio de pleno conocimiento. Esta forma, que puede ser apta para una discusión de derecho puro, dudosamente lo es para recopilar en forma de actas y de informes las pruebas sobre hechos; pero de nada sirve cuando es preciso examinar y decidir uno por uno los rubros de un pasivo empresario. No ha sido arbitraria la norma del art. 516 del ordenamiento adjetivo; ella reparó atinadamente en que los jueces deben contraerse al derecho, y la necesidad de arbitrar un mecanismo idóneo tratándose de cuentas complicadas y de lenta y difícil justificación”²⁹⁸. De elegir el Tribunal la vía incidental, el procedimiento tramita en pieza separada, sin que se suspenda la prosecución del proceso principal y se sujeta a la reducción y economía propia de los incidentes²⁹⁹.

conforme el procedimiento del juicio ordinario. Cuando la controversia versare sobre los derechos que no sean apreciables en dinero, o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumarísimo, o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable. En estos casos así como en todos aquellos en que este Código autoriza al juez a fijar la clase de juicio, la resolución será irrecurrible”; CPCCN, art. 516: “Siempre que las liquidaciones o cuentas fueren muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieren conocimientos especiales, serán sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiere conformidad de partes, a la de amigables componedores. La liquidación de sociedades, incluida la determinación del carácter propio o ganancial de los bienes de la sociedad conyugal, impuesta por sentencia, se sustanciará por juicio ordinario, sumario o incidente, según lo establezca el juez de acuerdo con las modalidades de la causa”. En el caso del CPCC de la provincia de Buenos Aires, la elección de la vía procesal que haga el juez resulta irrecurrible, lo que importa un reconocimiento concreto de su poder en la materia (art. 514; Cám. 1ª Sala I, La Plata, causa 147.212, reg. int. 273/71; id. Sala III, causa 151.677, reg. int. 240/72).

²⁹⁸ CNCom, Sala D, marzo 14-1980, Der. V. 89, p. 213 –cita de MORELLO, A. y otros, en *Códigos procesales...*, cit., t. V-A, p. 177–.

²⁹⁹ CPCCN, arts. 175, 180, 184 y 187.

En este sentido el CPCCN dispone que la prueba pericial se lleve a cabo por un solo perito designado de oficio, sin admitirse la intervención de consultores técnicos y que las cuestiones accesorias que surjan y que no tengan entidad suficiente para constituir otro incidente autónomo, se deciden en la interlocutoria que los resuelva³⁰⁰. Empero, calificada doctrina ha sostenido que para el caso de liquidación de sociedades comerciales –no así civiles– sólo puede sustanciarse por proceso sumario³⁰¹. Tratándose de una pericia arbitral, que tiene los efectos de una sentencia, es vinculante para el juez quien debe limitarse a ejecutarla³⁰².

2.4. PROYECTOS DE REFORMA AL ARTÍCULO 15 LSC

La elección en 1972 (artículo 15 LSC) del procedimiento sumario para resolver diferendos derivados del contrato social, no solucionó los inconvenientes atribuidos al arbitraje que aquel sustituía y que se utilizaba con menor o mayor fortuna desde antes de la Revolución de Mayo de 1810. Es así que, en un intento por enmendar las fallas del nuevo proceso incorporado se formularon propuestas de cambio en los Anteproyectos de reformas a la ley 19.550 correspondientes a las Resoluciones MJyDH N° 112/2002 y N° 191/2011, si bien este último en su primera versión antes de las supresiones introducidas por el Poder Ejecutivo.

³⁰⁰ CPCCN, arts. 183 y 184.

³⁰¹ Cfr., FALCÓN, E., *Código procesal civil...*, cit., t. II, n° 516.9.6, pp. 559 y 560.

³⁰² Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil*, cit., t. VI, n° 806 b), p. 273.

2.4.1. Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 (Resolución MJ y DH N° 112/02)³⁰³

El Anteproyecto de 2002 se apartó de la regla general procesal –vía sumaria u ordinaria– para la resolución del conflicto endosocietario, propiciando para todos los tipos sociales –de disponerlos así los estatutos– el arbitraje societario, tanto de derecho como de amigables componedores. La norma, que buscaba consagrar un régimen flexible en el que resultaba determinante la autonomía de la voluntad³⁰⁴, se ocupaba del procedimiento, de las valuaciones,

³⁰³ Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales, Resolución MJDH N° 112/02 (Comisión de Estudios del Régimen Legal de las *Sociedades Comerciales* y de los Delitos Societarios, integrada por ANAYA JAIME, OTAEGUI JULIO –quien luego renunciaría–, BERGEL SALVADOR, ETCHEVERRY RICARDO, MANÓVIL RAFAEL, ODRIOZOLA CARLOS y VERGARA DEL CARRIL, DANIEL). El Anteproyecto tuvo en cuenta i.-) antecedentes nacionales tendientes a la unificación del derecho privado, ii.-) el anteproyecto de 1993 de reforma de la ley 19.550 y que unificaba el régimen de las sociedades civiles y comerciales, iii.-) el decreto delegado 677/01 [actual Ley 26.831], iv.-) los códigos de sociedades de Portugal y Bélgica, las reformas al derecho suizo de sociedades anónimas, las leyes españolas de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada [ambos textos luego refundidos en la Ley de Sociedades de Capital de 2010], las reformas para entonces introducidas en el régimen italiano por el decreto legislativo del 17 de enero de 2003 [modificado en diciembre de 2005] las leyes de sociedades anónimas de Chile y Brasil y la Ley de *Sociedades Comerciales* del Uruguay. El objetivo de la Comisión era proponer las reformas e innovaciones reclamadas por la experiencia para la LS, no obstante las circunstancias políticas y económicas no eran entonces las más propicias, lo que obligó a aquella a obrar con prudencia e introducir cambios paulatinos y a evitar la segregación de las sociedades anónimas en un cuerpo legislado específicamente. Cfr. ANAYA, JAIME, “El Anteproyecto de reformas a la ley argentina de sociedades comerciales”, ED, 208-950/951; VERÓN, ALBERTO, “El anteproyecto de reformas del régimen legal de las sociedades comerciales”, LL 2005-E, 1228.

³⁰⁴ Cfr. ANAYA, JAIME, “Arbitraje societario”, LL 2007-C, 10125; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, octubre 2006; Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, t. V, p. 879.

del régimen arbitral y de las medidas asegurativas y compulsorias.

En cuanto al procedimiento, el Anteproyecto 2002 establecía que:

“cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de la acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. En ningún caso queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos por el acto constitutivo o estatuto”.

Este tipo de remisión a fórmulas generales –que en el caso particular se comparten– apunta a sortear las dificultades de los procesos de conocimiento para solucionar conflictos societarios, permitiendo al Tribunal elegir la vía procesal más adecuada.

Empero, alguna doctrina ha criticado la norma propuesta atribuyéndole vaguedad, aduciendo “al respecto y teniendo en consideración el carácter de proceso de pleno conocimiento que debe otorgarse a tales acciones, corresponde preguntarse ¿cuáles son las características del litigio que tornan procedente, en uno y otro caso, el procedimiento sumarísimo o el procedimiento ordinario? Lamentablemente la nueva solución legal [que reemplazaba al artículo 15 LSC] nada aclara y con toda seguridad ello provocará que, hasta tanto sea unificado el criterio por el Tribunal de alzada, cada juez elegirá el procedimiento que guste, habida cuenta de la inexplicable reticencia que hoy se advierte en los tribunales con el otorgamiento de la vía sumarísima, la cual parece ser el proceso más abreviado –de conocimiento– que nuestro ordenamiento procesal brinda y que debería ser, al menos como principio general,

el impreso a los conflictos societarios”³⁰⁵.

Respecto de las valuaciones, el Anteproyecto 2002 (artículo 245) disponía que

“salvo que el acto constitutivo o estatuto prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso, quien impugne el precio atribuido por la otra parte deberá expresar el que considere ajustado a la realidad. Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral”.

Esta solución resultaba “congruente con la naturaleza de la pericia arbitral [artículo 516 CPCCN] método más idóneo para resolver los conflictos en los cuales las liquidaciones o cuentas fueran muy complicadas y de lenta y difícil justificación o que requieran conocimientos especiales ... [de aplicación para] la sociedad, los socios o los herederos del socio para la fijación del valor de la participación del socio excluido o retirado, o para la determinación de la parte del causante, para el caso de que el contrato social no prevea la incorporación de los herederos del mismo. Finalmente [el Anteproyecto] también recurre a la pericia arbitral para el caso en que el recedente, disconforme con el valor de receso, emergente del último balance realizado, pretenda un mayor valor, en cuyo caso éste deberá someter el diferendo al procedimiento de arbitraje pericial establecido por el [nuevo] art. 15,

³⁰⁵ Cfr. NISSEN, RICARDO, “Conflictos societarios. El procedimiento judicial en caso de conflicto, las medidas cautelares societarias y la impugnación de acuerdos sociales”, ED, 212-712.

a menos que opte por la demanda judicial”³⁰⁶.

El Anteproyecto 2002 retomaba la abandonada senda del arbitraje societario, sobre el que establecía que

“el acto constitutivo o estatuto puede incluir cláusula que someta los diferendos entre los socios o entre éstos y la sociedad al arbitraje o a la amigable composición. Son igualmente válidas las convenciones de arbitraje que celebren las partes en estos diferendos, aunque no se incluya una cláusula compromisoria en el acto constitutivo o estatuto”.

Mucho más detalle observaba para el caso de las sociedades cuyas acciones o valores negociables cotizara en bolsas de comercio o mercados de valores, las que quedaban

“obligatoriamente sometidas a la jurisdicción de los tribunales arbitrales permanentes organizados por dichas entidades respecto de todas las acciones derivadas de esta ley contra las sociedades o los integrantes de sus órganos, como también respecto de las acciones derivadas de otras leyes que rijan la emisión de los valores negociables cotizados y los derechos de sus titulares. Quedan igualmente sometidas a este arbitraje las personas que efectúen oferta pública de adquisición de acciones o valores, respecto de los destinatarios de estas ofertas. Será competente el tribunal arbitral de la entidad que hubiese autorizado la cotización de la respectiva especie en los términos de los artículos 30 y 31 de la ley 17.811³⁰⁷ y, si

³⁰⁶ NISSEN R., “Conflictos societarios. El procedimiento judicial...”, cit., ED, 212-712.

³⁰⁷ Se trata de la ley de Mercado de Capitales abrogada por Ley 26.831 y que en sus artículos 30 y 31 disponía que las bolsas de comercio cuyos estatutos preveían la cotización de títulos valores, podían autorizar, suspender y cancelar la cotización de títulos valores, establecer los requisitos de cotización, controlar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de las sociedades cotizantes, dictar las normas y medidas que aseguraran la veracidad de los balances y demás

hubiere más de una, el tribunal arbitral que hubiese estipulado la sociedad en las condiciones de emisión o, en su defecto, se aplicará el principio de prevención. Lo dispuesto sobre el arbitraje obligatorio en las sociedades que cotizan no es aplicable a las constituidas en el extranjero respecto de las acciones derivadas de las leyes que rijan su existencia y su forma, incluidas las acciones de nulidad de disposiciones estatutarias o reglamentarias y de resoluciones sociales, así como las de responsabilidad social contra los integrantes de sus órganos y sus accionistas. Queda a salvo la aceptación de la jurisdicción arbitral por dichas sociedades. Los accionistas e inversores en conflicto con la sociedad o con los integrantes de sus órganos, así como los destinatarios de la oferta pública pueden optar por la jurisdicción de los tribunales judiciales. En los casos de litis consorcio necesario, la acumulación se efectuará en el tribunal judicial o arbitral ante el cual se hubieren presentado mayor número de demandantes y en caso de igualdad se regirá por el principio de prevención³⁰⁸.

documentos presentados y dictar las normas reglamentarias que aseguraran la veracidad en el registro de las cotizaciones. Todas estas facultades debían ser ejercidas previo dictamen de una comisión integrada por el presidente del mercado de valores respectivo y por los representantes de emisores e inversores. El Capítulo IV de la ley 26.831 reproduce mayormente estas facultades.

³⁰⁸ De manera complementaria, el artículo 253 del Anteproyecto establecía: “Sustanciación de la causa. Acumulación de acciones. Salvo el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior, sólo se proseguirá el juicio después de vencido el término del art. 251. Cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse con aplicación de lo dispuesto en el art. 15, a cuyo efecto el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás. Representación. Cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores o miembros del consejo de vigilancia, los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante ad hoc, en asamblea especial regida por las normas de la asamblea ordinaria. Si no se alcanzare la mayoría, el representante será designado de entre ellos por el juez o tribunal de

Sobre el tema arbitral –y esta propuesta– se volverá en extenso más adelante.

Por último, el Anteproyecto 2002 se ocupaba de las medidas asegurativas y compulsorias, previendo que

“cuando por aplicación de esta ley o por convenciones de arbitraje se sometan diferendos al arbitraje, podrán los árbitros disponer medidas cautelares, asegurativas y de intervención, a menos que expresamente se las excluya en las cláusulas compromisorias. De ser necesario para su cumplimiento, así como para el de las medidas compulsorias o de ejecución que hayan dispuesto, los árbitros deben requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de la jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

El Anteproyecto incorporaba así las reglas asegurativas y compulsorias de que podían valerse los árbitros, requiriendo la colaboración de la justicia (en concordancia con el artículo 753 CPCCN), superando “la inadecuación de algunos ordenamientos provinciales a la espera de un régimen nacional del arbitraje que unifique sus reglas, guardando paralelismo con lo que acontece con el arbitraje internacional”³⁰⁹.

arbitraje, sin perjuicio de la intervención voluntaria adhesiva que a su costa efectúen accionistas para mantener la validez de la resolución”.

³⁰⁹ Cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125. Sobre el particular refería el autor, como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales, Resolución MJDH N° 112/02, que “la intervención judicial en las sociedades es objeto [en el Anteproyecto] de modificaciones que tienden a dotarla de una mayor elasticidad aconsejable tras la experiencia recogida en los largos años que lleva la aplicación de sus actuales textos. Las innovaciones conducen a cierta ampliación de su ámbito, sumando nuevos supuestos que justifican la injerencia judicial en las sociedades, que se añaden a la actual causal circunscripta al comportamiento de los

En concordancia y como complemento para las medidas cautelares, complementando el último párrafo del proyectado artículo 15 LSC, se modificaba el artículo 252 LSC, disponiéndose la suspensión preventiva de la ejecución de una resolución impugnada cuando el juez o el tribunal de arbitraje designado encontraran verosímil la existencia de motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, previa garantía suficiente para responder por los daños que la medida pudiese causar a la sociedad³¹⁰. El incidente que se formaba con la petición se resolvía con audiencia de la sociedad y la suspensión podía ser sustituida por otras medidas adecuadas o garantías. Incluso, en caso de fundado peligro en el retardo, el pedido debía ser resuelto sin oír previamente a la sociedad.

2.4.2. Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 (Resolución MJ y DH N° 191/2011)

La Comisión de Reformas encargada de proyectar un Código

administradores que pongan a la sociedad en grave peligro. Se propone así que la medida se tenga por pertinente en los casos en que se niegue a los socios el ejercicio de sus derechos, así como cuando se generen conflictos endosocietarios que comprometan el funcionamiento de la sociedad (art. 113), aun cuando esta situación no resulte atribuible a los administradores. En este segundo caso la crisis que no pueda ser superada a través de la injerencia judicial, desembocará en la disolución de la sociedad, según lo dispone el nuevo inciso 4 del art. 94, que contempla la causal oriunda de la paralización de los órganos sociales". ANAYA J., "Arbitraje societario", cit., LL 2007-C, 10125.

³¹⁰ "Permite ventilar la impugnación de acuerdos assemblearios por vía arbitral y admite que el tribunal designado al efecto pueda abocarse a la medida preventiva prevista por el art. 252 de la ley 19.550, aceptando asimismo el Anteproyecto la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda resolver medidas cautelares, lo cual es también una cuestión sumamente controvertida en doctrina y jurisprudencia". NISSEN R., "Conflictos societarios. El procedimiento judicial...", ED, 212-712.

Civil y Comercial unificado se ocupó en el Anteproyecto de manera extensa y sistemática de la cuestión procesal. No obstante el acierto –en general– del nuevo artículo 15 LSC propuesto en sustitución del de 1972, que completaba acabadamente el Anteproyecto de 2002 agregando nuevos artículos 15 bis, 15 ter y 15 quater, por sugerencia del Poder Ejecutivo toda la cuestión fue eliminada del Proyecto definitivo. La versión original del Anteproyecto 2011, igual que su par de 2002, se ocupaba del procedimiento, la aplicación del régimen arbitral, las valuaciones y las medidas asegurativas y compulsorias.

Respecto del procedimiento, el artículo 15 –su norma general– disponía que

“si en la ley se dispone o autoriza la promoción de una acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. El procedimiento debe garantizar la defensa en juicio, amplitud probatoria y doble instancia. Recibida la demanda, en la primera resolución el juez debe decidir cuál es el procedimiento. En ningún caso la acción queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos en el acto constitutivo, el contrato o el estatuto, o que las partes se avengan a ellos”.

Al igual que sucedía con el Anteproyecto de 2002, quedaba nuevamente en manos del juez resolver el procedimiento aplicable, incorporando la norma de manera sobreabundante la salvaguarda de las garantías de defensa en juicio y amplitud probatoria –ambas propias del debido proceso; artículo 18 Constitución Nacional– e imponiendo expresamente la doble instancia para aventar dudas sobre la apelabilidad de la sentencia que se obtuviere. Con acierto, igual que su antecesor, fulminaba para el caso societario el proceso de mediación y conciliación obligatorios impuesto en 1995 por ley

24.573 –su decreto reglamentario 91/1998 y modificación por ley 26.589 de 2010– y que en extenso se verá más adelante.

Sobre la aplicación del régimen arbitral, el Anteproyecto 2011 en su artículo 15 bis –"Arbitraje. Cláusula compromisoria"– disponía que

“el acto constitutivo, contrato social o estatuto puede incluir una cláusula compromisoria que someta en forma obligatoria los diferendos entre los socios, o entre éstos y la sociedad o los integrantes de sus órganos sociales, al arbitraje o a la amigable composición. En este caso se debe especificar: 1) el procedimiento por el cual se regirá el arbitraje; 2) la forma de designación de los árbitros; 3) la designación de una entidad que administre el arbitraje, y la previsión, para el caso que ésta desaparezca, de las reglas que se aplicarán; 4) la sede o domicilio del arbitraje; en su defecto se considera que es el domicilio de la sociedad; 5) los recursos que puedan interponerse contra el laudo, o los que se renuncien en su caso; si en el acto constitutivo, contrato o estatuto social no estuviera previsto el procedimiento que regirá el arbitraje o la entidad que lo administre, deberá sustanciarse ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio; si la cláusula compromisoria fuese ambigua, o no pudiesen ser designados los árbitros, deberá recurrirse a la vía judicial. Cláusula compromisoria posterior. Son igualmente válidas las convenciones de arbitraje que celebren las partes en cualquier diferendo, aunque no se incluya una cláusula compromisoria en el acto constitutivo, contrato o estatuto social”.

El Anteproyecto de 2011 observaba así una mayor precisión respecto del de 2002 al incluir especificaciones –mínimas– para la cláusula compromisoria, introduciendo toda una novedad al disponer que frente a la falta de regulación del procedimiento o de

designación de la entidad que lo administre, este debía sustanciarse “ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio”, mostrando los redactores de la norma una preferencia no justificable de una entidad autorregulada por sobre otra. Por otra parte, el Anteproyecto de 2011 ya no se ocupaba –como sí lo hacía su antecesor de 2002– de la cuestión arbitral para el caso de sociedades que cotizaran en bolsas o mercados. La cuestión se confiaba a leyes especiales y a las propias entidades autorreguladas, como se dirá más adelante.

En cuanto a la “valuación y el arbitraje pericial”, el artículo 15 ter del Anteproyecto 2011 disponía que

“salvo que el acto constitutivo, contrato o estatuto social prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso, quien impugne el precio atribuido por la otra parte deberá expresar el que considere ajustado a la realidad. Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral. Si no estuviere previsto en el acto constitutivo, contrato o estatuto social el procedimiento aplicable a la pericia arbitral, deberá sustanciarse ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio”.

La norma propuesta prácticamente reproducía para el caso el texto del Anteproyecto de 2002, con excepción del agregado en su parte final remitiendo al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más cercana, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 15 bis al ocuparse del contenido de la cláusula compromisoria.

Por último, bajo el título “Medidas asegurativas y compulsorias. Colaboración judicial”, el artículo 15 quater del Anteproyecto 2011 disponía:

“cuando por aplicación de esta ley o por convenciones de arbitraje se sometan diferendos al arbitraje, podrán los árbitros disponer medidas cautelares, asegurativas y de intervención, a menos que se las haya excluido expresamente en las cláusulas compromisorias. Podrá preverse la exigencia de notificación previa a la otra parte para ser escuchada antes de adoptar la medida. Colaboración del juez estatal. De ser necesario para el cumplimiento o ejecución de cualquier resolución del tribunal arbitral, incluido el laudo final, así como para el de las medidas asegurativas y compulsorias previstas, o las de ejecución que se hayan dispuesto, los árbitros deben requerir la intervención del juez estatal y este deberá prestar el auxilio de la jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

El texto es una transcripción casi literal del artículo 15 del Anteproyecto 2002, con el único agregado de la posibilidad de prever la exigencia de notificación previa a la contraparte, “procedimiento incidental que establece la audiencia de la sociedad antes de disponerse, lo que pone no poca distancia con las cautelares. Pero esta audiencia que se otorga en el incidente no da lugar a un contradictorio, aunque abre la oportunidad para que la sociedad ofrezca garantías u otras medidas adecuadas en sustitución de la requerida. Por lo demás la audiencia será omitida en caso de un peligro, en tal grado inminente, que no consienta ninguna dilación”³¹¹.

³¹¹ ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

2.5. EL PROCESO SUMARÍSIMO COMO HIPÓTESIS DE SUSTITUCIÓN DE LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 15 LS

El proceso sumarísimo es en realidad un proceso plenario excepcionalmente abreviado³¹², que al igual que el resto de los procesos plenarios –ordinario o sumario–, culmina en la resolución total y definitiva del conflicto. Se halla sujeto en máxima medida a la vigencia del principio de economía, particularmente a las variantes de concentración, eventualidad y celeridad³¹³. De acuerdo con el artículo 321 CPCCN se aplica

i.-) a procesos de conocimiento en los que el valor cuestionado no exceda de una suma de Pesos predeterminada por el Estado –por lo general baja–, con lo que el criterio general para la adopción de este tipo de proceso es la menor cuantía o la sencillez del litigio; ii.-) contra actos u omisiones de particulares que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto cuando la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos en el CPCCN u otras leyes que le brinden la tutela inmediata y efectiva³¹⁴ y iii.-) “en los

³¹² El término sumarísimo proviene de la tradición jurídica, y en gran parte la mayoría de los procesos sometidos a este trámite son en realidad procesos sumarios en sentido estricto. Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. VI, p. 488, n° 886.

³¹³ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. VI, p. 488, n° 886.

³¹⁴ Lo que en puridad es un error, ya que al no adquirir la sentencia desestimatoria de la pretensión autoridad de cosa juzgada, el amparo por actos de particulares no constituye materia de proceso plenario. Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. VI, pp. 490 y 491, n° 887.

demás casos previstos por este Código u otras leyes”³¹⁵, con lo que cualquier ley puede establecer la vía, como se propondrá respecto de algunas acciones de naturaleza societaria al concluir este trabajo. En tal caso, es regla general que hallándose prevista la vía sumarísima para la resolución de un asunto determinado, el actor carece de facultad para renunciar a ella y optar por la vía sumaria³¹⁶.

A tenor de la disposición del artículo 15 LS, sería necesaria la supresión de la remisión en éste efectuada al proceso sumario para que resultara indubitada la posibilidad de aplicar la vía sumarísima y que ésta no se haga por vía de una inferencia impropia a partir de la posibilidad que en la parte final del art. 321 CPCCN da al juez de optar por vías análogas cuando “de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor no procediere el trámite de juicio sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde”³¹⁷.

En cuanto a las reglas procesales, en los casos en que se promueve juicio sumarísimo, el juez debe –teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida– resolver de oficio y como primera providencia, si corresponde que la controversia se sustancie por esta vía. En tal caso, el trámite se ajusta a lo

³¹⁵ El CPCCN prevé la aplicación del juicio sumarísimo en caso de: i.-) la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, cuando el juez así lo decidiera (artículo 322); ii.-) solicitud de designación de tutores o curadores (artículo 776); iii.-) el otorgamiento de segunda copia de escritura pública (art. 778); iv.-) renovación de título en la que medie ofrecimiento de prueba (artículo 779). En cuanto a leyes, se prevé –entre otras– la aplicación del juicio sumarísimo para algunas violaciones de los propietarios u ocupantes de edificios sometidos el régimen de propiedad horizontal (artículos 6 y 15 ley 13.512).

³¹⁶ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil...*, cit., t. VI, p. 488, n° 886.

³¹⁷ En igual sentido, CPCCBA art. 321.

establecido para el proceso ordinario, con las siguientes modificaciones:

i.-) con la demanda y contestación se ofrece la prueba y se agrega la documental; ii.-) no resultan admisibles las excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni la reconvencción; iii.-) todos los plazos son de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el que se otorgue para fundar la apelación y contestar el traslado memorial, que son de cinco días; iv.-) contestada la demanda, la cuestión se resuelve como de puro derecho si ello fuera posible; si en cambio se alegaran hechos conducentes acerca de los cuales no existiera conformidad entre las partes, el juez debe recibir la causa a prueba convocando a audiencia dentro de los diez días, la que también se celebra sumarísimamente; v.-) no procede la presentación de alegatos y vi.-) sólo son apelables la sentencia definitiva y las providencias que decretan o deniegan medidas precautorias, lo que se concede en relación y con efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable³¹⁸.

2.6. LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL PREVIA COMO SUPUESTA ALTERNATIVA PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS

2.6.1. Introducción al problema

A partir del año 1995, por disposición de la ley 24.573 de Mediación y Conciliación –su decreto reglamentario 91/1998 y modificación por ley 26.589 de 2010–, la casi totalidad de los procesos judiciales contenciosos en el ámbito de la ciudad de Buenos

³¹⁸ CPCCN, arts. 321, 359, 360 y 498.

Aires deben ser precedidos por el trámite de mediación³¹⁹. Se trata de un proceso previo al inicio del pleito, de carácter no adversarial, de naturaleza confidencial, en el que interviene un tercero mediador imparcial que cumple la función de colaborar con las partes para negociar entre ellas las cuestiones o conflictos³²⁰, a fin de llegar a un resultado común que resulte mutuamente aceptable³²¹.

Tanto la ley 24.573 como la 26.589 procuraron que fueran las partes interesadas las que zanjaran sus diferencias de forma privada, como paliativo al estancamiento que al tiempo de su sanción observaba una administración de justicia escasa de recursos y atiborrada de causas³²². Pero la mediación prejudicial sólo sumó

³¹⁹ Incluso el Reglamento para el funcionamiento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires prevé una instancia previa, aunque facultativa, de mediación y conciliación (art. 12).

³²⁰ La negociación consiste en plantear ante otro, del que se quiere obtener una conducta, un resultado o una cosa, una serie de propuestas tendientes a que el mismo otorgue voluntariamente aquello que se quiere y es razón de la oferta. Cfr. FALCÓN, ENRIQUE, *Mediación obligatoria en la ley 24.573*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 13.

³²¹ Cfr. ÁLVAREZ GLADYS y HIGHTON ELENA, “Diferencias entre conciliación y mediación”, LL, 1996-E, p. 1095. La mediación implica la cesión de cierto control sobre el proceso a un tercer colaborador externo y neutral –mediador–, sin delegar en él la solución; el mediador las asiste conduce y guía, para que les facilite arribar a un acuerdo que ponga fin a la diferencia. Cfr. CAIVANO, ROQUE, “Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos: una herramienta para las empresas”, Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, n° 1467, diciembre 1995.

³²² Cfr. FALCÓN, E., “Mediación obligatoria...”, cit., p. 11; DUPUIS, JUAN, *Mediación y conciliación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 15; COLERIO, JUAN y ROJAS, JORGE, *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 10; LEGUISAMÓN, HÉCTOR, “La mediación de la República Argentina”, en *Temas selectos de teoría del proceso. Una visión iberoamericana*, coord. CARRASCO SOULÉ, HUGO, Porrúa, México, 2012, p. 460; OTEIZA, E., “Los procesos de conocimiento...”, cit., p. 29. Este último autor –OTEIZA– señala que la mediación significó además un paso adelante en cuanto al reconocimiento de que no

nuevos obstáculos a la resolución de conflictos societarios, integrados por una compleja materia no tenida en cuenta por la legislación y usualmente desconocida por mediadores más preparados para la solución de problemas interpersonales que empresariales. Si a ello se sumara, además, una multiplicidad de partes interesadas o involucradas (v. gr. acción de responsabilidad, artículo 254 LS), es poco probable que la mediación resulte conducente.

En concordancia con el apuntado escaso éxito de la mediación prejudicial en materia societaria es que se ha sostenido –para el caso particular– su innecesariedad, cuando no la conveniencia de su supresión³²³. Así se ha resuelto que una aplicación finalista de la ley

todo conflicto debía concluir con un perdedor y un ganador, a partir de la mejor comunicación entre las partes.

³²³ “...en materia de conflictos societarios, debe aclararse que, al menos como principio general, y salvo cuando la pretensión de uno de los integrantes de la sociedad tenga un contenido económico, como por ejemplo, la acción promovida por el socio excluido o recedente a los fines de obtener el justo valor de reembolso de su participación social, o las demandas de responsabilidad contra socios o administradores (arts. 54 y 274/79, ley 19.550) promovidas por la sociedad, cuando se trata de acciones sociales donde lo que se persigue es la nulidad de decisiones del directorio o de asambleas, o la remoción de administradores y/o síndicos, esto es, la promoción de demandas judiciales en defensa de los intereses de la misma sociedad, la mediación resulta inadmisibile, a pesar de que el art. 2° de la ley 24.573 [actual art. 5 ley 26.589] no excluye a dichas acciones como materias exceptuadas del procedimiento de referencia ... tampoco puede obtenerse resultado positivo mediante el procedimiento de mediación obligatoria, cuando la pretensión del actor está enderezada a lograr el alejamiento de uno o todos los integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización de la sociedad, donde no se advierte cómo ni de que manera el demandante pueda obtener satisfacción particular, salvo que lo que se ventile en el procedimiento de mediación se circunscriba a la desvinculación del actor de la sociedad demandada, pero la experiencia ha demostrado que no necesariamente quien promueve acciones sociales contra la entidad que integra tiene intenciones de alejarse de la misma. De manera tal que la supresión para los pleitos societarios de los procedimientos alternativos de solución de conflictos no puede ser sino bienvenida [el autor refiere al Proyecto de

de mediación conduce a concluir que cuando se infiere con alto grado de convicción que no existe posibilidad actual mínima de conciliación entre las partes, es posible soslayar un trámite que importaría prolongar injustificadamente el desarrollo del juicio³²⁴. “Máxime existiendo la posibilidad de que, de demostrar voluntad e interés para ello, los contendientes arriben a un acuerdo que finalice el pleito, ya que amén de las tratativas extrajudiciales que pueden encarar a tal efecto, podrán proponer y explorar diversas alternativas ante el Magistrado, sea en los términos del art. 36, inc. 2, 2º párr., del C.P.C.C.N., o en la oportunidad –ciertamente cercana– prevista por el art. 360 del C.P.C.C.N., evitando así un dispendio jurisdiccional y conduciendo a una más ágil conclusión del juicio, con los consecuentes beneficios para la administración de justicia, los demás justiciables y las propias partes. Por ello, y de conformidad con los principios señalados, corresponderá mantener lo decidido por el a quo en cuanto rechazó la reapertura de la instancia mediadora previa por haberse omitido citar a los coaccionados”³²⁵.

modificación de la LS del año 2002 –Res. MjyDH 112/02-J”. NISSEN, R., “Conflictos societarios. El procedimiento judicial...”, cit., ED, 212-712.

³²⁴ CNCom., sala A, 23/02/2006, autos “Alba Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Oviedo, Hugo y otros s/ ordinario”, elDial.com AA332E.

³²⁵ “... en otro supuesto en el que se solicitaba la designación de un interventor judicial, se juzgó excluida la cuestión de la mediación previa, en tanto de considerar taxativa la enunciación se llegaría a desnaturalizar el instituto de la intervención (CNCom., Sala D, 28/3/2001, “Ehrenbock R y otra c/Ehrenbock H. y otro). También se ha decidido que tratándose de un caso en que no se verifica la posibilidad de conciliación es posible soslayar el trámite (CNCom., Sala B, 13/10/2000 “Kemigsber B. c/Indegas S.A.”). Como puede observarse existe una tendencia en la jurisprudencia a la interpretación funcional y realista de la mediación obligatoria”. ARECHA, MARTÍN, “Arbitraje y mediación en el derecho societario”, 28-11-2002; IJ-XXV-171.

Siendo que la materia involucrada en la mediación prejudicial se infiere de forma inversa (le compete todo aquello no excluido expresamente en los artículos 4 y 5 de la ley 26.589)³²⁶, difícilmente pueda sostenerse que el pleito societario escapa al trámite. Sólo se exime de mediación prejudicial³²⁷:

i.-) las medidas cautelares, por cuanto resulta claro que por su objeto no están incluidas en el proceso de mediación³²⁸, ya que por regla se dictan in audita parte. No obstante, para el caso en que estas difícilmente puedan intentarse antes de incoar la pretensión principal, tal el caso de la suspensión preventiva de la ejecución de una resolución asamblearia que acompaña su pedido de nulidad³²⁹, la obligatoriedad de la mediación prejudicial resulta un impedimento –se volverá sobre el

³²⁶ CNCom., Sala C 30/05/97 re “Priesca María c. Alvarez Angeles y otros”, ED 177, p. 279; CNCom., Sala E., 26/11/1999, re “Domingo S. E. s/ordinario”; Cfr. DUPUIS, J., *Mediación y conciliación*, cit., p. 102.

³²⁷ El artículo 5 ley 26.598, en extenso, refiere a: “Artículo 5° –Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos: a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; l) Procesos voluntarios”. Aquí sólo se tratarán sus incisos f), g) j) y l), por tener estos relación con este estudio.

³²⁸ Cfr. DUPUIS J., *Mediación y conciliación*, cit., p. 119.

³²⁹ LSC, arts. 252 y 251.

particular más adelante-; ii.-) las diligencias preliminares y prueba anticipada, aunque esta hipótesis bien pudo haberse excluido³³⁰, por cuanto no se trata de juicios sino de medidas preparatorias de aquellos o el aseguramiento de prueba que pudiera resultar de imposible o difícil producción posterior³³¹; iii.-) la convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512, con el que la ley trata únicamente los supuestos de la ley de propiedad horizontal, no pudiéndose aplicar de forma análoga a la convocatoria judicial a asamblea y que por tanto quedaría alcanzada por el procedimiento de mediación extrajudicial³³²; iv.-) los procesos voluntarios.

Es decir que las acciones derivadas del contrato de sociedad no se eximen de transitar el procedimiento de mediación prejudicial – aún cuando involucrara a personas jurídicas privadas con participación estatal mayoritaria³³³–, como se ha resuelto con un criterio que consideramos cuanto menos inconveniente, respecto de las siguientes materias:

2.6.2. Mediación y solicitud de intervención judicial

Para solicitar la intervención judicial, y que debe iniciarse simultáneamente con la acción de remoción de los administradores, se requiere acudir previamente al proceso de mediación

³³⁰ Cfr. DUPUIS, J., *Mediación y conciliación*, cit., p. 122.

³³¹ CPCCN, arts. 323, 326 y 328.

³³² LSC, art. 236.

³³³ CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª 3/12/98 re “EDCADASA c. Mercado de Materiales S.A.”, JA n° 6126, p. 32 cita de RUFINO, MARCO en *Mediación y conciliación según la jurisprudencia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, n° 13.12, p. 41.

extrajudicial. Como paliativo, los tribunales han entendido que a fin de satisfacer el recaudo establecido en el artículo 114 LSC y atento el trámite de mediación y conciliación que con carácter previo y obligatorio establece la ley, resulta suficiente la acreditación de haber requerido la iniciación del mismo y no su agotamiento y subsiguiente promoción de la acción judicial de remoción, por cuanto ello importaría desvirtuar la esencia de toda medida cautelar al poner al futuro demandado en conocimiento anticipado de la pretensión que se esgrime en su contra³³⁴.

Pero en el caso de la acción de remoción, cuando no se planteara simultáneamente la intervención del órgano de administración, los tribunales se han inclinado por la necesidad de mediar previamente, por cuanto no se trata de ninguna de las hipótesis de excepción previstas en la ley, con lo que deviene imperativo para el accionante previo a todo juicio instar el trámite aludido³³⁵.

2.6.3. Mediación y solicitud de inscripción de renuncia del administrador

Los tribunales han resuelto que la demanda que procura la inscripción de la renuncia al cargo de presidente de una sociedad anónima en la Inspección General de Justicia “no queda exceptuada del trámite de mediación previa, pues no está incluida en la enumeración taxativa del art. 2 de la ley 24.573 [actual art. 5 de la

³³⁴ CNCom., Sala A 24/6/98, re “Grisolía Jorge M y otro c. Tracfer y otros”, ED 179 p. 279; JA 1998-IV p. 588; CNCom., Sala D, 20/12/96, “Viola Oscar”, LL 1997 C 247. En contra, CNCom, sala E 11/05/2001 re “Escudero Eleonora c. Mesayco S.R.L. y otros”, ED 193-494.

³³⁵ CNCom., Sala D 18/9/97 autos “De Arizmendi, Fernando c. Arizmendi S.A.”, cita de RUFINO, M., *Mediación y conciliación...*, cit., n° 13.11.2., p. 40.

ley 26.589]”³³⁶. En procura de salvar este inconveniente –en realidad desde antes y en atención a la ocasional reticencia de algunas sociedades en efectuar la registración– en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires la Inspección general de Justicia ha dispuesto un procedimiento administrativo que intenta evitar al director cesante acudir a los tribunales para forzar la registración (Res. IGJ 07/2005, artículos 114 a 116). Para ello este debe solicitar la inscripción, acompañando:

- i.-) un primer testimonio de escritura pública o instrumento privado original que contenga la transcripción del acta de la asamblea con su planilla de registro de asistencia, o de la reunión de directorio, en su caso, de la que resulte el cese –si fue por renuncia debe constar expresamente su aceptación-;
- ii.-) la publicación original prevista en el artículo 60 LSC, con individualización de los directores cesantes y cuyos nombres deben coincidir con los que figuren en el acta de la asamblea o de la reunión de directorio en que se aceptó su renuncia;
- iii.-) constancia original de los avisos de convocatoria a la asamblea de la que resulte la cesación de los directores, salvo que la misma haya sido unánime.

De no contar con esta documentación puede denunciar que intimó fehaciente e infructuosamente a la sociedad para que le entregara aquella o que promoviera el trámite de inscripción. Con el traslado de la denuncia, la IGJ intima a la sociedad a acreditar la entrega o la iniciación del trámite³³⁷. Si la documentación se presenta en forma, se notificará por cédula al interesado para que

³³⁶ CNCom., Sala E, 26/11/1999, re “Domingo Santiago E.”, DJ 2000-2, 63; LL 2000-C, 742.

³³⁷ En caso de incumplimiento se aplica una multa a la sociedad y a los directores y síndicos que, habiendo sido requeridos al efecto, hubieran omitido acreditar en forma documentada que obraron para que se cumpliera con la intimación y que, a falta de resultado, dejaron expresa constancia de su protesta.

inicie el trámite registral, caso contrario, el cesante deberá acudir a la Justicia, con lo que a la demora generada por el procedimiento administrativo se adicionará la correspondiente al proceso de mediación extrajudicial y, de fracasar el mismo, la del propio procedimiento judicial.

2.6.4. Mediación y supuestos de petición de nulidad de asamblea

En los supuestos de nulidades asamblearia, aún cuando el directorio no cuenta con legitimación para allanarse a la petición del nulificante, puede volver a convocar a los socios –aunque estos no necesariamente se encuentren incluidos en el procedimiento de mediación– para que revoquen contrario imperio el decisorio.

Pese a ello, se ha llegado a resolver que “si bien no se desconoce que la ley 24.573 excluye en su artículo 2 inc. 6° [actual artículo 5 inc. f) ley 26.598] el trámite de las medidas cautelares del procedimiento de mediación obligatoria hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, la medida cautelar solicitada por el accionante, consistente en la suspensión provisoria de lo resuelto en asamblea que a su vez se impugna (conf. artículo 252 L.S.), necesita –en virtud de una disposición específica (el citado artículo)– la promoción de la acción de impugnación”³³⁸.

³³⁸ CNCom., Sala A, 26/12/97, re “Grisolía Jorge c. Tracfer S.A.”, cita de RUFINO, M., *Mediación y conciliación...*, cit., n° 13.8.1., p. 38. En igual sentido NISSEN, para quien la improcedencia de la mediación prejudicial resulta “evidente tratándose de acciones de nulidad de decisiones asamblearias, previstas por el art. 251 de la ley 19.550, pues no resulta concebible que un accionista, disconforme con la legalidad de un determinado acuerdo asambleario, pueda obtener en el procedimiento de mediación obligatoria, algún resultado satisfactorio para los intereses que defiende, porque la vigencia de una decisión de la asamblea o un acuerdo del directorio no

Este tipo de solución jurisprudencial luce desafortunada a poco que se repare en que la declaración de nulidad no resulta disponible por las partes, contrariando en ello la ley de mediación el espíritu de la LSC³³⁹. Baste reparar en que teniendo la acción del artículo 251 LSC carácter social, mal puede el peticionante de una nulidad asamblearia “someter un interés que le es ajeno a las componendas conciliatorias propias del proceso de mediación³⁴⁰”.

No es este el único problema que la aplicación de la mediación prejudicial acarrea al tratar nulidades asamblearias. Conforme el artículo 251 LSC, la acción de nulidad de resolución asamblearia debe promoverse dentro de los tres meses³⁴¹ de clausurada la

puede ser parcial, por expresa previsión del art. 233 de la ley 19.550, que prescribe que las resoluciones de la asamblea conformes con la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas y deben ser cumplidas por el directorio” NISSEN, R., “Conflictos societarios. El procedimiento judicial...”, cit., ED, 212-712.

³³⁹ Cfr. NISSEN, RICARDO y LLANTADA, GASTÓN, “La mediación y el conflicto societario”, en *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 170. Por nuestra parte no compartimos tal posición cuando se tratara de normas imperativas por ser disponibles los efectos de su violación. Sí adherimos a tal posición cuando se tratara de nulidades comprendidas en el art. 1047 del Código Civil –a las que no resulta aplicable el art. 251 LS–.

³⁴⁰ Cfr. NISSEN, R. y LLANTADA, G., “La mediación y el conflicto societario”, cit., ED 175-748; en contra, aunque con alcances relativos, véase LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., pp. 405 y 406.

³⁴¹ La ley mexicana prevé un –entendemos– escaso plazo de 15 días (art. 201 Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934 –ref. DOF 13-06-2014-); la LSC española de 2010, 40 días a partir de la fecha de acuerdo si el mismo fuera anulable, y un año si aquel fuera nulo (art. 207); la ley de sociedades uruguayas 16.060, de noventa días a contar de la fecha de clausura; el Código de Comercio colombiano, de dos meses desde la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, en cuyo caso los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción (art. 191).

asamblea³⁴², esto es, desde el momento en que la resolución fue aprobada, y no desde que se la puso en ejecución³⁴³. Se trata de un plazo de caducidad³⁴⁴ –no de prescripción–, razón por la cual éste no se interrumpe ni suspende –ni siquiera en feria judicial, la interpelación en los términos del artículo 3986 del Código Civil o, aún en contra de lo previsto en el artículo 18 de la ley 26.589, el inicio del trámite de mediación³⁴⁵–.

³⁴² Debiéndose computar para el cálculo el día en que la decisión asamblearia fue adoptada. Cfr. NISSEN, R., “Impugnación judicial...”, cit., p. 140.

³⁴³ “La ley fija un plazo máximo para deducir la acción, con lo cual, de ser exacta la interpretación contraria sería muy sencillo soslayar las acciones de nulidad, bastando que la sociedad no las pusiera en ejecución durante los seis meses –el autor refiere a la ley 19.550 antes de su modificación por ley 22.903– que siguen a la clausura de la asamblea o la publicación, puesto que posteriormente no podría ya ser impugnada.” VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 929.

³⁴⁴ Cfr. ZALDÍVAR ENRIQUE, RAGAZZI GUILLERMO, MANÓVIL RAFAEL, SAN MILLÁN CARLOS y ROVIRA ALFREDO, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 395; ARECHA MARTÍN y GARCÍA CUERVA HÉCTOR, *Curso de sociedades comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 372; VERÓN, ALBERTO, *Sociedades anónimas de familia*, t. 2, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 1087; ROITMAN, HORACIO, “Impugnación de decisiones asamblearias”, R.D.C.O. año 1984, Depalma, Buenos Aires, p. 106; FARGOSI, HORACIO, “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas”, en *Estudios de derecho societario*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 227; OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Invalidez de actos societarios*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 442; PÉREZ FONTANA, SAGUNTO, *Sociedades anónimas*, t.1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 178; VICENT CHULIÀ, FRANCISCO, *Introducción al derecho mercantil*, 13ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 297; art. 205 LSC española de 2010.

³⁴⁵ CNCom. Sala A mayo 31-2004, re “Mendoza Claudio J. c. Óptica Alemana S.A.”. “En virtud de que el plazo de tres meses del art. 251 in fine de la ley 19.550 para la impugnación de decisiones asamblearias está fijado para la deducción judicial de la pretensión, en los casos en que el proceso esté en trámite de mediación obligatoria, debe promoverse la demanda dentro del plazo legal y supeditar su tramitación al resultado de aquella. El plazo de caducidad previsto por el art. 251 de la Ley 19.550 para la impugnación de las decisiones asamblearias no se suspende por el trámite de mediación que establece la ley 24.573, pues esta no

De allí que en razón de lo apremiantes que suelen ser los plazos dispuestos por la LSC –tal el caso del artículo 251– y los insalvables perjuicios que las demoras ocasionan al ente, accionistas y terceros, todo parece indicar que resultaría conveniente en salvaguarda de dichos intereses, requerir la intervención de un mediador privado, solicitando la pronta notificación del requerido –por acta notarial, carta documento, telegrama o medio similar– a fin de cumplimentar la formalidad del acto.

Para salvar este inconveniente, aunque más en resguardo del procedimiento de mediación prejudicial que en atención del procedimiento societario y contra legem de los principios del derecho procesal civil y comercial, la ley 26.589 en su artículo 18 parte final prevé que la mediación suspende el plazo de caducidad (sic) por acuerdo de partes, reanudándose a partir de los veinte días de que el acta de cierre se encuentre a disposición de aquellas.

2.6.5. Incomparecencia personal del accionista a la mediación

Debiendo ser el reclamante quien formalice su pretensión conciliatoria cabe a éste la posterior obligación de comparecer personalmente a la sesión a tal efecto dispuesta por el mediador, resultándole vedado hacerse representar por apoderado (artículo 19,

contempla efecto alguno sobre los plazos de caducidades legales”. En contra, CNCom. Sala C , re “Escasany María Isabel c. Caldelas S.A. s. Sumario”, 18.10.1997, que resolvió que “debido a la imposibilidad de promoverse derechamente la demanda (arts. 2° y 14° 2° párrafo, ley 24.573), cuadra otorgar a la iniciación del trámite de mediación previa –por vía analógica (art. 29 ley citada)– efectos suspensivos sobre el plazo de caducidad previsto en el art. 251 de la ley 19.550, cesando tal suspensión una vez agotada la referida etapa prejudicial”. En igual sentido, véase NISSEN, R. y LANTADA, G., “La mediación y el conflicto societario”, cit., p. 170.

ley 26.589). Se trata de una excepción al principio general en materia de representación procesal a que alude el capítulo III del título II del libro I del CPCCN (artículos 46 a 55), y que encuentra justificación en la estructura misma de la mediación³⁴⁶.

Por tanto, la simple invocación de personería al tiempo de solicitar la apertura del proceso –aún cuando esta estuviera acompañada del pertinente mandato– infringe la normativa de la ley 26.589, sin que ni siquiera la posterior ratificación por el requirente ausente subsane tal violación. De allí que, incompareciendo de forma personal el peticionante de la nulidad asamblearia a la audiencia previa de mediación, no pueden tenerse por cumplidas las prescripciones legales, las que resultan imperativas previo inicio de acciones judiciales (conf. art. 1, ley 26.598).

2.6.6. Supresión del proceso de mediación en materia societaria

Según se refiriera, son diversas las razones por las que se sugiere la supresión del procedimiento de mediación prejudicial en materia societaria, por obstaculizar la resolución de conflictos, entre otras cuestiones debido a: i.-) su compleja materia y la multiplicidad de partes interesadas o involucradas; ii.-) en ocasiones, el desconocimiento de la materia por mediadores más preparados para la solución de problemas interpersonales que empresariales; iii.-) las dificultades que surgen del intento de mediar en situaciones que involucran la remoción de los administradores o la inscripción de sus renunciaciones; iv.-) su inaplicabilidad en planteos de nulidades de decisiones de órganos colegiados; v.-) sumadas las dificultades

³⁴⁶ Cfr. DUPUIS, J., *Mediación y conciliación*, cit., p. 172.

propias de la eventual comparecencia personal forzosa de todos los involucrados en casos multipartes.

CAPÍTULO TERCERO

PROCEDIMIENTOS RELATIVOS

A LOS DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO DE SOCIO

3.1. DERECHOS Y DEBERES DEL SOCIO

La LSC y las normas a las que ésta remite tutelan de una manera coordinada tanto los derechos de la sociedad como los de sus socios; frente al derecho subjetivo del socio surge un consecuente deber del ente –y viceversa–.

Algunos derechos, como el voto y en el que *prima facie* pudieran confundirse derechos y deberes atribuidos a una misma persona, son en realidad institutos jurídicos complejos que se hacen valer ante la sociedad³⁴⁷, e indirectamente ante los socios, quienes en apariencia los ejercen de una manera autónoma.

3.2. ESTADO DE SOCIO: DERECHOS

La doctrina suele referir al conjunto de derechos y obligaciones del socio bajo el equívoco término de estado de socio³⁴⁸, una suerte de

³⁴⁷ Cfr. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil, parte general*, t. I, 12ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, p. 42.

³⁴⁸ No obstante impuesto en doctrina desde principios del siglo XX, el término estado de socio –y que en más se utilizará– dista de ser pacíficamente aceptado. Desde un inicio calificada doctrina desaconsejaba su uso, reconociéndole sólo su

prius de relaciones jurídicas derivadas de una situación preliminar³⁴⁹, y que cobija y combina –a grandes rasgos– relaciones de ejercicio continuado entre diversos sujetos –los socios– y entre estos y el ente³⁵⁰, y, en ocasiones, incluso respecto de terceros. Se alude así a la matriz sobre la que se miden derechos y obligaciones, para señalar la posición en que el socio se encuentra frente a la sociedad como titular de una serie de aquellos³⁵¹, y sus consecuencias.

Todos estos derechos, facultades y poderes que integran el estado de socio emanan de su cualidad de tal³⁵², por lo que si el

comodidad verbal, destacando la falta de uniformidad del pretendido status, que variaría según el tipo de sociedad y la extensión de los derechos y obligaciones que cada contrato social otorgue. Cfr. HALPERÍN, ISAAC y BUTTY, ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, vol. I, 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 427. No obstante, se dirá que la acepción ha evolucionado notablemente –casi mutado– desde que fuera acuñada por ASCARELLI a partir de las analogías encontradas entre la relación ciudadano-Estado y socio-sociedad, por lo que hoy parecería anacrónico centrar su estudio –y propugnar su rechazo– desde la referida óptica.

³⁴⁹ Situación que pudiera calificarse de cualidad o posición subjetiva compuesta de todo un haz de relaciones jurídicas. Cfr. SÁNCHEZ, ANIBAL, “Las acciones y los derechos del accionista” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IV, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1994, p. 99.

³⁵⁰ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario, parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 59.

³⁵¹ Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Derecho mercantil*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1995, p. 229. Por su parte, VILLEGAS se refiere al tema partiendo de que la acción –el título– incorpora no derechos de crédito ni reales, sino un status al que van unidos derechos de especial naturaleza y especiales obligaciones. Este status no es típico y uniforme, sino que queda determinado concretamente según el conjunto de normas legales y estatutarias que rigen toda sociedad y según las circunstancias externas individuales relativas a cada socio. Cfr. VILLEGAS, CARLOS, *Derecho de las sociedades comerciales*, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 491.

³⁵² Cfr. SÁNCHEZ, A., “Las acciones...”, cit., p. 109.

sujeto resultara privado del mismo se rompería el vínculo con el ente, convirtiéndolo en un tercero³⁵³. Esta particular posición puede ser adquirida de manera:

i.-) originaria cuando la persona obtiene de forma directa su participación en la sociedad al momento de su constitución mediante la suscripción e integración de su capital, o, luego de ello, como producto de un aumento de capital³⁵⁴, ii.-) derivada cuando tenga por origen la transferencia de participaciones sociales por actos entre vivos³⁵⁵, iii.-) o mortis causa.

³⁵³ Incluso, la privación del socio de solo alguno de los atributos propios su carácter no resulta una cuestión menor, ya que importa tanto como destituirlo del grado de socio, lo que en definitiva equivale a sustraerle sus derechos societarios. Cfr. CNCom. Sala D, diciembre 23-981, ED 104-362.

³⁵⁴ Tal la distinción hecha por AZTIRIA, ENRIQUE, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, TEA, Buenos Aires 1965, p. 40, también por LE CANNU, PAUL “L’acquisition de la qualité d’actionnaire” en *Revue des Sociétés*, n° 3, julio – septiembre 1999, Dalloz, Paris, p. 525), sin perjuicio de que este último modo de adquisición suele también ser considerado en doctrina como derivado. Para LE CANNU, a partir de la creación de nuevos títulos para su suscripción por personas que no revestían la calidad de socios, sólo puede otorgarse a estos el carácter de originarios –al igual que para aquellos primeros suscriptores–. Respecto del socio o tercero que realice aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones, hasta tanto aquel no reciba los títulos que corresponda emitir, no podría ejercer derechos políticos o patrimoniales, cfr. VERGARA DEL CARRIL, ANGEL, “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital”, LL 172-93. Se entiende que sí cabría reconocer al sujeto tales derechos a partir de que la asamblea apruebe la capitalización del aporte, momento en el que el aportante adquirirá el status socii con independencia de la emisión y recepción de los títulos.

³⁵⁵ “El estado de socio es un conjunto de situaciones complejas y comunes del socio frente a la sociedad. La integra un agrupamiento de derechos, deberes y facultades imputables a la persona que interviene en el acto constitutivo de la persona jurídica o que aceptó plenamente los términos de esté al incorporarse voluntariamente a ella.” CNCom. Sala A, agosto 22-979 re “Leiva Vicente c. Santa Mónica SRL”.

3.3. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Los derechos que se incardinan al estado de socio varían en su extensión y calidad según el tipo social de que se trate, y pueden agruparse –al menos para su estudio– en dos categorías, patrimoniales y políticos³⁵⁶. Mientras que los derechos patrimoniales se vinculan directa o indirectamente con el animo de lucro propio de toda sociedad comercial –excepción hecha de las del artículo 3 LSC–, los derechos políticos en su faz activa pertenecen exclusivamente al socio en cuanto tal y lo habilitan a participar en las decisiones que definen la voluntad social³⁵⁷.

³⁵⁶ Tal la clasificación que, en procura de un mejor orden, se sigue. Ello sin desconocer la utilidad práctica de otros criterios distintivos, como el que alude a derechos comunes o especiales, según el grado de sometimiento que quepa al socio frente a la decisión mayoritaria; o los derechos individuales o de la minoría, según su posibilidad de ejercicio esté o no condicionada a la posesión de un número determinado de acciones. Una tercera clasificación –a partir de la aquí adoptada entre políticos y económicos– es aquella que también distingue entre los derechos de doble contenido y que si bien se dirigen a la tutela jurídica de la posición política que en el ente ostenta el socio en un momento dado, no pueden entenderse desprovistos de sus características de índole económica, tal el caso del derecho de suscripción preferente. Cfr. SÁNCHEZ, A., “Las acciones...”, cit., p. 195.

³⁵⁷ Cfr. SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Abaco, Buenos Aires, 1985, pp. 156 y 150.

3.3.1. Derechos patrimoniales

3.3.1.1. *Derecho a participar de los beneficios y acciones conexas*

Este derecho –contracara del deber de soportar las pérdidas–, que hace a la esencia del contrato de sociedad comercial (artículo 1 LSC)³⁵⁸, no necesariamente es apreciable en dinero³⁵⁹, y comprende toda ventaja patrimonial de origen social que aumente la fortuna particular de los socios o disminuye sus cargas³⁶⁰. Se traduce, entonces, en el derecho del socio a participar de las utilidades, derecho abstracto sin contenido económico determinado y que corresponde al accionista en todo momento, distinto del derecho al dividendo –que es la concreción práctica de aquel– como derecho de crédito contingente y condicionado que implica la participación en beneficios³⁶¹, preacordados por la asamblea³⁶².

³⁵⁸ Cfr. CHINDEMI, MARCELA, *Régimen de utilidades en las sociedades anónimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 23.

³⁵⁹ El concepto de beneficio –art. 1 LSC– no se resume únicamente en utilidades líquidas y cuantificables, susceptibles de división aritmética entre los socios, sino también en cualquier otra ventaja económica que incida directa o indirectamente sobre los socios. Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario, parte general. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, t. 5, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 88. Sobre el derecho de uso y goce de partes comunes en las sociedades del art. 3 LSC, se volverá más adelante.

³⁶⁰ Cfr. ZALDÍVAR ENRIQUE, RAGAZZI GUILLERMO, MANÓVIL RAFAEL, SAN MILLÁN CARLOS y ROVIRA ALFREDO, *Cuadernos de derecho societario*, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 78.

³⁶¹ Cabe distinguir el derecho a la utilidad –genérico de todo socio– del derecho al dividendo, que nace con la decisión societaria que lo aprueba. Cfr. CNCom., Sala A, octubre 5-979, re “Sporetti Nazareno c. F. González e Hijos Comercial e Industrial SA”, ED disco láser registro 143872.

De allí que el artículo 68 LSC refiera que los dividendos – entendidos como la parte de ganancia social a repartir entre los accionistas, según la parte del capital que cada uno detente, una vez cerrado y votado el ejercicio³⁶³– no pueden ser distribuidos a los socios sino por ganancias realizadas y líquidas –utilidad neta– debidamente aprobadas por el órgano de gobierno³⁶⁴. Y si bien la disponibilidad de las utilidades netas debe estar a la orden del socio desde la decisión de la asamblea, corresponde a aquel solicitar su entrega, con lo que la mora sólo se produce a partir de un acto fehaciente del que resulte una interpelación concreta al ente³⁶⁵.

La acción en procura de que la sociedad trate la aprobación y reparto de utilidades, al ser ejercida por un socio, prescribe a los tres años (artículo 848 inc. 1 Código de Comercio)³⁶⁶, mientras que la

³⁶² Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil...*, cit., p. 230; id. *Lecciones de derecho mercantil*, 4º edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 185.

³⁶³ Los socios pueden establecer estatutariamente las reglas para la distribución de las utilidades y el soporte de las pérdidas. Si solo hubieran previsto la forma en que se distribuyen las utilidades, igual proporción se aplica para soportar las pérdidas, y viceversa, mientras que en caso de silencio se hace en proporción de los aportes realizados (art. 11 inc. 7 LSC), salvo que se tratara de sociedades de capital e industria, en que el contrato debe determinar la parte del socio industrial en los beneficios sociales, caso contrario se fijan judicialmente (arts. 141 y 144 LSC). La LSC también prevé una excepción para las denominadas sociedades accidentales o en participación –que no son sujetos de derecho– en las que las pérdidas que afectan al socio no gestor no pueden superar el valor del aporte (arts. 361 y 365).

³⁶⁴ Acordado el reparto, nace el derecho al dividendo con un contenido concreto y definido que coloca al accionista en posición de acreedor de la sociedad, “por tanto, y esencialmente, el derecho al dividendo es un derecho de crédito que obliga a la sociedad a satisfacer al accionista la parte de ganancia correspondiente a las acciones que posea”, SÁNCHEZ, A., “Las acciones...”, cit., p. 122; VICENT CHULIÀ, FRANCISCO, *Introducción al derecho mercantil*, 13ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 248.

³⁶⁵ Cfr. CNCom. Sala B, noviembre 24-980, ED 92-301.

³⁶⁶ Cfr. CHINDEMI, M., *Régimen de utilidades...*, cit., p. 270.

acción en reclamo del pago de dividendos impagos, al actuar el socio como tercero acreedor del ente, prescribe a los diez años (artículo 846 Código de Comercio)³⁶⁷. La violación en un caso habilita la acción judicial de convocatoria a asamblea (y eventualmente la de nulidad para el caso de negativa infundada, artículos 236 y 251 LSC) y en el otro la de cobro de pesos en los términos de Código Civil y del CPCCN.

3.3.1.2. Usufructo de acciones y derecho a participar de los beneficios: acciones y procedimiento

El usufructo de acciones (a favor de una o varias personas; artículo 218 LSC) es una de las formas específicas del usufructo de créditos expresamente prevista en el Código Civil³⁶⁸ (artículos 2821,

³⁶⁷ Cfr. SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *Los dividendos*, Abaco, Buenos Aires, 1977, pp. 201 y 209; CNCom. Sala C, mayo 30-1988, re “Tkach Luisa B. c/ Droguería Fuchs S.A.”, LL 1989-D, p. 439; HALPERÍN, ISAAC y OTAEGUI, JULIO, *Sociedades Anónimas*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 432; CNCom. Sala A, junio 23-1989, re “Ricagno y Ripoli María Teresa c/Murria-Lea Sociedad Anónima Comercial e Industrial s/entrega de acciones y cobro de dividendos”, Lexis n° 11/8209. En contra, CHINDEMI, para quien el accionista, si bien actúa como un tercero, deriva su derecho del estado de socio previamente investido, siendo entonces el origen de su pretensión el contrato de sociedad (*Régimen de utilidades...*, cit., pp. 270 y 271). En Francia el derecho a percibir los dividendos no reclamados prescribe transcurridos cinco años, supuesto en que éstos pasan a favor del Estado (art. 2224 Código Civil, art. 1126-1, 1º CGPPP); MERLE, PHILIPPE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 17º ed., Dalloz, Paris, 2014, n° 353, p. 369.

³⁶⁸ Su consagración específica respecto de las acciones es relativamente reciente (año 1972). Anteriormente el Código de Comercio no contenía norma alguna sobre la materia, por lo que se aplicaban exclusivamente las del Código Civil, lo que generaba no pocas polémicas interpretativas. En España la constitución de derechos reales limitados sobre las acciones procede de acuerdo con lo dispuesto por el derecho común, sin perjuicio de lo específicamente previsto en los arts. 127 a 133 LSC de 2010 que establecen que en el caso de usufructo de acciones la cualidad de

2875, 2904 y 2907, entre otros)³⁶⁹. Se trata del derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, por un tiempo determinado, extinguiéndose por vencimiento del plazo o aún antes en caso de muerte del usufructuario³⁷⁰. Su utilización puede presentar algún problema producto de la disociación entre la titularidad de la acción y el uso de sus derechos asociados, dado que sus efectos no se circunscriben a las relaciones entre el

socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tiene derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. En su relación con la sociedad, el ejercicio de los demás derechos corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario; en Francia, como regla general y siendo que los dividendos corresponden al usufructuario, el nudo propietario tiene derecho de voto en las asambleas extraordinarias y el usufructuario en las ordinarias (L225-110 Código de Comercio 22/12/14); En Paraguay la calidad de socio corresponde al nudo propietario de la acción y el usufructuario tiene derecho a percibir las utilidades obtenidas durante el usufructo, no así las pasadas a reservas o capitalizadas, pero sí comprende a las nuevas acciones integradas por capitalización. El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación en los resultados de la liquidación, corresponden al nudo propietario salvo pacto en contrario o usufructo legal (Código Civil de 1985, art. 1067); en Perú, salvo pacto en contrario, el socio conserva todos los derechos propios de su calidad de accionista, salvo el derecho a los dividendos que se acuerden durante todo el plazo de duración del usufructo, los que corresponden al usufructuario (art. 107 LGS del año 1989); en Uruguay el nudo propietario conserva siempre la calidad de accionista, gozando el usufructuario únicamente del derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Así, el nudo propietario será el titular del ejercicio “de los demás derechos derivados de la calidad de accionista” (art. 308 de la LSC –16.060-).

³⁶⁹ Cfr. AZTIRIA, E., *Usufructo de acciones*, cit., p. 53. Se trata de una especie del usufructo de títulos de crédito o títulos valores, el cual es a su vez una especie del usufructo de créditos.

³⁷⁰ En caso de silencio se considera que se extiende durante toda la vida del usufructuario cuando este fuera una persona física (2825 Cód. Civil) o hasta veinte años para el caso de personas jurídicas (art. 2828 Cód. Civil). Cfr. CHINDEMI, M., *Régimen de utilidades...*, cit., p. 218; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Acciones, bonos...*, cit., pp. 337 y 338.

usufructuario y el nudo propietario sino que inciden sobre la propia sociedad emisora³⁷¹.

Puede constituirse por contrato oneroso o gratuito, o por acto de última voluntad, e incluso se ha sostenido que la posesión de buena fe del usufructo de acciones durante diez años hace adquirir la misma de por vida, sin que terceros reivindicantes puedan formular oposición³⁷². El usufructuario puede usar, percibir los frutos naturales, industriales o civiles –la renta que la cosa produce (artículos 2424 o 2863 Código Civil), categoría que corresponde dar a los dividendos³⁷³–, y gozar de los objetos sobre que se establece el usufructo, como el propietario mismo³⁷⁴, sin alterar su sustancia. En materia de acciones esa sustancia no es otra cosa que el plexo de derechos incorporados al título al que ya aludiéramos al referirnos al estado de socio³⁷⁵, no su signo material –el documento³⁷⁶–.

³⁷¹ Cfr. URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER, “La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos” en *Curso de derecho mercantil*, t. I, de URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO, Civitas, Madrid, 2000, p. 858.

³⁷² Cfr. SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Acciones, bonos...*, cit., p. 336.

³⁷³ Cfr. Son frutos civiles las rentas que la cosa produce (arts. 2424 y 2863 Código Civil), tal la categoría que corresponde dar a los dividendos AZTIRIA, E., *Usufructo de acciones*, cit., p. 85; VERÓN, ALBERTO, *Sociedades comerciales. Ley 19.550, comentada, anotada y concordada*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, p. 589.

³⁷⁴ Frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia Cfr. nota de VÉLEZ SANSFIELD al art. 2329 del Cód. Civil; a diferencia del producto de la cosa, el que una vez separado ya no se reproduce, alterando necesariamente su sustancia –tal la extracción del producto de una cantera–. El usufructuario no goza del derecho a percibir el producto.

³⁷⁵ Cfr. AZTIRIA, E., *Usufructo de acciones*, cit., p. 56.

³⁷⁶ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, pp. 586 y 587. La acción sólo asume el papel de vía instrumental, pues el objeto del vínculo no es el título en su materialidad sino la participación social que se plasma en la incorporación del derecho al título valor. De hecho, para el caso de las acciones escriturales el título ni siquiera llega a materializarse.

Ahora bien, la consideración del dividendo en función del tiempo de duración del usufructo presenta algunas particularidades, por cuanto al tratarse de frutos civiles se adquieren día por día y pertenecen al usufructuario en proporción del tiempo que dure el usufructo (artículo 2865 Código Civil), lo que resulta para algunos autores “de imposible cumplimiento en el caso de las sociedades anónimas, ya que las ganancias o beneficios no se obtienen día por día sino en función de los resultados del balance del cierre de ejercicio”³⁷⁷. Habida cuenta de esta realidad contable, entendemos cabe considerar que:

i.-) cuando la vigencia del usufructo comprende un ejercicio social completo –o varios–, la totalidad de los dividendos correspondientes a las acciones cuyo dominio se desmembrara corresponden al usufructuario; ii.-) respecto de los dividendos distribuidos durante la vigencia del usufructo, pero que fueron generados en ejercicios anteriores a su constitución, los mismos corresponden en su totalidad al nudo propietario, en razón de que el usufructo no tiene efectos retroactivos sino que rige desde su constitución³⁷⁸; iii.-) asimismo, los dividendos generados durante la vigencia del usufructo pero declarados después de su extinción corresponden al titular de las acciones³⁷⁹; iv.-) en cuanto al dividendo declarado con posterioridad a la extinción del usufructo, pero correspondiente al tiempo en que se encontraba vigente, el mismo corresponde al nudo propietario³⁸⁰.

³⁷⁷ Cfr. SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Los dividendos*, cit., pp. 182 y 183, a quienes seguimos en la sistematización del tema.

³⁷⁸ Cfr. CHINDEMI, M., *Régimen de utilidades...*, cit., p. 218.

³⁷⁹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, pp. 591 y 592; SASOT BETES M., y SASOT M., *Los dividendos...*, cit., p. 184.

³⁸⁰ Tal lo sostenido por SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Los dividendos...*, pp. 185 a 187, ello en función de la fuente normativa directa del art. 68 LSC –el art. 41 de la

El dividendo se percibe por el tenedor del título en el momento del pago, si hubiere distintos usufructuarios se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos (artículo 218 LSC). Cuando las acciones no estuvieran totalmente integradas, el usufructuario para conservar sus derechos debe efectuar los pagos que correspondan, sin perjuicio de repetirlos del nudo propietario (artículo 218 LSC). Ello es así a efectos de evitar que el nudo propietario, al no obtener ningún rendimiento económico de las acciones durante la vigencia del usufructo, se vea obligado a hacer desembolsos de capital en beneficio del usufructuario³⁸¹. El derecho del usufructuario no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprende las correspondientes a las acciones integradas por la capitalización (artículo 218 LSC).

derogada LSA española de 1951– y de que los dividendos, técnicamente, no pueden ser declarados ni distribuidos de no mediar la previa aprobación de la asamblea de accionistas, a lo que se suma la imposibilidad de determinar, día por día como requiere el Código Civil, el quantum del fruto –dividendo– en materia societaria. Se aclara, no obstante, que esta posición no resulta ser única y que en oportunidades pudiera dar lugar a inequidades en beneficio del nudo propietario. De hecho, para los autores anteriormente citados, de constituirse el usufructo iniciado ya el ejercicio económico, y de concluirse antes de su cierre, nada corresponde reclamar al usufructuario.

³⁸¹ Cfr. VERÓN, A, *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 592.

3.3.1.3. *El derecho al uso de las partes comunes en las sociedades del artículo 3 LSC como supuesto especial y la improponibilidad de la aplicación de acciones de naturaleza societaria y de la regla general del artículo 15 LSC*

El artículo 3 LSC autoriza a las asociaciones civiles – cualquiera sea su objeto³⁸²– a adoptar la forma de sociedad bajo alguno de los tipos legales previstos, quedando éstas, en tal caso, sujetas a sus disposiciones³⁸³. Pero mientras quien participa de una sociedad comercial de común busca percibir la ganancia que por medio del pago de dividendos le corresponde por ser titular de parte del capital social, aquellos pertenecientes a asociaciones bajo forma de sociedad comercial pretenden la utilización de los bienes sociales y los servicios que ésta brinda, de forma preferente –y casi siempre excluyente– respecto de terceros (artículo 3 LSC). Para esto también se requiere de los socios constantes aportes a efectos del mantenimiento de instalaciones y servicios, pudiéndose incluso decidir ampliarlos a costa de erogaciones compulsivas a cargo de aquellos, cuya falta de atención puede derivar en su la suspensión y

³⁸² Se trata de las asociaciones referidas en los arts. 33 párr. 2º ap. 1º y 46 del Código Civil, personas jurídicas de carácter privado a las que la ley autoriza para actuar en la medida en que su finalidad sea obtener el bien común, cuenten con un patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes y no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado.

³⁸³ Lo que motivara que, como previsión, las asociaciones inscriptas en los términos del art. 3 LSC usualmente consignen estatutariamente cual habrá de ser el destino de los bienes sociales en caso de liquidación. La norma tiene como antecedente el reconocimiento y aceptación que efectuara el Registro de Comercio – de la ciudad de Buenos Aires– a diversas asociaciones, para que estas funcionaran como sociedades anónimas –Tortugas Country Club, Hindú Club, la Bolsa de Comercio y el Club Atlético Atlanta–, en procura de que en caso de disolución el patrimonio del ente pasara a manos de los inversionistas, por cuanto si se tratara de entes civiles, sus bienes serían transferidos a otra institución de bien público.

posterior expulsión. De allí que aún cuando se rigen por la LSC e inscriben en el Registro Público de Comercio como sociedades comerciales³⁸⁴, son en realidad –y parcialmente– asociaciones por su finalidad³⁸⁵, según se verifica:

i.-) al distinguir el ánimo de lucro de la sociedad comercial y la ingeniería legal a tal efecto desplegada para resguardar los intereses de todas las partes intervinientes, frente al fin desinteresado de la asociación³⁸⁶; ii.-) en su duración generalmente indefinida; iii.-) en que su capital social no comparte la naturaleza y caracteres del de la sociedad comercial, por cuanto resulta condición para el mantenimiento de la asociación que los socios contribuyan mediante la realización de aportes en forma periódica y no en función de ganancias o pérdidas del ejercicio, sino de los gastos de

³⁸⁴ Su incorporación a la LS ha sido criticada por considerarse un “desvío jurídico”. Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de derecho...*, cit., p. 57; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 5, p. 46 y, t. 1 p. 34; GIUNTOLI, MARÍA CRISTINA, “Asociaciones bajo forma de sociedad: aplicación en la realidad jurídica del art. 3º de la ley 19.550”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 271.

³⁸⁵ Cfr. AQUARONE, MARÍA, “Los clubes de campo. Utilización de la sociedad anónima para su estructuración”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 196.

³⁸⁶ “A las agrupaciones que persiguen la obtención de beneficios se les reserva, en la lengua jurídica, el nombre de sociedades; a las agrupaciones que no tienen ese fin el nombre de asociaciones”. MAZEAUD HENRI, MAZEAUD LÉON y MAZEAUD JEAN, *Lecciones de derecho civil. Los sujetos de derecho. Las personas*, vol. II, E.J.E.A., Buenos Aires, 1959, p. 223, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. Empero, en la actualidad esta distinción pudiera considerarse meramente semántica habida cuenta que las asociaciones suelen desarrollar actividades de naturaleza empresaria –organizadora de diversos factores, entre ellos los de producción–, circunstancia que no modifica su naturaleza en tanto se realice con carácter instrumental respecto de los fines de la asociación Cfr. ROJO, ÁNGEL, “Empresario individual y empresario persona jurídica” en *Curso de derecho mercantil*, t. I, de URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO, Civitas, Madrid, 2000, p. 93.

conservación y utilización de los bienes sociales; iv.-) usualmente es condición la intransferibilidad de la condición de asociado, derecho de admisión que hace a la naturaleza de la asociación y contradice el principio general de la LSC en cuanto a libre transferencia del capital social se refiere (artículo 214 LSC)³⁸⁷.

Adoptada la forma de sociedad mercantil, la asociación pierde parcialmente su carácter³⁸⁸ y su sujeción a la LSC y la ausencia de normas específicas generan consecuencias que fuerzan a los tribunales a adoptar soluciones que compatibilicen la finalidad asociativa con los principios de la sociedad comercial³⁸⁹. Baste reparar en que la facultad de expulsión de un asociado se sustrae de la decisión de un órgano disciplinario originario para otorgarse a otro de naturaleza comercial³⁹⁰, cabiendo luego como único recurso

³⁸⁷ Cfr. AQUARONE, MARÍA y NISSEN, RICARDO, “Necesidad de derogar el art. 3° de la Ley 19.550 en cuanto legisla las asociaciones bajo forma de sociedad”, en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 447.

³⁸⁸ Cfr. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Código Civil anotado. Personas, familia*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 81.

³⁸⁹ “La adopción del tipo societario mercantil encubre la realidad de una configuración de carácter asociacional no societario: ello resulta meridianamente de la declaración del objeto estatutario y de las precisiones del reglamento interno,” no obstante lo cual el art. 3 LSC, en tanto norma legal, “su acatamiento viene impuesto en homenaje a la forma más elevada de justicia, cual es la llamada justicia legal. Y, de otro lado, debe admitirse que se inscribe en la tendencia doctrinaria y legal a admitir variantes de simulación lícita bajo la técnica del negocio indirecto que en tanto no resulte dañoso, quizás pueda fundar su permisión en la idea romana del *dolus bonus*.” CNCom., Sala B, re “Arce Hugo c/ Los Lagartos Country Club s/ nulidad asamblearia”, citado por BIAGOSH, FACUNDO en *Asociaciones civiles*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 242 y 243.

³⁹⁰ El único depositario indelegable del denominado espíritu asociativo son todos los socios, quienes pueden decidir si uno de ellos deja de responder a tal espíritu. La decisión así alcanzada solo es revisable jurisdiccionalmente si se hubieran violado garantías constitucionales, abusado de un derecho o procedido con notoria

su impugnación en los términos del artículo 251 LSC³⁹¹. Por ello debe establecerse el régimen especial que habrá de regir las relaciones del ente con sus asociados, impensado para el caso de sociedades comerciales, como la autorización para el uso de instalaciones y el goce de beneficios y servicios según la categoría de asociado de que se trate.

Esto conlleva la estipulación de un régimen disciplinario – universalmente admitido para las asociaciones y que hace a su esencia³⁹²– con el fin de imponer a los asociados un comportamiento adecuado con las relaciones personales que son exigibles en este tipo de entidades³⁹³. También deben considerarse los problemas que frente a la quiebra de la sociedad se plantean, especialmente en el caso de los denominados clubes de campo, respecto del uso y goce de las partes comunes que forman el complejo³⁹⁴.

injusticia. Cfr. CNCiv. Sala C, febrero 22-999, re “White Pueyrredón Marcelo c. Jockey Club Argentino”, LL 2000-B, 640; DJ 2000-2-617.

³⁹¹ De allí que resultará necesaria la difícil –sino imposible– tarea de armonizar el nuevo estatus del socio con el anterior de asociado, previendo la manera en que podrá aplicarse a éste apercibimientos, suspensiones o exclusiones, siendo este último caso –en principio– incompatible con el régimen de la LSC, por lo que, de uso, se lo sustituye con prohibiciones de uso tan gravosos que se constituyen en virtuales expulsiones.

³⁹² Cfr. LAVALLE COBO, JORGE, “Aspectos procesales en el poder disciplinario de las asociaciones”, LL 1990-A, p. 518; LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO, “El poder disciplinario de las asociaciones civiles”, LL 1990-C, p. 183; GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO, “La potestad disciplinaria de las asociaciones y su contralor judicial”, LL 1990-B, p. 424.

³⁹³ Cfr. AQUARONE M. y NISSEN R., “Necesidad de derogar...”, cit., p. 447.

³⁹⁴ En la práctica se ha utilizado la técnica societaria combinada con el derecho real de servidumbre en procura de resguardar a perpetuidad el derecho de los propietarios de unidades residenciales de las partes comunes. Cfr. PÉREZ CASSINI, ANALÍA, “Los clubes de campo. Su regulación desde el punto de vista del derecho societario y la legislación provincial”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos

Con lo que se concluye que la sujeción de las asociaciones constituidas bajo forma de sociedad comercial a la LSC lo es principalmente respecto de la estructura del ente y no del modo, sentido, comprensión y resolución de sus conflictos internos. No debe dejar de percibirse que los accionistas no son, en esencia, más que usuarios de los bienes sociales y no aportantes de un capital lucrativo, por lo que malgrado corresponderá trasladar sin más las particularidades de una sociedad comercial al campo de las asociaciones civiles, aunque adopten la forma de aquellas³⁹⁵.

Lo dicho lleva a colegir que las acciones derivadas de incumplimientos relacionados con asociaciones bajo forma de sociedad comercial no comparten su naturaleza con aquellas de índole societario. Empero esto no importa que la regla general del artículo 15 LSC –proceso sumario– sea necesariamente el mejor remedio procesal aplicable, por lo que se habrá de proponer más adelante una modificación normativa que contemple éste especial supuesto.

Aires, 1994, p. 220; DASSO, ARIEL GUSTAVO, “Conformación asociativa del club de campo”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 250.

³⁹⁵ Cfr. CNCom. Sala D, 30/6/99, re “Castro Francisco Vicente c. Altos de los Polvorines S.A. s. Sumario”, voto del Dr. Alberti, ED 185-232; “Estamos pues en el campo aprehendido por el art. 3º de la Ley de Sociedades Comerciales; no ante una depurada y riesgosa organización de capitales dedicada a producir bienes, o intercambiarlos, para obtener lucro de ello...” de lo que se deriva que las conclusiones que se obtengan de la realidad asociativa bajo forma de sociedad “...no será necesariamente trasladable al campo de las corrientes sociedades anónimas”. En función de ello, y para el caso particular de una asociación bajo forma de sociedad el Tribunal –en el fallo citado– resolvió –contra los postulados de la LS– que las abstenciones de voto de parte de los accionistas concurrentes no pueden ser computadas para integrar la base de cálculo de las mayorías legales en una asamblea de socios.

3.3.1.4. El derecho a la cuota liquidatoria

Producida la disolución, el ente inicia el iter de su liquidación de acuerdo a las previsiones del contrato social o del ordenamiento societario (artículos 11 inc. 9 y 99 y ss. LSC)³⁹⁶. Este procedimiento de orden técnico tiene por objetivo definir la masa de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad, fijar su activo y pasivo para establecer el haber final societario a distribuir y culmina con la traslación de los bienes sociales remanentes al patrimonio de los socios³⁹⁷. Se trata de un derecho complementario del derecho a participar de las utilidades y que atiende la circunstancia de que el patrimonio social se nutre de ganancias reservadas y del mayor valor que pudieran adquirir los bienes sociales –ganancias no distribuidas-³⁹⁸.

Para ello la LSC dispone que una vez extinguido el pasivo social, aprobado el balance final y el proyecto de distribución, se reembolsarán a los socios primero las partes del capital y luego el excedente en proporción a sus tenencias³⁹⁹. En defecto de ello, las obligaciones y la responsabilidad de los liquidadores se rigen –en general– por las disposiciones establecidas para los administradores⁴⁰⁰, por lo que en caso de no producirse el reembolso o hacerse de manera incompleta, a tenor del texto legal resulta de aplicación el criterio y las acciones de los artículos 59, 274 y 276 LSC.

³⁹⁶ Cfr. REYES, RAFAEL HUGO, *Derechos individuales del socio*, Abaco, Buenos Aires, 1993, p. 274.

³⁹⁷ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, t. III, vol. 4, cit., p. 345.

³⁹⁸ Cfr. URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER, “La sociedad anónima: la acción en general”, en *Curso de derecho comercial*, t. I, de URÍA R. y MENÉNDEZ A., Civitas, Madrid, 1999, p. 828.

³⁹⁹ LSC, arts. 109 y 110.

⁴⁰⁰ LSC, art. 108.

Empero, la acción social de responsabilidad del artículo 276 LSC y que más adelante se verá, atiende el interés de la sociedad y no el del socio, quien sólo se beneficia de manera indirecta al tiempo de distribuirse los beneficios sociales –no el resultado de la acción– y sólo en el caso de que los hubiera. De allí que se entienda que las normas referidas a la liquidación remiten a la acción individual contra los administradores del artículo 279 y que el socio ejerce como tercero (en este caso, acreedor social⁴⁰¹), a la que cabe el trámite del juicio ordinario ya no por aplicación del artículo 15 LSC y que se vincula con el contrato social, sino por el daño directo a tal tercero causado.

Distinto es el supuesto de acumulación de impugnaciones judiciales al balance final y el proyecto de distribución, que pueden ser efectuadas dentro de los sesenta días de formuladas observaciones a aquellos (que a su vez se efectúan dentro de los quince días de su presentación; artículo 110 LSC), y que dada la ausencia de forma legal expresa habrán de tramitar sumariamente según el artículo 15 LSC. Para el caso de sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299 LSC y de las sociedades por acciones, el balance final y el proyecto de distribución debe someterse a la aprobación de la asamblea. El procedimiento habilita su impugnación dentro de los sesenta días computados desde la aprobación por la asamblea –no de la asamblea en sí por nulidad–, por lo que también corresponde el procedimiento del artículo 15 LSC y sin que sea de aplicación el artículo 251 LSC.

⁴⁰¹ Los liquidadores no son representantes de los socios ni de los acreedores sociales, sólo asumen funciones orgánicas, con la responsabilidad que ello implica. Cfr. Capel. CC Rosario, Sala III, junio 26-979, “Blejer David y otros c. Tiempo S.A.”, Zeus, 19-192.

3.3.1.5. El derecho de suscripción preferente y derecho de acrecer

Los titulares de acciones ordinarias de voto simple o plural deben recibir el ofrecimiento para realizar con carácter preferente la suscripción de nuevas acciones de la misma clase, en proporción a las que ya poseen (artículo 194 LSC)⁴⁰². Se busca así, satisfaciendo principios de equidad⁴⁰³ y de justicia en la proporción⁴⁰⁴, que las participaciones sociales se mantengan inalteradas, sin modificarse los derechos patrimoniales y políticos originarios del accionista⁴⁰⁵. Como contracara –o complemento– la LSC consagra el derecho de acrecer (artículo 194 1º párr.), y que permite al accionista que ha ejercido la preferencia y en proporción a las acciones que posea, la facultad de suscribir aquellas que hubieren correspondido a otro accionista que, en condiciones de suscribir preferentemente, prefiriera no hacerlo –o aún queriendo, no pudiera–.

⁴⁰² En las sociedades por partes de interés la salvaguarda de las proporciones sociales esta dada por la unanimidad requerida para aumentar el capital.

⁴⁰³ Cfr. REYES, E., *Derechos individuales...*, cit., p. 183.

⁴⁰⁴ Cfr. MASCHERONI, FERNANDO y MUGUILLO, ROBERTO, *Régimen jurídico del socio*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 67 y 68. Si las nuevas acciones van a dar a manos de los antiguos accionistas, a prorrata de sus tenencias, todos ellos mantendrán incólume su participación en el capital social del ente –arts. 1, 11 inc. 7º, 13 y 189 LSC, y explícitamente art. 194 LSC–

⁴⁰⁵ “El fundamento del derecho de suscripción preferente es claro. Se trata, más que de evitar la entrada de nuevos socios, de conceder a los antiguos la posibilidad de mantener la proporción de su participación respecto del capital social.” JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil*, cit., p. 230. El instituto se funda en la protección de la integridad de la participación social para los viejos accionistas, puesto que con el ejercicio de su opción recuperan por medio de las nuevas acciones lo que pierden sobre las viejas por efecto de la nueva emisión. Cfr. HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas*, cit., p. 282.

El derecho de suscripción preferente es considerado esencial⁴⁰⁶, por cuanto no puede ser suprimido ni condicionado, salvo en las excepcionales oportunidades reservadas a la asamblea extraordinaria y con mayorías especiales⁴⁰⁷. Para que ello resulte viable es necesario que el interés de la sociedad así lo exija⁴⁰⁸, que el tratamiento de la cuestión se encuentre incluido en el orden del día, y que el condicionamiento se circunscriba a la emisión de nuevas acciones a integrarse con aportes en especie⁴⁰⁹, o dadas en pago de obligaciones preexistentes. El legislador resuelve así el conflicto interés social vs. interés del socio dando preferencia al primero y que se resume en el de la mayoría⁴¹⁰.

No obstante, cabe considerar que la regla general que establece que las decisiones de la asamblea se presumen adoptadas en interés de la sociedad se invierte frente a supuestos como el aquí descrito, por lo que debe la mayoría demostrar que la suspensión o limitación del derecho a suscribir preferentemente se encuentra

⁴⁰⁶ Cfr. VILLEGAS, C., *Derecho de las Sociedades...*, cit., p. 499.

⁴⁰⁷ LSC, arts. 194, 197 y 244.

⁴⁰⁸ No basta un interés social genérico. Es necesaria la existencia de un interés específico que justifique en una operación determinada la exclusión o limitación del derecho. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades Comerciales...*, cit., t. 3, p. 328.

⁴⁰⁹ De similar manera se ha resuelto la cuestión en España (arts. 308, 417, 506 y 511 LSC de 2010), donde se admite la supresión del derecho de suscripción cuando la continuidad del ente peligre –o resulte conveniente a la sociedad en caso de las cotizantes–. Tal el caso en que el riesgo pudiera aventarse, por ejemplo, mediando la adquisición de un bien que sólo pudiera ser obtenido a cambio de nuevas acciones procedentes de un aumento de capital. Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Lecciones de derecho...*, cit., p. 186. Por su parte, el ordenamiento italiano (art. 2441 Código Civil) prevé la posibilidad de que el accionista sea privado en todo o en parte de su derecho de suscripción preferente cuando los intereses de la sociedad así lo exijan.

⁴¹⁰ Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Colección Derecho de Sociedades n° 15, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 190.

justificada⁴¹¹. Por lo tanto, resoluciones de esta índole sólo podrán adoptarse válidamente respecto de una emisión particular, y no con carácter general y extensivo a sucesivas emisiones⁴¹².

La violación de ambos derechos habilita el ejercicio de la acción de nulidad de resoluciones assemblearias prevista en el artículo 251 LSC y que según se verá más adelante tramita de manera sumaria, involucrando como sujetos pasivos ya no sólo a la sociedad –por cuanto aquellas decisiones orgánicamente adoptadas les son imputables– sino también a los accionistas que votaron favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, y sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia⁴¹³. Sólo en caso de que una asamblea posterior revoque el acuerdo impugnado impide el inicio o prosecución del proceso de impugnación, lo que no impide la subsistencia de la responsabilidad por los efectos producidos o que sean consecuencia directa del acuerdo revocado.

3.3.2. Derechos políticos

3.3.2.1. Derecho al voto

El voto no parece ser una potestad del socio sino un derecho subjetivo, atribuido al mismo en su propio interés –la inexistencia de la obligación de votar, así como la posibilidad de delegar su ejercicio, lo demostrarían⁴¹⁴, y corresponde a todos los socios salvo

⁴¹¹ Cfr. GALGANO, FRANCESCO, *Manuale elementare de diritto commerciale*, 2ª edición, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 191.

⁴¹² Cfr. MASCHERONI F. y MUGUILLO R., *Régimen jurídico...*, cit., p. 75.

⁴¹³ LSC, arts. 254, 59, 276, 280 y 296.

⁴¹⁴ Cfr. ROIMISER, MÓNICA, *El interés social en la sociedad anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 64.

supuestos excepcionales consagrados legislativamente⁴¹⁵. Su emisión es una declaración de voluntad no recepticia, destinada a unirse con las declaraciones de los demás socios, y fundirse con ellas en un acuerdo colectivo, expresión de la voluntad social⁴¹⁶, siendo consecuencia directa del carácter democrático que algunos creen ver en el funcionamiento de la sociedad anónima⁴¹⁷.

Dado entonces que el órgano de gobierno habrá de plasmar su voluntad mediante decisiones asamblearias, y que el voto resulta ser la manifestación de voluntad del socio dirigida a producir su perfección, éste es considerado el derecho político por excelencia⁴¹⁸. Ese ejercicio de manifestarse un sentido determinado no habrá de ser siempre igual e idéntico, por cuanto su puesta en marcha no es estática, y varía según la valoración subjetiva que en cada convocatoria a asamblea y según los puntos o temas sobre los que el socio deba expedirse⁴¹⁹. Sí cabe reparar que el derecho de voto debe ser siempre ejercido socialmente⁴²⁰, por lo que no puede ser utilizado

⁴¹⁵ Tal el caso de las acciones que, en razón de la preferencia patrimonial que otorgan, no reconocen derecho a voto, o en aquellos supuestos en que el ejercicio de los derechos políticos se encuentra suspendido (ej. mora en la integración del aporte), o, concedido el mismo, este se encuentra limitado por circunstancias particulares (ej. interés contrario del socio al de la sociedad).

⁴¹⁶ Cfr. URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER, "S.A. Órganos sociales. Junta general de accionistas", en *Curso de Derecho mercantil*, t. I, de URÍA RODRIGO y MENÉNDEZ AURELIO, Civitas, Madrid, 1999, p. 881.

⁴¹⁷ Cfr. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, ADOLFO, *Manual de derecho mercantil*, Deusto, Bilbao, 1996, p. 297.

⁴¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Principios de derecho mercantil*, 3ª edición, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 147; VICENT CHULIÀ, FRANCISCO, *Introducción al derecho mercantil*, 13ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 250.

⁴¹⁹ Cfr. CNCom. Sala E, agosto 26-991, ED 147-110.

⁴²⁰ Atendiendo el interés objetivo común de los socios, conforme al fin social y en un momento histórico dado. Cfr. HALPERÍN, ISAAC, "La reforma de las sociedades comerciales", R.D.C.O., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 523.

por el socio para la realización de intereses particulares, extraños a la causa del contrato social⁴²¹. Ello no significa que el voto no sea negociable –de la suscripción de un acuerdo de sindicación no resulta otra cosa que un negocio⁴²²–, con tal de que ello no se haga en perjuicio de los intereses de la sociedad o de los demás socios⁴²³. El ejercicio del derecho de voto importa el de asistir a las reuniones de socios para deliberar con libertad a partir de la pertinente información sobre los temas puestos a consideración por los órganos sociales, o eventualmente propuestos por el propio socio, derecho este que no pueden serle desconocido⁴²⁴.

Los accionistas que, en una operación determinada, tuvieran por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tienen la obligación de abstenerse de votar. Quienes votaran favorablemente una resolución que posteriormente fuera declarada nula, responden ilimitada y solidariamente por las consecuencias de la misma cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para obtener una decisión válida⁴²⁵.

⁴²¹ Cfr. GALGANO, F., *Manuale elementare...*, cit., p. 189.

⁴²² Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *La Teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 79, para quien se estaría frente al libre ejercicio que tienen los accionistas de inclinar lícitamente las mayorías en uno u otro sentido –aunque con algunas limitaciones–.

⁴²³ Si se partiera de la base de que el derecho de voto no fuera uno personalísimo, sino de carácter patrimonial, resulta lógico admitir que éste es disponible. Cfr. VICENT CHULLÀ, F., *Introducción...*, cit., p. 250.

⁴²⁴ Cfr. CNCom. Sala B, abril 27-962, ED 4-323.

⁴²⁵ Arg. arts. 248 y 254 LSC. Cfr. CNCom. Sala B, noviembre 5-1993 re “Paramio Juan Manuel c. Paramio Pascual E. y otros”, ED 156-120. El Código de Sociedades Comerciales portugués incluso traslada el ejercicio disfuncional del voto a los actos llevados a cabo por los administradores incluso a partir de pactos parasocietarios y en razón de la influencia que el socio ejerza sobre aquellos –art. 83º nº4 (redacción Decreto ley 76-A/2006 del 29 de marzo) “O sócio que tenha possibilidade, ou por força de disposições contratuais ou pelo número de votos de

Se trataría de una responsabilidad subjetiva dolosa⁴²⁶, por provenir del incumplimiento deliberado de sus obligaciones en la asamblea. Parte de la doctrina se inclina por sostener que la solidaridad impuesta por el artículo 254 LSC se agota en la relación interna accionista-ente, por lo que tal disposición resulta incompleta y parcial, toda vez que el accionista no habría realizado un acto que lo vincule con los otros accionistas, sino sólo y exclusivamente con el ente⁴²⁷.

La LSC establece explícitamente el resarcimiento de los daños y perjuicios por parte del accionista con interés contrario cuyo voto hubiera formado la voluntad social⁴²⁸. También procede, conjuntamente, la impugnación por nulidad por ser una decisión adoptada en violación de la ley por la que “debe demandarse a los accionistas a los que se imputa colisión de intereses a fin de evitar una situación de indefensión” (artículo 251 LSC)⁴²⁹. Además, el

que dispõe, só por si ou juntamente com pessoas a quem esteja ligado por acordos parassociais de destituir ou fazer destituir gerente, administrador ou membro do órgão de fiscalização e pelo uso da sua influência determine essa pessoa a praticar ou omitir um acto responde solidariamente com ela, caso esta, por tal acto ou omissão, incorra em responsabilidade para com a sociedade ou sócios, nos termos desta lei”. Cfr. PINTO SOARES PEREIRA DIAS, RUI MANUEL, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 43.

⁴²⁶ Cfr. OTAEGUI, JULIO, “La responsabilidad resarcitoria del accionista por acuerdo nulo”, ED 156-120.

⁴²⁷ Cfr. ARGERI, SAÚL, “Invalidez de la asamblea de sociedad anónima y su efecto sobre el acto jurídico realizado en su consecuencia con un tercero”, LL 1978-D, p. 1249.

⁴²⁸ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 762; ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., t. III, p. 467.

⁴²⁹ ODRIOZOLA, CARLOS, “Conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, J.A., Doctrina 1973, p. 249. En contra, NAZAR, para quien ante la violación de la prohibición de votar a los socios con interés contrario (artículo 248 LSC) no corresponde hacer lugar a la nulidad de la decisión

accionista que hubiera consentido la realización del acto lesivo para los intereses del ente, carece de legitimación para reclamar los daños originados a la sociedad por dicho acto⁴³⁰.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho en cuanto al derecho de voto, cabe reparar que en las sociedades anónimas donde el capital social se halla abierto a terceros o inversionistas propiamente dichos (en tanto sujetos carentes de interés concreto respecto del ejercicio de la administración, quienes adquieren o abandonan su calidad de socio sin siquiera haber adquirido conciencia de tal estado⁴³¹ y de acuerdo a la marcha de los negocios), el voto en sí pierde preponderancia. La indiferencia y abstencionismo del accionista inversor tienen como resultado que la administración recaiga en grupos minoritarios involucrados con la gestión social⁴³².

asamblearía fruto de esa infracción (artículo 251 LSC) por i.-) el tenor literal de la primer norma, que excluye la segunda; ii.-) por ser la nulidad y la reparación del daño sanciones distintas a las que no asigna relación; iii.-) por no ser lo resuelto para casos análogos (arts. 272 LSC y 1724 Código Civil); iv.-) el carácter expreso de las nulidades y v.-) el principio de conservación del acto jurídico. Cfr. NAZAR, NADINA, "Conflicto de intereses en la asamblea de accionistas. El supuesto del art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales", *Revista Argentina de Derecho Empresario*, IJ-LXXI-240.

⁴³⁰ Cfr. CNCom. Sala B, noviembre 5-1993 re "Paramio Juan Manuel c. Paramio Pascual E. y otros", ED 156-120.

⁴³¹ Lo que lleva a preguntarse qué debiera entenderse hoy por socio y atento este fenómeno, cuestión que excede los alcances del presente trabajo.

⁴³² "Otros órganos asumen el control técnico (directorio) y el poder efectivo de gestión (administradores, gerentes, directores ejecutivos), quebrándose ruidosamente la relación entre la propiedad del capital invertido en la empresa y el poder de gestión, esto es, que los titulares del capital –en la realidad cotidiana– no ejercen el poder que teóricamente se les atribuye como órgano máximo de la empresa (asamblea), sino que una elite especializada –en la mayoría de los casos minúsculos accionistas– se convierten en los órganos de mando de donde parten las decisiones y órdenes que configuran la conducción social." VERÓN, ALBERTO, *La sindicatura en las sociedades anónimas*, Abaco, Buenos Aires, 1977, p. 31 –aunque

3.3.2.2. *Ejercicio del derecho de voto frente a la prenda de acciones*

La LSC contempla la posibilidad de que el titular de las acciones –o de certificados provisionales⁴³³– constituya una prenda sobre éstas, en seguridad y garantía de una determinada operación comercial⁴³⁴, contrato real que prevé la entrega⁴³⁵ –o depósito a terceros⁴³⁶– de la cosa y confiere al acreedor el derecho de hacerse pago en la misma con privilegio y preferencia a los demás acreedores⁴³⁷. La prenda, que no importa la transmisión ni siquiera parcial del estado de socio⁴³⁸, debe notificarse a la sociedad e inscribirse en sus registros⁴³⁹.

la cita es efectuada por el autor respecto de algunas sociedades cerradas o de familia, el concepto resulta de aplicación a los fines del presente–.

⁴³³ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, t. 3, cit., p. 600.

⁴³⁴ LSC, art. 219 y Código de Comercio, art. 280.

⁴³⁵ Cfr. STRASSER, IGNACIO, “La adquisición de acciones prendadas y la propiedad de los títulos acciones dados en prenda”, ED 200-944; FLAIBANI, CECILIA, Ley de *sociedades comerciales, anotada y comentada*, Heliasta, Buenos Aires, p. 709.

⁴³⁶ Cfr. CHINDEMI, M., *Régimen de utilidades...*, cit., para quien –con apoyo en GARO– la tradición puede ser real o simbólica; MATTA Y TREJO, GUILLERMO, “Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas”, LL 1983-A, p. 719.

⁴³⁷ Código de Comercio, art. 582.

⁴³⁸ Cfr. STRASSER, I., “La adquisición...”, cit., ED 200-945.

⁴³⁹ LSC, art. 213: “Se llevará un libro de registro de acciones con las formalidades de los libros de comercio, de libre consulta por los accionistas, en el que se asentará: ... 4) Los derechos reales que gravan las acciones nominativas...”; art. 215 “La transmisión de las acciones nominativas o escriturales y de los derechos reales que las gravan debe notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente. Surte

No obstante tal previsión, la LSC guarda silencio respecto de a quien corresponde ejercer el derecho de voto atribuido a las acciones prendadas, limitándose a disponer que “los derechos –en general– corresponden al propietario de las acciones”, debiendo el titular del derecho real facilitar a aquel su ejercicio mediante depósito de los títulos “o por otro procedimiento” (artículo 219 LSC).

La doctrina se enrola en dos corrientes opuestas, según adjudiquen el derecho de voto al socio o al acreedor prendario. Para el primer grupo –postura clásica–, el derecho de voto es consustancial con la calidad de accionista, por tanto inescindible de la misma⁴⁴⁰. Ello por cuanto, de aceptarse que el acreedor prendario lo ejerza, le sería posible alterar el contenido de su derecho por la vía, por ejemplo, de modificar el capital en cuanto a su naturaleza y cuantía⁴⁴¹. Esta es la solución expresamente adoptada por el derecho brasileiro, aunque otorgando al acreedor prendario especiales derechos (ley 6.404 de sociedades por acciones de 1976, artículo 113, que establece que “la prenda de acciones no impide al accionista ejercer el derecho de voto; será lícito establecer, en el contrato, que

efecto contra la sociedad y los terceros desde su inscripción...”. La nominatividad obligatoria de las acciones ha resuelto la cuestión planteada en torno a la notificación al deudor, frente a las dispares soluciones dadas por el Código de Comercio y el Código Civil en sus arts. 584 y 3209 respectivamente. Cfr. CHINDEMI, M., *Régimen de utilidades...*, cit.; HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas...*, cit., p. 383; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., p. 599; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Sociedades anónimas, acciones...*, cit., pp. 360 y 361.

⁴⁴⁰ Cfr. AZTIRIA, ENRIQUE, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 74, aunque se aclara que si bien el autor se refiere exclusivamente al caso del usufructo de acciones, es válida la analogía para el caso; HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 588.

⁴⁴¹ Cfr. CHINDEMI, M., *Régimen de utilidades...*, cit.; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Acciones...*, cit., pp. 362 y 363. En el mismo sentido VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., p. 600; HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas...*, cit., pp. 383 y 384.

el accionista no podrá, sin consentimiento del acreedor pignoraticio, votar en ciertas deliberaciones”). Incluso algunos autores, sin dejar de adjudicar el derecho de voto al propietario, aceptan que se le reconozca al acreedor prendario cuando así se hubiera previsto⁴⁴².

En contraposición con la postura clásica, la corriente denominada “moderna” atribuye una suerte de voto-político emitido dentro de lo que considera una especie de democracia pluripartidista, algunos autores asignan al voto un claro contenido patrimonial destinado a tutelar intereses pecuniarios. Partiendo de la base de considerar que el derecho de voto es disponible por el accionista –está en el comercio⁴⁴³–, y de la inexistencia de prohibición expresa en contrario, se manifiestan partidarios de su ejercicio por el acreedor prendario⁴⁴⁴. Sólo una prohibición estatutaria podría impedir, entonces, su negociación. En concordancia con ello, el Código Civil de 1942 (artículo 2352 actualizar) otorga al acreedor prendario el derecho de voto, salvo pacto expreso en contrario, debiendo aquel ejercerlo en interés del ente y no individual, por tanto, en aras del mantenimiento de su propia garantía. En similar tesitura, aunque reglamentando su ejercicio, se enrola el Código Suizo de las Obligaciones de 1991 (su

⁴⁴² Cfr. MATA Y TREJO, G., “Apuntes para una revisión...”, cit., LL 1983-A, p. 719; MACARIO, MARÍA ELISA, “Prenda de acciones de sociedades anónimas”, trabajo inédito, a la fecha, Biblioteca Investigación Universidad Austral, sección Informes MDE, noviembre 2004.

⁴⁴³ Cfr. LEGÓN, FERNANDO, “Caución de acciones”, en Anuario del Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Belgrano, vol. III año 1980, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1980, p. 194; MATA Y TREJO, G., “Apuntes para una revisión...”, cit., LL 1983-A, p. 719.

⁴⁴⁴ Si bien no existe norma expresa en la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana –ref. DOF 13-06-2014–, se acepta que sea el acreedor prendario quien participe de las asambleas y ejerza el derecho de voto. Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 10ª ed., Porrúa, México, 2006, n° 2, p. 119

artículo 689), al disponer que si las acciones al portador fueran dadas en prenda, las relaciones entre propietario y portador se rigen con respecto al derecho de voto de la siguiente forma: el derecho de voto queda reservado al propietario y el poseedor apoderado se presume autorizado a ejercer el derecho de voto en lugar y en interés del propietario, si el poder de representación esta contenido en un documento especial. Para el caso de depósito –sin prenda– de acciones, el depositario sólo podrá representar al accionista de extenderse un mandato en su favor⁴⁴⁵.

3.3.2.3. El ejercicio del derecho de voto en caso de usufructo

Del hecho de que la ley imponga que el nudo propietario conserva la calidad de socio, se deriva la imposibilidad de que el usufructuario sea considerado tal aún cuando reciba los títulos⁴⁴⁶. El ejercicio del derecho de voto corresponde, entonces y salvo pacto en contrario, al nudo propietario⁴⁴⁷. Ni siquiera la integración por el usufructuario de las acciones dadas en usufructo –supuesto

⁴⁴⁵ Cfr. HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas...*, cit., p. 387; VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., p. 604; SASOT BETES M. y SASOT M., *Acciones...*, cit., p. 372.

⁴⁴⁶ LSC, art. 218 y Código Civil, art. 2810.

⁴⁴⁷ El usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo, lo que no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas, pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización. Quien percibe el dividendo es el tenedor del título en el momento del pago, y si existen distintos usufructuarios se distribuye a prorrata de la duración de sus derechos. El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive la participación de los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario, salvo pacto en contrario y el usufructo legal. Cuando las acciones no estuvieren totalmente integradas, el usufructuario para conservar sus derechos debe efectuar los pagos que correspondan, sin perjuicio de repetirlos del nudo propietario (art. 218 LSC).

aceptado por calificada doctrina y que evitaría la extinción del usufructo; arg. artículo 193 LSC⁴⁴⁸— da derechos suplementarios al usufructuario cuando así no se previera. Incluso antes de la sanción de la LSC los autores se inclinaban por reconocer el derecho de voto sólo al nudo propietario, en tanto socio y en detrimento del usufructuario⁴⁴⁹, no así respecto del derecho a la información⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Cfr. CHINDEMI, M., *Régimen de utilidades...*, cit., p. 221; SASOT BETES M. y SASOT M., *Sociedades anónimas. Acciones...*, cit., págs. 350 y 351. En el mismo sentido opina VERÓN A., quién atribuye dicha solución a evitar que el nudo propietario se vea obligado a desembolsar capital en beneficio del usufructo, sin recibir rédito alguno —*Sociedades comerciales...*, cit., pp. 592 y 593—.

⁴⁴⁹ “¿A quien corresponderá el derecho de voto en el caso de que las acciones estén dadas en usufructo o prenda a un acreedor? Pensamos que al nudo propietario, como una consecuencia del principio de que es al accionista á quien corresponde el derecho de votar en las asambleas. Ni el acreedor pignoraticio, ni el usufructuario pueden ser considerados socios de la sociedad: lo es siempre el nudo propietario.” SIBURU, JUAN, *Comentario del código de comercio argentino*, t. V, Lajouane, Buenos Aires, 1912, n° 1327, p. 158. Esta posición recoge la anterior (y muy difundida) de LYON-CAEN CHARLES LÉON y RENAULT LOUIS en *Traité de droit commercial*, t. 2, segunda parte, 4ª edición, Librairie Générale de Droit. & de Jurisprudence, París, 1909, p. 230 —n° 845—, y que resultaba de la interpretación del art. 13 de la ley francesa de 1867; en igual sentido, FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, Amorrortu, Buenos Aires, 1951, pp. 529 y 530; AZTIRIA, E., *Usufructo de acciones*, cit., p. 73.

⁴⁵⁰ Si bien existía consenso en punto a que correspondía únicamente al accionista, calificada doctrina se inclinaba desde antes de la sanción de la LS por la morigeración de dicha regla cuando la información se refiriera a balances aprobados, pago de dividendos, suscripción de acciones y toda otra resolución que pudiera afectar el ius fruendi del que el usufructuario goza. A partir de la promulgación de la ley 19.550, puede decirse —más allá de la validez de tales reparos— que el usufructuario no goza del derecho a la información, como tampoco del de asistir a asambleas o impugnar sus decisiones. Cfr. AZTIRIA, E., *Usufructo de acciones*, cit., p. 80.

3.3.2.4. Derecho de asistencia a las reuniones sociales

El derecho de asistencia a las reuniones sociales, propio de la cualidad de socio cualquiera sea su categoría, habilita a concurrir a asambleas ordinarias y extraordinarias “y viene reconocido además con independencia de otros fenómenos que, siendo desde luego relevantes para sustraer al socio derechos distintos, ya sean exclusivamente políticos (como puede ser el voto mismo) o tengan doble carácter (suscripción preferente), no llegan a afectar, sin embargo, a su legitimación para asistir a la junta –asamblea–, ni les impedirán dejar oír su voz en ellas, participando en los debates”⁴⁵¹. La asistencia permite, además, informarse sobre la documentación y cuestiones que sean puestas a consideración de los socios y ejercer el derecho de impugnar los acuerdos sociales en consecuencia adoptados –derecho este último que se mantiene aún en caso de incomparecencia-⁴⁵².

3.3.2.5. Derecho a la información

El derecho a la información puede ser resumido como aquel con que cuenta cada socio y que le permite tener noticia del desenvolvimiento del ente, ya sea mediante la inspección de sus libros y documentos sociales, o del requerimiento de aclaraciones a

⁴⁵¹ SÁNCHEZ, A., “Las acciones...”, cit., pp. 138 y 139.

⁴⁵² Para el derecho mexicano, VÁSQUEZ DEL MERCADO sostiene la posibilidad de que sea el propietario de la acción quien asista a las asambleas extraordinarias, donde las cuestiones superan la esfera de la simple administración ordinaria, mientras que el usufructuario de la acción contaría con derecho a asistir a las asambleas ordinarias y que resuelve la distribución de utilidades. Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, Ó., *Asambleas, fusión...*, cit., n° 1, pp. 115 y 116.

los administradores⁴⁵³. Por lo tanto, no gozan del derecho de información los socios aparentes y ocultos, los socios del socio y aún el socio propiamente dicho cuando se encontrara en mora respecto de su aporte⁴⁵⁴. En tanto básico e instrumental, no sólo encuentra su causa en el propio contrato plurilateral de organización⁴⁵⁵, sino también en la raíz del artículo 1 LSC⁴⁵⁶, más allá de las limitaciones que para su aplicación surjan según el tipo social particular de que se trate.

Atento sus particulares características, el derecho de información cuenta con una naturaleza jurídica propia⁴⁵⁷. Ésta combina el derecho subjetivo del socio que ejerce la pretensión en su propio interés particular, con aquel individual y objetivo del cual los socios –en general y sin distinción– no pueden ser privados⁴⁵⁸, por tratarse de un derecho fundamental, permanente, esencial, inderogable⁴⁵⁹ y cualitativo, derivado de la titularidad de

⁴⁵³ Cfr. DE AGUINIS, ANA MARÍA, “El derecho de información de los accionistas”, R.D.C.O. 1978, año 11, p. 288.

⁴⁵⁴ LSC, arts. 34, 35, 37 y 192.

⁴⁵⁵ Cfr. MARTÍN, JULIO MARCELO, “El derecho de información del accionista”, trabajo inédito, Biblioteca Investigación Universidad Austral, sección Informes MDE, noviembre 2004.

⁴⁵⁶ Baste recordar que el antecedente inmediato del art. 55 LS, el art. 284 del Código de Comercio, disponía que en ninguna sociedad se podía negar a los socios el derecho de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprobaran el estado de la administración social.

⁴⁵⁷ Cfr. MASCHERONI F. y MUGUILLO R., *Régimen jurídico...*, pp. 138 y 139.

⁴⁵⁸ Se encuadra tanto en la teoría del control –permite al socio ejercer una fiscalización directa de la administración– como en el derecho de información propiamente dicho, y que lo habilita a ejercer individualmente o a través de órganos– el cotejo de los registros sociales. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 401; CNCom. Sala C, agosto 16-978, LL 1978-D, p. 445.

⁴⁵⁹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 504; NISSEN, RICARDO, *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*, 2° edición, t. 1,

participaciones sociales, que no cabe encuadrar dentro de las medidas orientadas a la defensa de las minorías⁴⁶⁰. No obstante su importancia, y sin perjuicio de la existencia de diversas normas que a lo largo de la LSC aluden al derecho de información –tal el caso del artículo 55 y sobre el que se volverá más adelante–, el mismo no ha sido regulado de manera orgánica, posiblemente por considerárselo una derivación del estado de socio⁴⁶¹.

Pese a ello, la doctrina le augura un mayor desarrollo y ejercicio, a partir de la creación y el auge de las comunicaciones electrónicas⁴⁶², y de las nuevas corrientes sancionatorias de las omisiones, reticencias o falsedades con que la información se brinde⁴⁶³. Es asimismo un derecho instrumental, en tanto sirve para el ejercicio de otros derechos –permite a sus titulares un adecuado conocimiento del devenir societario, lo que resulta esencial para la comprensión y evaluación de la conducta de los demás socios y de los administradores⁴⁶⁴–, tales como el de voto⁴⁶⁵, el de suscripción preferente, el de impugnación de los acuerdos sociales, al dividendo

Abaco, Buenos Aires, 1993, p. 369. Incluso se ha sostenido que de la previsión del art. 69 LS se desprendería la irrenunciabilidad al derecho de información, cfr. MATTA Y TREJO, GUILLERMO, “Reflexiones en torno al derecho de información en la sociedad anónima moderna” en *Derecho empresario actual, homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 696

⁴⁶⁰ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, “La información del socio anta la Junta General. Notas en torno al art. 51 LSRL”, en *Revista de Derecho de Sociedades* n° 8, año V, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 123.

⁴⁶¹ Cfr. VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. Actualización, p. 38.

⁴⁶² Cfr. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al derecho...*, cit., p. 248.

⁴⁶³ Tal el caso del art. 293 del Código Penal español de 1995. Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, “La protección jurídica del accionista inversor”, *Derecho de Sociedades* n° 14, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 388.

⁴⁶⁴ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La información...”, cit., p. 122.

⁴⁶⁵ Aunque independiente de este, es complementario del mismo.

y a la cuota de liquidación⁴⁶⁶. Su importancia y utilidad se acrecienta en aquellas sociedades donde el socio permanece alejado de la gestión, por lo que es, en definitiva, una herramienta de control social coincidente con el cauce ordinario a través del cual el socio accede al control de la gestión de los administradores⁴⁶⁷.

Este derecho, que se manifiesta mediante solicitudes ocasionales del socio de información y que tutela tanto su interés individual como el de la sociedad⁴⁶⁸, opera como medio a través del cual el socio participa en los órganos sociales⁴⁶⁹. Tal participación debe ser ejercida de manera social, sincera⁴⁷⁰, no abusiva⁴⁷¹,

⁴⁶⁶ Cfr. DE AGUINIS, A., “El derecho de información...”, cit., p. 287.

⁴⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ, A., “Las acciones...”, cit., p. 170.

⁴⁶⁸ Cabe considerar que, siendo que la tutela judicial del socio se hará sin sustanciación con la sociedad (art. 781 CPCC), el juzgador no puede, por lo general, evaluar ab initio potenciales abusos del peticionante. Cfr. LUCHINSKY, RUBÉN, “Apostillas sobre la dinámica judicial en torno al derecho de información de los socios en las sociedades mercantiles”, R.D.C.O 1993-A, año 26, p. 201. Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, cit., p. 194, quien, en cita a VELASCO, ESTEBAN, refiere que “frente al ejercicio del derecho de información por los socios prevalece el interés de la sociedad en el secreto si la divulgación perjudica a la sociedad.” En este entendimiento, el art. 197.3. LSC española de 2010 prevé la posibilidad de negar información al accionista peticionante, cuando, a criterio del Presidente del ente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. En sentido análogo, el art. 130 de la LGS peruana de 1989 autoriza al directorio a negarse a dar información a los accionistas cuando juzguen que la difusión de los datos solicitados pudieran perjudicar el interés social, salvo que la petición fuera formulada por accionistas que representen al menos el 25% de las acciones con derecho a voto (para el caso de sociedades anónimas abiertas –SAA, arts. 249 y ss.–, más del 5% del capital).

⁴⁶⁹ Cfr. CNCom. Sala C, agosto 16-978, ED 81-637.

⁴⁷⁰ Cfr. MASCHERONI, F. y MUGUILLO, R., *Régimen jurídico...*, cit., p. 137.

⁴⁷¹ Cuando el ejercicio del derecho de información no se corresponde con su función, da paso a un interés extrasocial, distinto del interés individual del accionista como tal, configurando un abuso del derecho de información. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 508.

restringida⁴⁷², no obstructiva⁴⁷³, siendo su límite el artículo 1071 del Código Civil y el derecho al secreto que habilita al ente a negarse a dar determinada información –mayormente técnica⁴⁷⁴–, ya que del ejercicio irrestricto del derecho a informarse puede derivarse un perjuicio al propio ente. Empero ello no impide que, dentro de los parámetros señalados, el derecho a informarse no sea amplio y que se extienda –con las particularidades señaladas y según el tipo social– a la totalidad de la documentación del ente⁴⁷⁵.

Incluso se ha apuntado a su carácter preventivo⁴⁷⁶, ya que a través de un correcto uso del derecho a la información, el socio pudiera evitarse incurrir en negligencia culposa en la aprobación de actos societarios irregulares⁴⁷⁷. Resulta fácil colegir que, lógicamente

⁴⁷² Su utilización irrestricta resulta inconveniente en las sociedades de magnitud. Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 1, p. 370.

⁴⁷³ Cfr. CNCom. Sala B, febrero 7-995 re “Gonzalez Franco Ana María c. Gonzalez Taboada y Cía. S.R.L. s. Sumario”, R.D.C.O. 1995-B, p. 447; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario, parte general. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, t. 5, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 557; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil*, cit., p. 236; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, t. Actualización, p. 39.

⁴⁷⁴ Cfr. VERÓN, ALBERTO, *La sindicatura en las sociedades anónimas*, Abaco, Buenos Aires, 1977, p. 27.

⁴⁷⁵ Cfr. ESTRADA, JORGE ALBERTO, “Reflexiones acerca de la aplicación del art. 55 de la Ley 19.550”, ED 76-887, quien alude al examen de no sólo los libros impuestos por ley, “sino también los auxiliares, aún cuando no estén rubricados, que componen el armazón básico de la contabilidad. Dicha comunicación debe extenderse a los sistemas de fichas, cualquiera sea la forma en que sean llevados, planillas, correspondencia, contratos con terceros, representantes, dependientes, resúmenes de cuentas bancarias y todo comprobante que permita establecer si existe un relación armónica entre la compra o aprovisionamiento de materias primas o mercaderías, costos de producción y ventas o prestación de servicios.”

⁴⁷⁶ Cfr. DE AGUINIS, A., “El derecho de información...”, cit., p. 288, quien señala que una información veraz, completa y temporánea evita sorpresas al socio.

⁴⁷⁷ Cfr. SASOT BETES M. y SASOT M., *Acciones...*, cit., p. 153.

y atento el cúmulo de particularidades a considerar, habrán de plantearse conflictos entre el interés individual del socio de obtener tal información –la correcta y suficiente para el ejercicio consciente de su derecho a voto⁴⁷⁸– y el interés social que en ocasiones puede exigir que no sea revelada cierta información, o, al menos, en la oportunidad en que se solicita.

El derecho a informarse puede ser ejercido individualmente por los socios⁴⁷⁹, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada incluidas en el 2º párrafo del artículo 158 LSC y en el de las sociedades anónimas que cuenten con sindicatura, dado por cuanto aquel decrece paulatinamente según va acentuándose su nota capitalista en los distintos tipos sociales⁴⁸⁰. La máxima manifestación del derecho se da respecto de los socios colectivos, a los que la información se les brinda con gran generosidad y amplitud⁴⁸¹, pudiendo estos examinar los libros y papeles sociales,

⁴⁷⁸ Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., t. I, p. 442.

⁴⁷⁹ Parece razonable que tal examen pueda ser delegado por el socio en terceras personas, a poco que se repare en que aquel goza del derecho –superior– de hacerse representar en las asambleas (art. 239 LS). Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, t. 1, p. 507; MASCHERONI, F. y MUGUILLO, R., *Régimen jurídico...*, cit., p. 151; ESTRADA, JORGE ALBERTO, “Reflexiones acerca de la aplicación del art. 55 de la Ley 19.550”, ED 76-887, quien se muestra a favor del cotejo por peritos, a fin que la complejidad de las registraciones contables y la documentación no frustren en lo hechos el derecho que la ley, de manera amplia, le confiere.

⁴⁸⁰ En las sociedades por parte de interés el ejercicio del control de la administración social es directo, mientras que para el caso de las sociedades de capital, atento su colisión con otros principios fundamentales para la subsistencia del ente (la inviolabilidad del secreto de las operaciones y la propia subsistencia del ente), las tareas de cotejo de información social sólo podrán hacerse de manera indirecta y a través de los órganos a tales fines dispuestos.

⁴⁸¹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, t. 1, p. 503.

recabando de los administradores los informes que estimaran pertinentes⁴⁸².

En el caso de sociedades anónimas que cuenten con sindicatura y de responsabilidad limitada con capital superior al previsto en el artículo 299 párr. 2º LSC, la ley no concede a los socios el derecho a examinar los libros ni los papeles de la sociedad personalmente⁴⁸³, realizándose el control de la gestión y marcha de los negocios a través de periódicas y legales revisiones de los estados contables, por lo que como regla general no es aceptable su evaluación individual por el socio, en la ocasión que discrecionalmente este elija⁴⁸⁴. De allí que cabrá siempre exigir al

⁴⁸² Si bien se sostiene en líneas generales que el ámbito físico para el cotejo de libros y papeles es naturalmente la propia sede social en cuanto domicilio del deudor; art. 747 Cód. Civil, arts. 11 y 61 LSC y art. 43 Cód. Comercial (NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., p. 374; MASCHERONI F. y MUGUILLO R., *Régimen jurídico...*, cit., p. 149), no encontramos imposibilidad para que, atendiendo razones excepcionales y de orden práctico –v.gr. que auditores externos pudieran estar trabajando sobre cierre de balances o realizando auditorías– aquellos sean puestos a disposición del socio fuera de la sede. En este sentido cabe reparar que así como no existen impedimentos para que estatutariamente se reglamente el ejercicio del derecho a informarse –cuestión que se reiterará al tratar el caso de las sociedades de capital que prescindan de sindicatura–. También el lugar de cotejo puede tener rango reglamentario, siempre y cuando con ello no se restrinja el mismo (cfr. VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. Actualización, p. 40). Sólo, en tales casos, ante la negativa injustificada del órgano pertinente a exhibir los libros sociales –que importa tanto como el agotamiento previo de la vía interna societaria, regla en la materia– se abrirá la posibilidad al socio de acudir ante la autoridad jurisdiccional en procura de auxilio. Quien intente una medida preliminar, debe acreditar la imposibilidad de acceder privadamente al conocimiento de las informaciones que recaba. Cfr. CNCom. Sala C, mayo 31-979 re “González Carrera Luciano”, ED disco láser 1999 registro nº 141430.

⁴⁸³ Cfr. CNCom. Sala E octubre 31-1988 re “Kispia S.A. c. Donati Hnos. S.A.”, ED 132-369; CNCom. Sala B, octubre 10-978, JA, 1980-II-598; CNCom. Sala A, febrero 22-984, ED 109-126.

⁴⁸⁴ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. Actualización, p. 142.

peticionante –acreditado el agotamiento de las vías sociales ordinarias⁴⁸⁵– que acuda a la justicia o algún órgano de control administrativo, según en extenso se viera antes.

Existen dispersos en la ley diversos artículos que presuponen la actividad de accionistas informados⁴⁸⁶. Estos se rigen por normas específicas, estando a cargo exclusivo del síndico –o en su defecto del consejo de vigilancia, artículo 280 LSC– la fiscalización general de la administración y contabilidad, por lo que los socios no pueden reemplazar a aquellos en las labores de control⁴⁸⁷, y permitiéndoseles requerir información a los órganos sociales sólo en el caso de representar –el o los accionistas peticionantes– cuanto menos el dos por ciento del capital social (artículo 294 inc.6° LSC), y siempre dentro de las materias competencia de aquellos (artículo 294 LSC).

Sólo ante la negativa injustificada del órgano de fiscalización –agotada por tanto la vía societaria– cabe al socio solicitar medidas cautelares tendientes a prevenir posibles perjuicios que por tal

⁴⁸⁵ Cfr. CNCom. Sala B, febrero 7-995 re “Gonzalez Franco Ana María c. Gonzalez Taboada y Cía. S.R.L.” s. sumario, R.D.C.O. 1995-B, p. 448.

⁴⁸⁶ Tal como lo señala DE AGUINIS, A., “El derecho de información...”, cit., p. 291, quien ubica en este grupo: a) al art. 251 LSC, ya que sólo podrá peticionar la nulidad de la resolución asamblearia quien se encuentre bien informado; b) para ello el socio podrá peticionar la copia del acta de asamblea (art. 249 LSC) y la de asistencia a la misma (art. 238 LSC); c) la posibilidad de investigar o examinar cuestiones relacionadas con la ejecución de las decisiones sociales (arts. 281 inc. f y 294 inc. 11 LSC); d) la facultad de solicitar se convoque a asamblea (art. 236 LSC); e) los accionistas que deben pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos propuestos para los cargos electivos (arts. 264, 272 y 273 LSC) sólo podrán hacerlo de mediar la información pertinente; f) lo mismo que para evaluar –e impugnar– los balances de liquidación (arts. 104, 107 y 110 LSC).

⁴⁸⁷ Cfr. CNCom. Sala A, marzo 30-978, re “Vyma, S.C.A.C.I.A.F.A.”, ED disco láser 1999 registro n° 133369; CNCom. Sala B, octubre 11-978, re “Restbergs de Kalnins, Mirdza c. Kalve SA”, ED disco láser registro n° 137077.

reticencia se ocasionaran, llegándose en oportunidades a disponerse la designación de un interventor informante a tales fines⁴⁸⁸. Pero tal facultad no debe llamar a engaño –atento lo modesto de sus alcances⁴⁸⁹–, ya que en materia de información la tarea de la sindicatura está acotada al sólo control de legalidad, lo que excluye los actos de gestión. A todo evento, también podrá el socio que cuente con no menos del dos por ciento del capital social, efectuar denuncias escritas al síndico, quien deberá expedirse sobre el particular dando cuenta al peticionante, administradores y socios.

En concordancia –en complemento– con lo anteriormente dicho, el artículo 67 LSC impone a los órganos correspondientes en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada con capital igual o superior al previsto en el artículo 299 inc. 2º LSC –como también lo impone a todo tipo de ente–, el deber de poner a disposición de los socios –para su examen– copias del balance, estado de resultado y evolución del patrimonio neto –todo ello con más sus notas e información complementaria⁴⁹⁰–, con un mínimo de quince días de anticipación a su tratamiento en reunión de socios⁴⁹¹. Es sobre el propio balance que podrán pedirse explicaciones e

⁴⁸⁸ Cfr. CNCom. Sala A, noviembre 28-990, re “Lucioni Natalio Francisco y otros c. Oniria S.A.” s. sumario, R.D.C.O. 1990-B, p. 774.

⁴⁸⁹ ANAYA, JAIME, “El derecho de información del accionista y sus límites”, ED 132-367, con apoyo de la Res. 553 del 12 de marzo de 1974, Inspección General de Justicia.

⁴⁹⁰ El derecho de información del socio en estos casos –asambleas en las que habrán de evaluarse diversos documentos–, se relaciona con el deber de los administradores de hacer constar con claridad los asuntos que habrán de tratarse. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Principios de derecho mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 166.

⁴⁹¹ El plazo de quince días del art. 67 LSC debe computarse en días corridos, y descontarse el día de la celebración de la asamblea. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. Actualización, p. 91.

inclusive, rendiciones de cuentas parciales sobre operaciones determinadas⁴⁹².

Ello en modo alguno importa que el socio cuente, en tales ocasiones, con acceso a datos sobre la gestión empresarial, los que “la ley ha sustraído a su conocimiento⁴⁹³”. La falta de cumplimiento por parte del órgano de administración –y, en su caso, del de fiscalización– de tal obligación de informar habilita la impugnación de las decisiones sociales que en consecuencia se adopten en los términos del artículo 251 LSC; o la promoción de acciones sociales o individuales de responsabilidad contra el órgano o sus integrantes⁴⁹⁴, todas estas mediante el procedimiento sumario al que remite el artículo 15 LSC, por tanto de las normas de los códigos procesales locales.

De esta forma la LSC intenta garantizar el debido ejercicio del socio de su derecho a informarse, previo a expedirse sobre temas no sólo gravitantes para la vida del ente sino también de capital importancia desde el punto de vista de su inversión particular. En procura de dar publicidad a la referida documentación social, aunque no ya teniendo en miras al socio sino a terceras partes, el segundo párrafo del artículo 67 LSC impone el deber a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada con un capital superior al fijado en el artículo 299 LSC, de remitir aquella –dentro de los quince días de aprobada– al Registro Público de Comercio.

⁴⁹² Cfr. RANGUGNI, DIEGO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los directores de S.A.”, LL 1999-B, p. 120.

⁴⁹³ ANAYA, J., “El derecho de información...”, cit., ED 132-367, para quien una de las manifestaciones de esta restricción en el ordenamiento societario se encuentra en que mientras reconoce el derecho del accionista a obtener copia de las actas de asamblea (art. 249, pár. 2º LSC), no lo extiende respecto de las actas de directorio.

⁴⁹⁴ LSC, arts. 59, 274 y 279.

No obstante, la falta de sanción específica frente a tal omisión –salvo la multa que por vía indirecta, y por violación a la ley, estatuto o reglamento pudiera aplicarse a partir del artículo 302 LSC– hace que tal previsión, en el caso de las sociedades cerradas, difícilmente se cumpla.

Ahora bien, la circunstancia particular de que la sociedad –anónima o de responsabilidad limitada con capital superior al previsto en el artículo 299 LSC– carezca de sindicatura –artículo 284 LSC–, no significa que necesariamente deba reconocerse al socio el ejercicio del derecho de información en los términos del artículo 55 LSC, con la amplitud prevista para las sociedades de interés⁴⁹⁵, ni facultarlo por ese solo hecho a examinar en cualquier tiempo y por cualquier causa libros y papeles sociales⁴⁹⁶.

Nada impide que, frente a tal supuesto –ausencia de sindicatura–, se reglamente en el propio estatuto la manera en que el derecho de información habrá de ser ejercido por los socios, siempre y cuando ello no encubra una ilegal limitación o prohibición en su ejercicio⁴⁹⁷. Cabe siempre recordar que en este tipo de entes, más allá de las ausencias apuntadas la oportunidad de evaluar los registros pertinentes también será, como norma general, aquella en que se traten los estados contables al cierre del ejercicio, extremo a tenerse en cuenta previa resolución de cualquier planteo en contrario.

⁴⁹⁵ Cfr. CNCom. Sala C, marzo 24-993 re “Roig Luis Antonio c. Gior S.A.” s. sumario, R.D.C.O 1993-B, p. 312. En contra, véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho societario, Parte general. Los socios...*, cit., t. 5, p. 567.

⁴⁹⁶ En contra, véase CNCom. Sala A, agosto 22-991, ED 145-184, para la cual, cuando la sociedad hubiera prescindido por disposición estatutaria de la sindicatura, los socios tienen amplio derechos para examinar los libros y papeles sociales, por lo que, ante la negativa, podrán requerir al Tribunal disponga las formas y condiciones en que la exhibición tendrá lugar.

⁴⁹⁷ Cfr. MASCHERONI, F. y MUGUILLO, R., *Régimen jurídico...*, cit., p. 145.

3.4. DEBERES Y ACCIONES EN CASO DE VIOLACIÓN

Dentro de la anteriormente referida matriz que constituye el estado de socio, respecto de la posición pasiva en que se encuentra el socio frente a la sociedad –y en ocasiones a otros socios–, pueden enumerarse los siguientes deberes y sus correspondientes acciones en caso de incumplimiento.

3.4.1. Omisión del deber de realizar aportes y soportar las pérdidas

El socio, mediante la realización de aportes –obligaciones de dar o de hacer–, debe contribuir de manera individual a la conformación de un fondo común, en la forma y plazos previstos para cada tipo social. Dicho fondo común, que habrá de afectarse a la producción e intercambio de bienes y servicios, hace a la esencia del contrato, de modo tal que sin aportes no habrá sociedad ni socio⁴⁹⁸. Su falta de especificación importa la nulidad del contrato social, si bien con carácter relativo, ya que ella puede ser subsanada antes de su impugnación judicial⁴⁹⁹.

Por otro lado, la fijeza del aporte apunta a la inexigibilidad de mayores erogaciones por lo socios y a la improcedencia de la no distribución de utilidades, por lo que el desarrollo del ente sólo puede en principio hacerse mediante aumento de capital o la formación de reservas para el caso de que éstas fueran razonables⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., p. 299, nro. 30; “Sin aportes no puede haber socios ni, por ende, sociedad, pues ésta por naturaleza es onerosa” Cám. Civ. y Com. Junín, ED 121-508.

⁴⁹⁹ LSC, art. 17.

⁵⁰⁰ Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., p. 300, nro. 32.

La falta en la calidad de la especie comprometida hace responsable al socio por evicción y vicios redhibitorios, mientras que la mora en la integración no solo lo obliga a resarcir los daños que ocasione (artículo 37 LSC)⁵⁰¹, sino que incluso puede ser excluido del ente.

También con los alcances fijados para cada tipo social, el socio tiene la obligación de soportar las pérdidas, contracara de su derecho a los beneficios al que aludiéramos anteriormente. El término soportar indica que el socio, consciente del eventual álea de los negocios sociales, concurre a formar sociedad con el ánimo de compartir aquellas que pudieran originarse, y, obviamente, en la medida que resulte del tipo concretamente constituido⁵⁰². Así es que la ley dispone la nulidad de toda estipulación en contrario (artículo 13 párr. 1º LSC)⁵⁰³. Como consecuencia de la obligación de soportar las pérdidas, si producida la liquidación del ente los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, los liquidadores estarán obligados a exigir de los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo de sociedad o del contrato constitutivo.

3.4.2. Omisión del deber de administrar la sociedad

Si bien mayormente el socio tiene el derecho de administrar la sociedad –en realidad, la vocación a la administración–, ello se transforma en ocasiones en un deber, tal el caso de la sociedad colectiva cuando el estatuto guarde silencio sobre el particular (artículo 127 LSC), lo que trae como consecuencia tanto la

⁵⁰¹ El saldo impago del aporte en dinero podrá incluso ser perseguido ejecutivamente si el título concreto reuniera –en el ámbito de la Capital Federal– los recaudos del art. 523 CPCCN. Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., p. 432.

⁵⁰² Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. I, p. 79.

⁵⁰³ LSC, art. 17.

responsabilidad del socio por su omisión de administrar como la obligación de rendirse cuentas recíprocamente⁵⁰⁴.

3.4.3. Omisión del deber de lealtad

Este deber de extraordinaria importancia en materia de sociedades implica la colaboración activa del socio con el propósito de realizar el fin común –instrumental respecto del interés final de cada uno de los socios⁵⁰⁵–, de manera tal que el mismo debe sacrificar sus intereses personales divergentes de los sociales, cuando aquellos dificulten la consecución del objeto⁵⁰⁶. La función que esta llamado a cumplir el deber de lealtad es el de modular el ejercicio de derechos reconocidos y el de completar las previsiones legales o contractuales de conformidad con las exigencias de la buena fe: lo “que es tanto como decir de conformidad con las previsiones que razonablemente se habrían adoptado en el contrato si las partes hubiesen estado en condiciones de preverlas y de formularlas adecuadamente”⁵⁰⁷.

Esta lealtad recíproca entre socios, que dimana de una suerte de condensación del principio de la buena fe, es exigible porque de otra manera desaparecería “la perspectiva de convivencia dentro de la sociedad, y ésta se convertiría simplemente en un haz de derechos individuales en permanente conmutación egoísta. Pero en tanto el ente sea una sociedad, y quienes lo han constituido o se han incorporado luego como socios quieran que siga siendo tal cosa, es

⁵⁰⁴ Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., p. 433.

⁵⁰⁵ Cfr. CNCom. Sala C, septiembre 22-982, ED 100-656.

⁵⁰⁶ Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., p. 434.

⁵⁰⁷ Cfr. PAZ ARES, CÁNDIDO, “La sociedad en general: caracterización del contrato”, en *Curso de derecho mercantil*, t. I, de URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., Civitas, Madrid, 1999, p. 443 –en referencia al deber de fidelidad–.

obvio que se deben recíprocamente consideración, cual uno de los deberes implícitos en la propia calidad de socios que asumieron al tomar las acciones”⁵⁰⁸.

Siendo que la sociedad no es, en esencia nada más ni nada menos y pese a sus particularidades, que un contrato, corresponde a sus suscriptores originarios –o posteriores adherentes– lo que acertadamente ha sido definido de antaño por los tribunales como un deber genérico de consideración debido entre contratantes (socios) por imperio del artículo 1198 del Código Civil⁵⁰⁹.

Como derivación –entre otras– de este deber de lealtad para con la sociedad, el accionista deberá ejercer adecuadamente su derecho al voto, esto es, atendiendo los intereses sociales, razón por la cual el artículo 248 2º párr. LSC le impone la obligación de

⁵⁰⁸ Cfr. CNCom. Sala D, diciembre 23-981, ED 104-361.

⁵⁰⁹ Código Civil, art. 1198: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”. Para la CNCom. Sala D, diciembre 23-981, ED 104-362, “El deber de consideración entre los socios de una sociedad comercial está impuesto por el art. 1198 del Código Civil, en cuanto prescribe que las cláusulas implícitas de todo contrato son las especificadas en los deberes de la buena fe y en el verosímil entendimiento de las partes. Uno de esos deberes es la consideración con el otro contratante, consideración tanto más imperativa cuando el ‘otro’ es un socio, y, por aplicación de lo expuesto, todos los demás socios quedan inhibidos para proceder de un modo tal que en definitiva reduzca el grado o virtualidad de la calidad de socio del otro”.

abstenerse de votar acuerdos en los que existieran intereses particulares encontrados con aquellos del ente, de naturaleza superior. Consecuencia de ello, el socio que contravenga la disposición que le impone abstenerse de votar será responsable por los daños y perjuicios que ocasione cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida, ello sin perjuicio de que idéntica responsabilidad le es impuesta para el caso de que, impugnada la decisión asamblearia, esta fuera declarada nula⁵¹⁰.

El deber de lealtad impuesto al socio no es coincidente – aunque sí similar– con aquel debido por el administrador –aunque éste fuera socio–, y que tiene en miras evitar que el último se desempeñe en procura de su beneficio personal y en desmedro del logro del interés social⁵¹¹, que le impone abstenerse de intervenir en las deliberaciones relacionadas con el tema en conflicto de intereses (artículo 272 LSC).

3.4.4. Omisión del deber de fidelidad y su relación con la *affectio societatis* para el tema de esta tesis

Ya se ha tratado la relación de la *affectio societatis* con el ejercicio de las acciones sociales. Aquel guarda asimismo correspondencia con el deber de fidelidad que en el ejercicio sus derechos el socio tiene que contemplar para con los intereses de la sociedad de la que forma parte, y que comienza por sujetarse a la decisión mayoritaria legalmente adoptada y expresada⁵¹². Cuando

⁵¹⁰ LSC, arts. 248 2º párr. y 254 LS.

⁵¹¹ Cfr. BONELLI, F., *La Responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milan, 1992, p. 4.

⁵¹² Cfr. ALCALÁ DÍAZ, MARÍA ÁNGELES, “El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, año V, nº 9,

se alude a un deber de fidelidad del socio, no se está frente a un deber en abstracto, sino concreto, que puede incluso ser el soporte de obligaciones de no hacer, como por ejemplo en singulares situaciones de conflicto de intereses con la sociedad⁵¹³.

Así, el derecho de la minoría de impugnar acuerdos sociales debe contemplar el deber de fidelidad que al socio peticionante cabe guardar para con los intereses de la sociedad de la que forma parte. Es el propio legislador quien en tales casos establece la primacía del interés social sobre un interés extrasocial del socio, e incluso, en oportunidades y como medida preventiva, le prohíbe el ejercicio del voto: ello trae consigo la mencionada subordinación al interés social del interés individual del socio.

Como cualquier socio puede ser “portador del interés extrasocial que implica un riesgo para el interés social”, el deber de abstención, manifestación del “deber de fidelidad” se impone a todo socio, mayoritario o minoritario⁵¹⁴. Así entendido, el deber de fidelidad se traduce en la traslación al ámbito del funcionamiento del principio de buena fe (artículo 1198 Cód. Civil), y que se extiende más allá de la mera relación socio-sociedad, llegando aún a las relaciones de los socios entre sí, como elemento regulador de las relaciones contractuales⁵¹⁵.

La consideración del deber de fidelidad como “condensación del principio general de la buena fe contractual” tiene cierta

Aranzadi, Pamplona, 1977, p. 91; PAZ ARES, C., “La sociedad en general...”, cit., p. 443.

⁵¹³ Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL, “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1830.

⁵¹⁴ SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, cit., pp. 1162 y 163.

⁵¹⁵ Cfr. ALCALÁ DÍAZ, M., “El conflicto de intereses socio-sociedad...”, cit., p. 92.

importancia sistemática, por cuanto fuerza a pensar en su aplicación con independencia de las formas sociales. No es éste, sin embargo, el planteamiento más generalizado en la doctrina tradicional,

“que tiende a buscar su fundamento en ideas propias del Derecho de sociedades y, específicamente, en la idea de ‘comunidad personal’. Es comprensible por tanto que, a partir de tales premisas, la determinación del alcance del deber de fidelidad se acabe enfocando desde la óptica de los distintos tipos societarios con el resultado de centrar su aplicación en las sociedades de personas (que en el diseño legal aparecen ciertamente concebidas como ‘comunidades personales’) y de poner en cuestión su vigencia en las sociedades de capitales y, específicamente, en las anónimas (que en el diseño legal están altamente despersonalizadas) ...[los problemas de tal simplificación]... pueden solventarse convenientemente partiendo de la consideración del deber de fidelidad como un deber general del Derecho privado, que se intensifica y modula en función de los compromisos implícitos, que obviamente no dependen de la forma social, sino de la estructura real de la sociedad ... Pueden indicarse como elementos de relevancia para la formulación de reglas derivadas del deber de fidelidad: la dependencia personal de la relación comunitaria y personal (cuanto mayor sea esta, mayor será la obligación de considerar en las decisiones propias los intereses de los consocios); la dependencia personal de la realización del fin común (los deberes de conducta de los consocios aumentan en función de su mayor relevancia para el logro del fin social); y la correlación entre el poder y responsabilidad (de manera que

quienes más poder detenten en el seno de la sociedad tendrán que estar sujetos a obligaciones de fidelidad más exigentes)⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Cfr. PAZ ARES, C., “La sociedad en general...”, cit., p. 444.

CAPÍTULO CUARTO

PROCEDIMIENTOS RELATIVOS

A LOS DERECHOS Y DEBERES

DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

4.1. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS INTEGRANTES DE LOS ÓRGANOS SOCIALES Y SU RELACIÓN CON LA PROCEDENCIA Y EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES SOCIALES

El organicismo es el sistema que regula la expresión de voluntad de las sociedades, o sea, el régimen de imputabilidad al orden jurídico especial denominado sociedad⁵¹⁷. El órgano no sería otra cosa que la persona o personas que por voluntad legal han sido autorizadas para manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para el cumplimiento de sus fines⁵¹⁸.

Decir que una sociedad tiene órganos⁵¹⁹, implica afirmar que los individuos que la integran –administradores, síndicos y socios–

⁵¹⁷ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario, parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 143.

⁵¹⁸ Cfr. BRUNETTI, ANTONIO, *Trattato del diritto delle società*, t. II, Giuffré, Milán, 1948, p. 258.

⁵¹⁹ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 44 a 49. Para este autor, quien desarrolla sus ideas a partir del pensamiento positivo kelseniano al que recurrentemente alude en su obra, siendo el derecho sólo y únicamente un conjunto de normas, la sociedad se reduce a un subconjunto de normas denominado estatuto. Así, “el órgano será en consecuencia un esquema normativo dentro del orden jurídico

están organizados según un orden normativo, y que, facultados éstos en tanto órganos, forman la voluntad que se imputa al ente. Estos órganos no tienen capacidad sino competencia⁵²⁰, de allí que cualquier vicio en la falta de legitimación pertenecerá al campo de la anulabilidad y no de la nulidad, habida cuenta que las reglas al respecto dispuestas lo son en interés puro y exclusivo de la sociedad, y no de terceros⁵²¹.

4.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES EN GENERAL Y DEL DIRECTORIO EN PARTICULAR

4.2.1. Introducción al problema

La responsabilidad del administrador recae sobre éste en razón de su personal participación en el acto dañoso, o bien, de no haber intervenido directamente en el mismo, por no haber realizado cuanto estuviera a su alcance para impedir, eliminar o atenuar sus consecuencias⁵²². Su responsabilidad deriva de la omisión o violación de sus deberes y que pueden ser diferenciados:

- i.-) según tengan o no un contenido específico precisamente determinado por la ley, el estatuto o el reglamento –v.gr. forma y contenido del balance de ejercicio y de los libros y

especial-estatuto. Será el conjunto de normas que determinen las condiciones en que ciertos individuos darán lugar a efectos jurídicos previstos y con directa imputación para los individuos supeditados a ese orden jurídico especial” –ob. cit., pp. 89 a 90–.

⁵²⁰ COLOMBRES, G., *Curso de derecho...*, cit., p. 143; BARRERA GRAF, JORGE, *La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades*, México, 1967, pp. 177 y 178.

⁵²¹ Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de derecho...*, cit., p. 148.

⁵²² Cfr. GALGANO, FRANCESCO, *Manuale elementare de diritto commerciale*, 2ª edición, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 197.

registros sociales, en contraposición al deber general de comportamiento del buen hombre de negocios-⁵²³; ii.-) según se trate de deberes colectivos, y cuya violación genera acciones sociales o según el caso. Esto es así por cuanto los deberes colectivos son deberes cuya satisfacción o violación beneficia o perjudica a todos los socios, por lo que el costo de exigir reparación a los administradores debe ser asumido colectivamente, ingresando su producido directamente en el patrimonio del ente. Por el contrario, la reparación del daño ocasionado por la violación de deberes individuales beneficia directamente al accionista o tercero por ser estos a quienes se perjudica directamente, razón por la cual les cabe el ejercicio de la acción individual⁵²⁴; iii.-) asimismo, cabe también tener presente que en la mera actividad colegial no se agotan los deberes del administrador, ya que existen junto a estos, deberes impuestos a las personas que encarnan el órgano⁵²⁵ – obligaciones de carácter puramente personal cuyo incumplimiento no importa responsabilidad solidaria de los demás administradores–, tal el caso de sistemáticas inasistencias a reuniones que priven de quórum, ocultar a los socios y los restantes administradores sus incompatibilidades para ejercer el cargo de director; violación del secreto profesional –entre otros-⁵²⁶.

⁵²³ Cfr. BONELLI, FRANCO, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milan, 1992, p. 4.

⁵²⁴ Cfr. LLEBOT MAJÓ, JOSÉ ORIOL, “El sistema de responsabilidad de los administradores”, en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, año IV, n° 7, Navarra, 1996, p. 61.

⁵²⁵ Cfr. DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, *La Responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Montecorvo, Madrid, 1995, p. 344.

⁵²⁶ LSC, arts. 260 y 264.

El directorio es un órgano social necesario y permanente, de actuación y de ejecución⁵²⁷, cuyas funciones se circunscriben mayormente a la gestión, administración⁵²⁸ y representación de la sociedad⁵²⁹. Como regla –y en principio–, sus integrantes no responden personalmente en razón de los actos imputables al ente. Resulta justificado, entonces, que la confianza que este –en realidad, sus accionistas– deposita en los administradores⁵³⁰, tenga como contracara un conjunto de medidas jurídicas –acciones– tendientes:

⁵²⁷ Es necesario por cuanto la sociedad no puede constituirse, operar y presentarse frente a terceros sin la existencia de su órgano de administración; y es permanente porque este es el encargado de la actividad gestora orientada al logro del fin social, ello sin perjuicio de la pauta mínima de funcionamiento dispuesta en el art. 267 LSC y de la que se derivaría la inexistencia de esta característica.

⁵²⁸ Podría definirse como aquella destinada a decidir de forma ejecutiva sobre las actividades y gestiones que mejor se encaminen al cumplimiento de los fines sociales previstos en los estatutos. Cfr. BERGÓS TEJERO, JOAN JORDI, “Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos”, en *Obligaciones y responsabilidades de directivos y administradores*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996, p. 9. En este sentido, corresponde al directorio la más importante función en el seno de la sociedad: la de ejecutar las pautas de gobierno que le señale la asamblea y la de adoptar diariamente otras muchas decisiones en la esfera de sus competencia. Toda la vida social fluye a través del directorio, “y es su actuación, acertada o desacertada la que hace prosperar a la sociedad o la lleva al fracaso y a la ruina.” URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER, “S.A. Órganos sociales. Los administradores” en *Curso de derecho mercantil*, t. I, de URÍA R. y MENÉNDEZ A., Civitas, Madrid, 1999, p. 895.

⁵²⁹ Cfr. LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO, “Los administradores de la sociedad anónima”, en *Derecho mercantil*, de JIMÉNEZ SÁNCHEZ GUILLERMO, 3º edición, Ariel, Barcelona, 1995, p. 292.

⁵³⁰ Si bien el nombramiento de los administradores por parte de los socios se basa en las aptitudes personales de aquellos para el manejo de los fondos sociales, lo más importante para su elección no serán necesariamente tales capacidades, sino, más bien, la confianza que en ellos se deposita. Cfr. FERNÁNDEZ GÓMEZ, IGNACIO, “La conducta del representante societario. La regulación de la conducta frente a la realidad empresarial”, en *Revista Jurídica de Información Mercantil – Boletín de Información Mercantil–*, B-28 del 20 de octubre de 1998, Barcelona,

i.-) a prevenir, influyendo en la conducta de aquellos induciéndolos a cumplir diligentemente las obligaciones propias del cargo, y ii.-) a reparar las consecuencias dañosas que su obrar negligente o culposo pudiera ocasionar.

Cuando, producto de haber infringido sus deberes, resulte un perjuicio a la sociedad, sus socios o terceros, nacerá la responsabilidad legal y orgánica de los administradores de indemnizar (artículos 59 y 274 LSC)⁵³¹. Legal por cuanto al serle impuesta por la LSC no cabe al estatuto limitar la misma, estándole sólo permitido tornarla más gravosa⁵³²; orgánica por cuanto se deriva de la actuación concreta de un órgano social en el ejercicio de su propia competencia⁵³³. Tal responsabilidad es contractual respecto del ente y de los accionistas considerados como tales⁵³⁴,

1998, p. 330. Su correlato es el deber de lealtad al que luego –aunque someramente– se aludirá.

⁵³¹ Leyes como la portuguesa no son tan específicas al respecto. El art. 79 n° 1 del Código de Sociedades Comerciales remite en cuanto a la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas, al Código Civil, siendo ésta rente a los accionistas “necessariamente uma responsabilidade delitual, dada a interposiçao (da personalidade jurídica) da sociedade”. Cfr. NUNES, PEDRO CAETANO, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001.

⁵³² No se referirá aquí a las diversas formas de exención y extinción de la responsabilidad, las que se tratan más adelante.

⁵³³ Cfr. SÁNCHEZ CALERO FERNANDO, *Principios de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 176.

⁵³⁴ Cfr. HALPERÍN, ISAAC, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 454; BONELLI F., *La Responsabilitá degli...*, cit., p. 157; RIPERT GEORGES y ROBLOT RENÉ, *Traité de droit commercial*, 17° edición actualizada por MICHEL, GERMÁN y VOGEL, LOUIS, L.G.D.J., París, 1998, p. 1306. En contra, véase OTAEGUI, JULIO, *Administración societaria*, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 380; RANGUGNI, D., “Algunos aspectos de la responsabilidad...”, cit., p. 120.

atento la naturaleza de su vinculación⁵³⁵, y, contrariamente, siempre extracontractual frente a terceros⁵³⁶. Emanada de una suerte de contrato de administración⁵³⁷, no laboral⁵³⁸, cuyo contenido viene – también – determinado en parte por la ley –con carácter imperativo o dispositivo supletorio–, en parte por el estatuto de cada ente⁵³⁹.

La correcta caracterización de este contrato es equívoca. Para la doctrina se trataría de un vínculo que participa de la naturaleza del contrato de locación de servicios⁵⁴⁰, o de un arrendamiento de servicios personales a cuyo efecto debe realizar todos los actos que caracterizan a la administración de bienes ajenos⁵⁴¹, o bien una relación jurídica particular que participa de ambos⁵⁴². Empero, resulta más correcto asimilarlo sólo parcialmente a este tipo de

⁵³⁵ CNCom. Sala A, octubre 8-1997, re Eledar S.A. c. Serer, Jorge A., LL 1999-B, p. 120.

⁵³⁶ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades Anónimas*, cit., p. 454.

⁵³⁷ Se trata de una obligación jurídica compleja de administración social, con notas distintivas propias y otras comunes a las locaciones de servicios –y aún de obras–.

⁵³⁸ Y más allá del doble rol de empleado-director que ocasionalmente pudiera desempeñar, y que hoy es mayormente aceptado por la doctrina, siempre y cuando las labores de aquel superen las propias del directorio y puedan considerarse subordinadas. En contra, véase RANGUGNI, D., “Algunos aspectos de la responsabilidad...”, cit., p. 120.

⁵³⁹ Cfr. ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO JOSÉ, “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, en *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Estudio de Derecho Judicial, Madrid, 2000, p. 22.

⁵⁴⁰ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades Anónimas*, cit., p. 399; CNCom. Sala A octubre-997, re “Eledar S.A. c. Serer Jorge A.”, LL 1999-B, p. 124.

⁵⁴¹ Cfr. PÉREZ FONTANA, SAGUNTO, *Sociedades anónimas*, t.1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991, p. 191.

⁵⁴² Cfr. BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 301.

contrataciones. La relación plantea una previsión de futuro en que el titular de la relación (administrador) se obliga a ejecutar prestaciones, y el acreedor (la sociedad, e indirectamente socios y terceros) tienen legítimos derechos a que su interés sea satisfecho: es un vínculo transitorio que se dirige a la satisfacción de un interés particular de tipo patrimonial o económico⁵⁴³. “En caso de incumplimiento en el que concurren las circunstancias culpabilidad-antijuridicidad, causalidad y daño, el vínculo se modifica dando lugar a una nueva relación en la cual el contenido obligatorio esta constituido por la prestación de resarcir cuyo montante cuantificado económicamente podrá ejecutarse eventualmente a costa del patrimonio del deudor”⁵⁴⁴.

Otras corrientes de opinión sostienen que el vínculo entre el administrador y el ente ni siquiera es contractual, sino que se trataría –la designación del sujeto– de un nuevo acto interno unilateral mediante el cual se integra un órgano social –el de administración– y que da origen a una relación típicamente societaria entre el órgano y la persona que lo integra. Así, cuando el director acepta el nombramiento no estaría prestando su conformidad con una oferta de contrato, sino configurando una condición a la cual se encuentra sometido el nombramiento para producir sus efectos⁵⁴⁵.

Cualquiera sea la figura contractual con la que se emparente la labor del director, ésta es *intuitio personae*, como lo corrobora lo dispuesto en el artículo 266 LSC en cuanto prescribe que el ejercicio del cargo es personal e indelegable. Esto nos lleva a concluir que, no

⁵⁴³ PÉREZ CARRILLO, ELENA, *La administración de la sociedad anónima*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 58.

⁵⁴⁴ PÉREZ CARRILLO, E., *La administración de la sociedad...*, cit., pp. 58 y 59.

⁵⁴⁵ Cfr. RANGUGNI, D., “Algunos aspectos de la responsabilidad...”, cit., p. 122.

obstante no existir prohibición en tal sentido⁵⁴⁶, el ejercicio de los cargos directoriales resulta vedado a las personas jurídicas⁵⁴⁷, como se verifica con la imposibilidad de aplicar los deberes de conducta previstos para sujetos individuales, a entes ideales⁵⁴⁸. No obstante, no siempre es ésta la posición de nuestra doctrina⁵⁴⁹, ni la solución receptada ni adoptada en derecho comparado⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Prohibición que si contempla la LGS peruana de 1989, su art. 160.

⁵⁴⁷ Cfr. GALGANO, F., *Manuale elementare...*, cit., p. 192; MASCHERONI, FERNANDO, *El directorio en la sociedad anónima*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1978, p. 55.

⁵⁴⁸ En tal sentido se ha señalado que la capacitación del buen hombre de negocios del art. 59 LSC y que sigue el art. 274 LSC, es propia de personas físicas. Cfr. GARCÍA TEJERA, NORBERTO, “Deberes de conducta de los directores de S.A. Tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inc. 1º del art. 299”, en *El Directorio en las sociedades anónimas, homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 36.

⁵⁴⁹ Según la reseña efectuada por OTAEGUI (véase HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas*, cit., p. 462) la Inspección General de Personas Jurídicas, mediante resolución general 5/77 dispuso que no resultaba admisible la designación como administrador de una persona jurídica, pero como la resolución general 6/80 derogatoria de la anterior no volvió a referirse al tema, esto resultaría viable. En igual sentido, aunque por otras razones, también se expide MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Los directores de sociedades anónimas*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 205 y 206.

⁵⁵⁰ No es esta la solución prevista en el ordenamiento societario español –art. 212.1 LSC de 2010–, en el que sí se acepta la participación en calidad de directores de personas jurídicas, aunque en tales casos no puede inscribirse su nombramiento en el Registro Mercantil en tanto no conste la identidad de la persona física designada para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de derecho mercantil*, cit., p. 194; GÓMEZ CALERO JUAN, *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales*, Dykison, Madrid, 1998, p. 91; LOJENDIO OSBORNE, I., “Los administradores de la sociedad anónima”, cit., p. 294. El ordenamiento holandés también acepta como administradores a personas jurídicas, incluso de cualquier nacionalidad. Cfr. DE SAVORNIN LOHMAN, HANS, *Duties and liability of directors and shareholders under netherlands law*, Kluwer, Londres, 1996, p. 7. El Código de Comercio francés –

4.2.2. Relación entre el objeto social, la actuación del director y la inexistencia de acción social

La sociedad queda obligada por la actuación de sus administradores o representantes que de acuerdo con el contrato o la ley tengan su representación, por actos de administración ordinaria y que atendiendo a su objeto son los referidos a la actividad mercantil estatutariamente prevista, o aquellos útiles para la realización de tal actividad⁵⁵¹. En cambio, no se imputan al ante los actos que aquellos realicen y sean notoriamente extraños al objeto social⁵⁵² (actos *ultra vires*⁵⁵³; artículo 58 LSC)⁵⁵⁴, alocución

versión consolidada a diciembre de 2014– dispone en su art. 1225-20 que “*une personne morale peut. être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux memes conditions et obligations et qui encourt les memes responsabilites civile et penale que s’il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilite solidaire de la personne morale qu’il représente. Lorsque la personne morale revoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en meme temps a son remplacement*”. En similar sentido, el Código de Comercio colombiano (art. 200 subrogado por el art. 24 de la Ley 222 de 1995) y ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 sobre Sociedades por Acciones Simplificada (art. 26). La LSG peruana de 1989 autoriza la designación de personas jurídicas como gerentes –no directores– (art. 193).

⁵⁵¹ Cfr. HALPERÍN ISAAC y BUTTY ENRIQUE, *Curso de Derecho Comercial*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 450.

⁵⁵² Como correlato, debe considerarse que el art. 11 inc. 3º LS dispone que el objeto social debe ser preciso y determinado, criterio de utilidad para circunscribir debidamente los alcances del término notoriamente extraño del art. 58 LS.

⁵⁵³ El *ultra vires* es un sistema jurídico de origen anglosajón –de mediados del siglo XIX–, y que señala que el objeto para el cual se constituyó la sociedad representa el límite de su capacidad y del poder que, en consecuencia, tienen sus administradores, y del que se deriva la nulidad –respecto de accionistas y terceros– de los actos celebrados en exceso. Nuestra legislación no recepta más que parcialmente este sistema –mayormente a partir de la interpretación del art. 59 LS–, determinándose a partir del objeto –base de la capacidad general del ente– la

ésta de comprensión amplia, general y típica, y cuyo límite lo da la normativa societaria a través de una apreciación en el cumplimiento de uno de sus datos técnicos: el objeto social⁵⁵⁵.

Este régimen se aplica aún cuando existiera infracción de la organización plural, si se tratara de obligaciones contraídas mediante títulos valores, contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural. Si bien los actos celebrados por los administradores en violación a este principio resultarían inoponibles al ente, debe guardarse que la rigidez en su aplicación no obste la debida protección de los derechos de terceros de buena fe⁵⁵⁶, por lo que ante la duda en torno a que determinada obligación sea o no notoriamente extraña al objeto –cuestión de hecho– se

responsabilidad de los órganos gestorios (lo que resulta más afín con el sistema continental germánico). En la práctica, se denomina como *ultra vires* a todo acto extraño al objeto o que exceda el poder representativo de los administradores, y que sirve para imputar su responsabilidad. Cfr. ZALDÍVAR ENRIQUE, RAGAZZI GUILLERMO, MANÓVIL RAFAEL, SAN MILLÁN CARLOS y ROVIRA ALFREDO, *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 267 y 268; VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada, anotada y concordada*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 91.

⁵⁵⁴ LSC, art. 58: “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratase de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural”.

⁵⁵⁵ Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de derecho...*, cit., p. 153.

⁵⁵⁶ Cfr. MASCHERONI, F., *El directorio en la sociedad...*, cit., p. 78.

impone considerar que el acto obliga a la sociedad⁵⁵⁷, ello sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que contra los administradores que corresponda aplicar⁵⁵⁸.

Se considera que, en circunstancias no claramente definidas, habrá de primar la teoría de la apariencia⁵⁵⁹, por lo que terceras partes pueden presumir que el acto otorgado por quien invoca –y razonablemente sea– persona hábil para tales fines, efectivamente lo hace en representación del ente y dentro del límite impuesto por su objeto⁵⁶⁰. Asimismo, cabrá también realizar la aplicación del ultra vires con menor rigor en las sociedades cerradas –de familia– que en las abiertas, en las que los accionistas usualmente desconocen los pormenores de los negocios sociales⁵⁶¹. Ejecutada la obligación aunque fuera parcialmente –o tolerada la actuación del administrador sin facultades–, el ente ya no podrá alegar la inoponibilidad del acto⁵⁶². Estas facultades legales de los

⁵⁵⁷ Cfr. NISSEN, RICARDO, *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*, 2ª edición, t. 2, Abaco, Buenos Aires, 1993, p. 37.

⁵⁵⁸ Cfr. HALPERIN I. y BUTTY E., *Curso de derecho...*, p. 447.

⁵⁵⁹ Conforme el principio de la apariencia, la existencia y los alcances del acto con relación a los terceros de buena fe deben ser juzgados sobre la base de su manifestación externa, de modo que esa configuración produzca convicción respecto de su regularidad y realidad. Ahora bien, si el acto fuera notoriamente extraño –para lo cual cabe atender al caso particular–, los terceros no podrán considerarse defraudados, ya que la registración del contrato los habría impuesto del contenido del objeto de la sociedad. En este caso, la protección legal es ya en favor de los socios, y no de los terceros. Cfr. NISSEN R., *Ley de sociedades...*, t. 2, cit., pp. 38 y 39.

⁵⁶⁰ Los terceros normalmente contratan con el ente guiándose en su apariencia, por lo que serían defraudados si pudieran oponérseles hipotéticas limitaciones estatutarias. Cfr. CNCiv., Sala C, mayo 15-985, LL 1985-D, p. 80.

⁵⁶¹ Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales...*, cit., t. 1, p. 444. No obstante, este autor observa un criterio estricto al tiempo de evaluar los efectos del acto ultra vires, señalando su carácter de absolutamente ineficaces y no ratificables cuando fueran modificatorios del objeto social. Ob. cit., p. 446.

⁵⁶² Cfr. HALPERIN I. y BUTTY E., *Curso de derecho...*, cit., p. 447.

administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez –eficacia– interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción (artículo 58 LSC).

4.3.3. El cartabón del buen hombre de negocios

Según prevé la LSC (arg. artículo 59), los administradores y representantes de la sociedad deben actuar con la lealtad⁵⁶³ y con la diligencia de un buen hombre de negocios⁵⁶⁴. Esta pauta, la que se aplica en bloque a los miembros del órgano, cobra así status legal, y debe seguir los lineamientos del Código Civil en sus artículos 512 y 902⁵⁶⁵, juzgándose las culpabilidades en función de la conducta

⁵⁶³ El antecedente directo del deber de lealtad del administrador debe buscarse en el art. 1908 del Código Civil –recuérdese que antiguamente el director era reputado como un mandatario–, en cuanto prevé que el mismo será considerado fiel si, mediando oposición entre sus intereses y los del mandante, diera preferencia a los suyos.

⁵⁶⁴ Así también el art. 23 de la Ley colombiana 222 de 1995. Por su parte, el Código Civil italiano de 1942 imponía –hasta su modificación en 2004– el deber de administrar como un buen padre de familia, y que aún se requiere para el mandatario en los arts. 1710 y 1176 –por remisión del viejo art. 2392–. En la actualidad, la fórmula ha sido sustituida por la más moderna expresión “*la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze*”; el ordenado empresario y representante leal del derecho español, arts. 225 y 226 LSC de 2010; el obrar con la “responsabilidad inherente a su mandato” del art. 157 LGSM de México y que remite al art. 2563 del Código Civil que les impone hacer lo que la prudencia dicte, cuidando el negocio como propio.

⁵⁶⁵ Código Civil, art. 512: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”; Código Civil, art. 902: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

observada⁵⁶⁶, sin tener en cuenta las condiciones de mayor habilidad o personales del integrante del directorio⁵⁶⁷.

Esta referencia a un estándar jurídico –el buen hombre de negocios– importa reconocer un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión que permite al administrador elegir entre cualquiera de las opciones razonables que se les presenten, dadas las circunstancias del caso particular⁵⁶⁸, porque lo que se le impone es la previsión de aquellos acontecimientos que no resultan absolutamente desacostumbrados para la actividad de la empresa, según la experiencia común⁵⁶⁹.

Ello porque el control que los socios judicialmente puedan procurar, no consiste en una estimación de la oportunidad de la decisión adoptada, ni –mucho menos– suplanta los criterios administrativos de aquellos, criterios que son aún más amplios en la esfera societarias que en la civil, “siendo una de sus facetas la

⁵⁶⁶ La Ley colombiana 222, del 20 de diciembre de 1995 y que modificara el Libro II del Código de Comercio, agrega a la fórmula general (“con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”) el deber de obrar con buena fe (art. 23 reglamentado por DN 1925 de 2009). Con ello se exige al administrador la predisposición para que proceda de manera ajustada al ordenamiento y con la plena intención de satisfacer la prestación prometida sin producir daño, incluso cuando para ello deba extender su actuar a prestaciones no expresamente previstas en el contrato social. Cfr. URIBE LOZADA, NICOLÁS, *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, n° 5.1. p. 77.

⁵⁶⁷ Cfr. ALLENDE, LISANDRO, “Administradores de hecho”, en *El directorio en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 280.

⁵⁶⁸ Cfr. VELASCO, GAUDENCIO, “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial n° 24, Madrid, 2000, p. 64.

⁵⁶⁹ Cfr. CNCom. Sala D, noviembre 9-995, re “Estancias Procreo Vacuno S.A. c. Lenzi Carlos y otros”, LL 1996-B, p. 193.

realización de operaciones mediante las cuales se da cumplimiento al objeto social, o sea la función de gestión operativa”⁵⁷⁰.

No debe olvidarse que los administradores son responsables por las violaciones a las obligaciones que la ley, el estatuto o el reglamento les imponen, y no por la desafortunada marcha de los negocios sociales⁵⁷¹. Así lo ha querido la ley al referirse al buen hombre de negocios, fijando un criterio abstracto y típico de valuación en el que se da libertad al sujeto en su gestión, la que a cambio debe estar por sobre la del hombre medio (artículo 902 Código Civil), similar a la que hubiera observado un administrador normalmente diligente en idéntica situación⁵⁷².

De esta adopción por la LSC del cartabón del buen hombre de negocios se sigue la distinción entre la culpa grave del administrador nacida de la omisión de los cuidados más elementales (artículo 274 párr. 1º in fine LSC) y la culpa leve en abstracto del artículo 59 LSC –por reenvío del artículo 274 LSC–, en lo que el administrador societario mercantil se diferencia del administrador

⁵⁷⁰ CNCom. Sala C, 21/12/98, re “Camisassa, Eduardo Raúl c/ Ferrer Américo y Efel S.A. s/ sumario”, ED 12/5/99.

⁵⁷¹ BONELLI F., *La Responsabilità degli...*, cit., p. 63; “i soci possono sperare che gli amministratori riescano nel loro compito, ma non possono imputare ad essi di non aver avuto fortuna”. Por su parte, el juez tampoco deberá referirse al mérito de la operación involucrada, o si era esta más o menos justificable teniéndose en cuenta la política general de la sociedad, debiendo limitar su tarea a determinar si el administrador actuó con diligencia y sin incurrir en conflicto de intereses (p. 69).

⁵⁷² Se trata de un criterio que va especificado en relación al caso concreto, siendo indiferente la formula que se utilice –buen padre de familia, buen hombre de negocios, correcto administrador o cualquier otra similar–, la que es poco significativa en sí. Corresponderá por tanto al juez, en última instancia, apreciar con los recaudos del caso particular (tipo de sociedad administrada, dimensiones, sector de la actividad ejercida) y sin poder exigirse del administrador la habilidad de un consultor técnico, si su comportamiento debe –o no– ser considerado diligente. Cfr. BONELLI, F., *La Responsabilità degli...*, cit., p. 50.

societario civil, para quien rige el sistema de la culpa leve en concreto⁵⁷³.

El objeto de la relación jurídica del administrador para con el ente –desde la perspectiva de este último– consiste en la realización de sus tareas protegiendo el patrimonio social y haciéndolo producir eficazmente. Este complejo ejercicio debe siempre tener por objetivo desarrollar el objeto social –procurar su consecución–, aplicando en ello la aludida diligencia y lealtad del buen hombre de negocios. Pero ello en modo alguno importa garantizar un resultado. La obligación de todo administrador –en cuanto al deber de administrar propiamente dicho– es, como regla, una obligación de medios, y no de resultado⁵⁷⁴.

Así, el administrador sólo debe garantizar que realiza sus labores con la diligencia debida de acuerdo a las circunstancias del caso: nunca asegura un resultado particular⁵⁷⁵. Ahora bien, la ausencia de diligencia que habilita la reclamación por el ente –o sus socios y aún terceras partes– al administrador, es, en la práctica, una de las cuestiones más difíciles de probar. Máxime si se tiene en cuenta que aquella debe ser apreciada según las circunstancias del caso y la información con que contaba el administrador al momento de resolver.

⁵⁷³ Código Civil, art. 1724 “Deben poner en todos los negocios sociales el mismo cuidado, y hacer las mismas diligencias que podrían en los suyos”. Cfr. OTAEGUI, J., *Administración societaria*, cit., p. 130.

⁵⁷⁴ Cfr. CAMPOBASSO, GIAN FRANCO, *Diritto commerciale*, vol. 2, *Diritto delle società*, UTET, 1989, Torino, p. 239.

⁵⁷⁵ Cfr. DE SAVORNIN LOHMAN, H., *Duties and Liability of...*, cit., p. 38; LLAMBÍAS, JOAQUÍN, *Código civil anotado*, t. II-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979 p. 116. Tal la obligación del abogado que se compromete a prestar asistencia profesional, sin garantizar el resultado, cosa que excede sus posibilidades. Así el administrador solo se obliga a la realización de una actividad que normalmente conduce al resultado apetecido por la sociedad –sus socios–, si bien tal resultado es extrínseco a la obligación y no integra su objeto.

También resulta dificultoso precisar el contenido de la obligación de medios debida por el administrador, toda vez que estas usualmente no se indican en norma alguna, siendo contingentes y variables según la actividad del ente, la situación del mercado, el carácter de cada operación singular y el particular momento del desarrollo de la sociedad⁵⁷⁶. Cabe tener presente que en los deberes jurídicos de medios no es que no exista un interés jurídico definitivo.

Como han referido los tribunales argentinos, para casos como el que se trata (deber de medios director-sociedad) existe un doble juego de intereses en los deberes jurídicos que forman parte de la prestación: un interés final, esperado pero aleatorio –contingente o potencial–, y otro que se satisface con el esfuerzo del director traducido en una actividad prudente y diligente. El deudor –el director– está obligado a prestar una conducta que razonablemente conducirá al resultado esperado por el acreedor –la sociedad–⁵⁷⁷. No obstante, esta discrecionalidad de los directores tiene como límite el objeto social⁵⁷⁸ y persigue un fin concreto, el interés social⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Cfr. PÉREZ CARRILLO, E., *La administración de la sociedad...*, cit., p. 84.

⁵⁷⁷ Cfr. CNCom. Sala D, abril 2-984, re “Alvarez Manuel y otros c. Guezeui Julio y otros”, LL 1985-A, p. 317.

⁵⁷⁸ Cabe tener presente que el órgano de administración no sólo desarrolla y ejecuta, sino que además decide políticas de actividad, por lo que es importante definir el objeto de su actividad como orientación de su desempeño. Cfr. PÉREZ CARRILLO, E., *La administración de la sociedad...*, cit., p. 67.

⁵⁷⁹ En este entendimiento, resulta acertado referirse al interés social –y sin perjuicio de las diversas referencias que sobre el particular efectuamos a lo largo de este trabajo– como aquel elemento “al que cabe referirse para determinar concretamente el correcto ejercicio de los poderes/deberes de los administradores para la sociedad. En definitiva, el complejo de deberes/poderes de los administradores deben interpretarse teniendo en cuenta que deben realizar la actividad económica señalada en el objeto social, en la forma en que mejor cumpla el interés social.” Cfr. *Responsabilidad de los administradores, levantamiento del velo*, dossier práctico Francis Lefebvre, ediciones Lefebvre, Madrid, 1998, p. 14.

Respecto de las sociedades denominadas abiertas, esto es, aquellas que básicamente realizan oferta pública de sus acciones – por tanto las que involucran el ahorro público–, el régimen legal que gobierna la actuación del directorio y sus posibles responsabilidades, resulta aún más complejo y gravoso en razón de la cantidad de disposiciones especiales dictadas por los órganos de control del mercado donde aquellas se comercializan⁵⁸⁰.

La ley refiere entonces como modelo del buen hombre de negocios a aquel sujeto que actúa con diligencia, deber colectivo⁵⁸¹, que no exige una conducta específica sino la sujeción a aquel estándar legal. En términos generales puede apuntarse que, siendo que la diligencia está descrita de un modo abstracto, cabe atender a ciertas pautas orientadoras para integrar su contenido: la costumbre de un sector determinado de la actividad, los usos y, en ocasiones, los códigos de conducta que diversos ordenamientos occidentales elaboran y cuyos términos ocasionalmente pasaran a ser adoptados por los reglamentos de algunas sociedades⁵⁸².

Como se ha visto, no resulta conveniente reducir en el deber de diligencia a fórmulas tales como la dedicación que el administrador presta al ente en detrimento de la que dispensa a sus asuntos

⁵⁸⁰ Cfr. GARCÍA TEJERA, NORBERTO “Deberes de conducta de los directores de S.A. Tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inc. 1° del art. 299”, en *El Directorio en las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 22, quien cita, entre otras, el texto ordenado de la R.G. 290 (20/05/97) de la CNV que en su Libro VI impone deberes reglamentados sobre materias como transparencia, deber informar, deber de guardar reserva, deber de lealtad y obligación de las entidades auto reguladoras, pero que para su efectivo cumplimiento requieren conductas que se manifiestan en hechos negativos. Véase autos y obra citados, p. 47 y ss.

⁵⁸¹ Aludimos así a los deberes que los administradores están obligados a satisfacer frente al grupo de socios instrumentalmente unificado.

⁵⁸² Cfr. PÉREZ CARRILLO, E., *La administración de la sociedad...*, cit., p. 87

personales, aunque en ocasiones ello sirva de pauta indicativa⁵⁸³. El buen hombre de negocios también debe comportarse con lealtad, deber, individual que tiene en miras evitar que el administrador se desempeñe en pos de su beneficio personal a expensas del de la sociedad. Se lleva a cabo mediante la procura de una eficiente consecución de los fines sociales por sobre los propios del director⁵⁸⁴, y si ello resulta de capital importancia en las sociedades cerradas o de familia, tal deber se potencia cuando se involucra la oferta pública.

Así el artículo 78 de la ley 26.831 se refiere particularmente al deber de lealtad, que comprende la prohibición de hacer uso de los activos sociales ó información confidencial con fines privados, a la prohibición de aprovechar o permitir que otro aproveche –por acción u omisión– las oportunidades de negocio de la sociedad⁵⁸⁵, a la obligación de ejercer las facultades de administrador únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el propio directorio se las hayan concedido, al deber de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con la sociedad.

⁵⁸³ La doctrina también suele aludir como especies del deber de diligencia a los deberes de informarse, de investigar y de vigilar.

⁵⁸⁴ De ser esto así, la violación del interés social no podrá dar lugar al ejercicio de acciones individuales de responsabilidad.

⁵⁸⁵ La Comisión Nacional de Valores cuenta con la facultad de sancionar a aquellos directores –además de otros como gerentes, administradores, accionistas controlantes y síndicos– por el uso indebido en beneficio propio o de terceros de información privilegiada. Sobre el tema, véase OTAEGUI, JULIO, “El deber de guardar reserva y la prohibición de usar información privilegiada en la oferta pública”, ED 177-29.

4.3. OTROS DEBERES Y ACCIONES DERIVADAS DE SU VIOLACIÓN

Además de los deberes genéricos referidos en el artículo 59 LSC, la ley prevé la existencia de otros –sin perjuicio de los que en más imponga el estatuto–. De hecho, deberes específicamente reglamentados en otras legislaciones son aplicados por nuestros tribunales al amparo de fórmulas genéricas de valuación de conducta, tal el caso del de vigilancia e intervención consagrado en el Código Civil italiano de 1942⁵⁸⁶.

4.3.1. Deber de no actuar en conflicto de intereses y de no competir

El director que pudiera tener un interés contrario a del ente hacerlo saber al directorio y a la sindicatura⁵⁸⁷, y abstenerse de intervenir en las deliberaciones relacionadas con el tema⁵⁸⁸ (artículo

⁵⁸⁶ Impone al administrador la obligación de vigilar la gestión en general y, para el caso de tomar conocimiento de la realización de un acto perjudicial para el ente, intervenir y realizar cuanto este a su alcance para impedir el hecho dañoso o mitigar sus consecuencias. En puridad no se trata de un deber nuevo, sino sólo una especificación hecha al deber de diligencia –cfr. BONELLI, F., *La Responsabilità degli...*, cit., pp. 52 a 65– y que no resulta comprensivo del –no requerido– deber de pericia en todo arte o técnica vinculada con la administración societaria. Lo que sí se requiere del director es que pondere las razonables lagunas de conocimiento de que en los diversos saberes adolezca, y se apoye en colaboradores y consultores idóneos, bajo su dirección general.

⁵⁸⁷ El concepto de interés no comprende únicamente al interés directo del administrador, sino también a aquel alcanzado por vía indirecta cuando se utilicen personas interpuestas, o se favoreciera a terceras sociedades de las que fuera accionista o integrante. Cfr. SILVERSTEIN, ISIDORO, *Contratación del director con la sociedad anónima*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 37.

⁵⁸⁸ No necesariamente ausentarse de la reunión, sino sólo abstenerse de intervenir en la deliberación y votar, no computándose su presencia a efectos del quórum. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 289.

272 LSC). Esta prohibición es únicamente respecto del voto, por lo que las acciones de propiedad del director –síndico, miembro del consejo de vigilancia y gerente general–, si éste fuera socio, sí se computan a los efectos del quórum de la reunión de que se trate⁵⁸⁹. Se procura mediante esta norma, que eleva a categoría jurídica un precepto de carácter moral⁵⁹⁰, evitar que el administrador afectado influya en los demás integrantes del órgano que integra⁵⁹¹, induciéndolos a tomar una decisión que privilegie sus intereses por sobre los del ente.

La omisión de estos deberes hace incurrir al administrador en las responsabilidades derivadas del artículo 59 LSC, ya que ni siquiera la doble calidad de director-empleado que pudiera poseer lo inhibe de hacer prevalecer los intereses del ente por sobre los propios. En concordancia también se impone al director el deber de no participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad –salvo autorización expresa de la

⁵⁸⁹ “La inhabilidad para votar no supone la de intervenir y discutir en la deliberación; cuando en infracción a la prohibición aún subsiste mayor cantidad de votos aprobatorios que denegatorios, la nulidad es de los votos viciados, no de la votación; cuando la asamblea se constituye con los inhabilitados como accionistas únicos debiera prevalecer la necesidad de un pronunciamiento respecto de los temas implicados, por encima de la prohibición del art. 241, totalmente inoperante en la sociedad anónima de familia.” VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 783; VERÓN, ALBERTO y ZUNINO, JORGE, *Reformas al régimen de la ley de sociedades*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 388.

⁵⁹⁰ Idéntico contenido moral habría orientado la redacción de los arts. 271 y 273 LSC. Cfr. SILVERSTEIN, I., *Contratación del director...*, cit., p. 16. En contra de ver comprometidos en estas normas –en realidad, en su antecesora, el art. 338 Cód. Com., y reduciéndolas a una simple norma prohibitiva en defensa de los intereses de la sociedad, ver GARO, FRANCISCO, *Sociedades anónimas*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1954, p. 441.

⁵⁹¹ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, t. 4, p. 363.

asamblea⁵⁹²—, pudiendo sólo contratar con la sociedad que administra⁵⁹³, en la actividad en que esta opere⁵⁹⁴, cuando lo hiciera en condiciones de mercado (artículos 271 y 273 LSC)⁵⁹⁵.

⁵⁹² No obstante el silencio de la LS, en razón de la materia —su directa vinculación con la responsabilidad de los administradores— consideramos se trataría de una asamblea de carácter ordinario. En contra, LÓPEZ TILLI, ALEJANDRO, *Las asambleas de accionistas*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 257, por cuanto el silencio en tal sentido guardado al regularse la competencia de la asamblea ordinaria pone necesariamente la cuestión bajo la órbita de la extraordinaria.

⁵⁹³ Anteriormente, el régimen legal prohibía a los directores negociar o contratar por cuenta propia, de manera directa o indirecta, con la sociedad que administraban (así, art. 338 del Código de Comercio de 1889). Directamente relacionado con la prohibición derivada del art. 271, el art. 239 LSC impide al director —al igual que al síndico, integrantes del consejo de vigilancia, gerentes y empleados de la sociedad— representar a los accionistas en las asambleas. Tal previsión legal, que ya se hallaba consagrada en el art. 355 del Código de Comercio, se funda en la incompatibilidad entre las funciones del director y su eventual representación asamblearia del accionista —los socios pueden discutir su actuación o cuestiones conexas—, lo que vulnera conceptos elementales de ética y corrección —cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina comentado*, t. 1, Amorrortu, Buenos Aires, 1951, p. 542—, al tiempo que resultaría contradictorio que el derecho que no tienen por sí (art. 241 LSC) pudieran ejercitarlo como mandatarios de terceros —cfr. SIBURU, JUAN, *Comentario del código de comercio argentino*, t. 5, Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1912, p. 183; GARO, F., *Sociedades anónimas*, cit., t. II, p. 28—. No obstante, esta prohibición legal no alcanza la representación cuando esta fuera legal —no convencional—, tal el caso de la ejercida a favor de menores o incapaces.

⁵⁹⁴ El concepto ‘actividad en que esta opere’ debe considerarse restringido a operaciones habituales de la empresa, lo que resulta atendible si se repara en que se tratará de una contratación que habrá seguido un procedimiento regular, dentro del normal desenvolvimiento del giro social. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 279. Atento el silencio de la ley, la envergadura de la operación no resultaría ser un dato condicionante de la misma. Cfr. AGUINIS, ANA MARÍA, “El directorio y su reforma en la ley 22.903”, LL 1984-B, 635.

⁵⁹⁵ LSC, art. 271: “El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que éste opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo

Para el caso en que, producto de la omisión de la puesta en conocimiento de la asamblea de la existencia de conflicto de intereses o de la participación por cuenta propia o de terceros en actos en competencia de la sociedad, se derivara un perjuicio, los administradores serán pasibles de la acción social de responsabilidad y los actos llevados a cabo –eventualmente– pasibles de acción de nulidad (según se refiere en el apartado siguiente)⁵⁹⁶.

4.3.2. Restricciones a la facultad de contratar

En concordancia con el deber de no actuar en competencia con la sociedad, el director sólo podrá contratar con aquella que administra en la actividad en que ésta opere⁵⁹⁷ y cuando lo hiciera

anterior sólo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea. Si desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad. Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero”; LSC, art. 273: “El director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del artículo 59”.

⁵⁹⁶ LSC, arts. 59, 274 y 276.

⁵⁹⁷ Anteriormente, el régimen legal prohibía a los directores negociar o contratar por cuenta propia, de manera directa o indirecta, con la sociedad que administraban. Así, art. 338 del Código de Comercio de 1889. El concepto ‘actividad en que esta opere’ debe considerarse restringido a operaciones habituales de la empresa, lo que resulta atendible si se repara en que se tratará de una contratación que habrá seguido un procedimiento regular, dentro del normal desenvolvimiento del giro social. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4., Atento el silencio de la ley, la envergadura de la operación no resultaría ser un dato condicionante de la misma. Cfr. AGUINIS, A., “El directorio y su reforma...”, cit., p. 635.

en condiciones de mercado. La evaluación de dicha pauta – condiciones de mercado–, supuestamente fácil de aprehender⁵⁹⁸–, debe hacerse atendiendo la fecha en que la contratación fue concluida y las repercusiones que la variación de la economía en general ocasione en operaciones similares⁵⁹⁹.

Los contratos en que no se de la correspondencia entre la actividad y las condiciones de mercado sólo pueden celebrarse previa aprobación del directorio (con el consentimiento de al menos la mayoría absoluta de sus miembros, artículo 260 LSC). El director que pretenda contratar debe abstenerse de participar en la discusión del tema (artículo 272 LSC) y, en consecuencia, de votar sobre la procedencia del negocio, por lo que tampoco habrá de computarse para este asunto particular su presencia a efectos de obtenerse el quórum necesario para sesionar⁶⁰⁰.

Ello habida cuenta de que en la reunión pudieran tratarse otros asuntos en los que la participación del administrador sí sea posible, y en los que sí habrá de colaborar en la formación del quórum. De no existir quórum para el tratamiento de la cuestión, la decisión recae en cabeza de la sindicatura (artículo 271 LSC). Ante

⁵⁹⁸ Según el criterio del legislador, véase Exposición de Motivos de la Ley 22.903, Capítulo II, Sección V, ap. 26.

⁵⁹⁹ En la República Argentina, y dado lo cambiante –e imprevisible– de su economía, sólo para ciertas operaciones pueden determinarse con certeza las condiciones de mercado, por lo que la cuestión se reduce a un tema de probanzas de valoración dificultosa y sujeta a las variaciones sustanciales y ‘ordinariamente’ extraordinarias de la economía. Cfr. SILVERSTEIN, I., *Contratación del director...*, cit., p. 16.

⁶⁰⁰ En tales casos el mismo podrá estar presente, aunque no se lo compute para el quórum. En sentido similar, aunque sin referirse concretamente al caso, véase VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 282; SILVERSTEIN, I., *Contratación del director...*, cit., p. 40, aunque sin distinguir en los casos en que el directorio tratara a su vez otros temas.

la falta de sindicatura⁶⁰¹, correspondería convocar a asamblea ordinaria de accionistas para el tratamiento de la cuestión⁶⁰². De éstas operaciones se debe dar cuenta a la asamblea –ordinaria⁶⁰³– para su aprobación⁶⁰⁴.

Si el órgano de gobierno desaprobara la contratación previamente aprobada por los administradores o la sindicatura, éstos serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad, y sin que ello importe –en principio– la nulidad de tales contratos, los que continuarán siendo válidos⁶⁰⁵. También pudiera suceder que, aún aprobando la asamblea dichas contrataciones, éstas sean posteriormente invalidadas por los tribunales en razón de la petición de nulidad efectuada por legitimados disconformes⁶⁰⁶. Ello importaría no sólo la responsabilidad de administradores y síndicos, sino inclusive la de

⁶⁰¹ LSC, art. 234 inc. 1°.

⁶⁰² Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 360.

⁶⁰³ La ley no refiere el tipo de asamblea que debe de entender respecto de estas contrataciones, por lo que nos inclinamos –en razón de la materia– a su tratamiento por ordinaria. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 282. En igual sentido, aunque derivado del art. 65-1° inc. j) de la ley 22.903, AGUINIS, A., “El directorio y su reforma...”, cit., p. 632.

⁶⁰⁴ Ley de Sociedades Comerciales Uruguay 16.060, arts. 84 y 383.

⁶⁰⁵ La operación realizada sin la aprobación posterior de la asamblea, pero en los términos del párr. 2° art. 271 LSC, es válida. Ello no obsta a que asuman los directores que la aprobaron, o la sindicatura que la conformara, responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que ocasionaran. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 283.

⁶⁰⁶ La Ley de Sociedades Comerciales belga de 1935 (modificada en 1973 y 1991) prevé en su art. 60 la existencia de conflicto de intereses entre el administrador y el ente, aunque no como causa de impugnación del acuerdo lesivo, sino como supuesto de responsabilidad de aquel (art. 62). Dicha norma impone al director poner en conocimiento de sus pares tal extremo, y abstenerse de participar en la resolución, la que será posteriormente sometida a la apreciación de la asamblea, sin que ello importe la nulidad del acuerdo o del negocio a través de éste plasmado.

los accionistas que hubieran votado favorablemente la aprobación del contrato a la postre invalidado (artículo 254 LSC).

Sólo los contratos celebrados entre uno o más administradores y la sociedad que estos administran, por fuera de las condiciones de mercado y sin la aprobación del directorio o la sindicatura pueden ser declarados nulos, siempre y cuando una asamblea posterior no los ratificara (artículo 271 LSC)⁶⁰⁷. Hasta su tratamiento, serán impugnables, no obstante producir todos sus efectos. Encontrándose tal sanción de nulidad contenida en una norma imperativa –por tanto no de orden público–, destinada a la protección de derechos e intereses individuales, su violación no acarrea una nulidad absoluta, pudiendo la parte perjudicada confirmar el acto (artículo 1058 Código Civil)⁶⁰⁸, renunciar o transar sobre el derecho vulnerado, siempre antes de que expire el plazo de caducidad que fija el artículo 251 LSC⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Nuevamente –véase actividad en competencia–, y atento el silencio de la LS, nos inclinamos por la competencia de la asamblea ordinaria, en razón de tratarse de un –negocio– vinculado con los administradores, y con relación directa con balances y estados contables. En contra, LÓPEZ TILLI, A, *Las asambleas...*, cit., p. 258.

⁶⁰⁸ Tratándose de actos celebrados sin la autorización del directorio o de la sindicatura, “la ley no califica la nulidad por lo que ella se inserta en el régimen general de las nulidades que establece el sistema jurídico. Si el acto puede ser ratificado por un órgano diferente al que realiza el acto jurídico, evidentemente la ley considera que no hay orden público afectado, sino que lo directamente relacionado son los intereses de los accionistas a quienes la ley les concede la posibilidad de revisar el acto con las consecuencias apuntadas”. AQUARONE, MARÍA, “Contratación del director con la sociedad”, LL 1984-C, p. 1002.

⁶⁰⁹ En similar sentido la ley francesa, aunque respecto de la conveniencia de otorgar restringidas posibilidades de anular acuerdos aprobados por el directorio –básicamente en casos de fraude–, véase RIPERT, G. y ROBLOT, R., *Traité de droit commercial...*, cit., p. 1219, n° 1650. Por la nulidad subsanable, y atento haber suprimido la ley 22.903 el carácter de ‘absoluta’ que consagraba el anterior art. 271 LS, véase SILVERSTEIN, I., *Contratación del director...*, cit., pp. 68 y 69. En contra de

El acto anulado, aunque no produzca los efectos previstos por las partes, produce sin embargo aquellos de los actos ilícitos o de los hechos en general cuyas consecuencias deben ser reparadas⁶¹⁰. Este resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la nulidad del acto no importan una sanción, sino que tiene –en términos generales– una condición autónoma no obstante acompañar aquella, por lo que se requiere la existencia de un daño por culpa o dolo de quien realizó el acto⁶¹¹. Ello obliga a las partes, cuando hubiera existido principio de ejecución, a restituirse mutuamente lo recibido o percibido. Si el acto fuera bilateral y las obligaciones consistiesen en la entrega de sumas de dinero –o en cosas productivas de frutos– no se restituirán respectivamente intereses –o frutos– sino desde el día de la demanda de nulidad, compensándose los percibidos previamente⁶¹².

4.3.3. Restricciones a la facultad de representación

Directamente relacionado con la prohibición del artículo 271 LSC, la ley impide al director –al igual que al síndico⁶¹³, integrantes del consejo de vigilancia, gerentes y empleados de la sociedad– representar a los accionistas en las asambleas⁶¹⁴. La previsión se

la posición que aquí se sostiene, véase NISSEN, R., para quien la nulidad del acto se produciría por la manifiesta inhabilidad insubsanable del agente, por tanto inconfirmable (*Ley de sociedades...*, t. 4, p. 362).

⁶¹⁰ Código Civil, art. 1056.

⁶¹¹ Cfr. BELLUSCIO, AUGUSTO y otros, *Código civil y leyes complementarias*, t. 4, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 742.

⁶¹² Código Civil, arts. 1052 y 1053.

⁶¹³ La disposición ya se hallaba consagrada en el art. 355 del Código de Comercio, si bien omitiendo a los síndicos, a los que la doctrina y jurisprudencia se inclinaban por incluir.

⁶¹⁴ LSC, art. 239.

funda en la incompatibilidad entre las funciones del director y su eventual representación asamblearia del accionista –los socios pueden discutir su actuación o cuestiones conexas–, lo que vulnera conceptos elementales de ética y corrección⁶¹⁵, al tiempo que resultaría contradictorio que el derecho que no tienen por sí pudieran ejercitarlo como mandatarios de terceros (artículo 241 LSC)⁶¹⁶. No obstante, esta prohibición no alcanza la representación cuando la misma fuera legal –no convencional–, tal el caso de la ejercida a favor de menores o incapaces⁶¹⁷.

4.3.4. Deber de asistir a asamblea, de informarse e investigar, de vigilar y de guardar secreto

Los directores –al igual que los síndicos y gerentes generales– tienen derecho y obligación de asistir con voz a todas las asambleas, por lo que su ausencia importa la violación de sus deberes (artículo 240 LSC)⁶¹⁸. Sólo tienen voto en la medida que les corresponda como accionistas; empero, no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión, ni en las cuestiones atinentes a su responsabilidad y remoción con causa⁶¹⁹, aunque sí pueden expedirse sobre la aprobación de los estados contables⁶²⁰. Las acciones de propiedad del director –miembro del consejo de

⁶¹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., p. 542.

⁶¹⁶ Cfr. SIBURU, J, *Comentario del código...*, cit., t. 5, p. 183; GARO, F., *Sociedades anónimas*, cit., t. II, p. 28.

⁶¹⁷ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., pp. 577 y 580.

⁶¹⁸ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 781.

⁶¹⁹ LSC, art. 241.

⁶²⁰ Lo que les estaba prohibido antes de la reforma de la LSC por ley 22.903, y que chocaba contra una realidad que mostraba mayormente sociedades de familia en las que la calidad de director y de accionista mayoritario se superponían, dificultando su tratamiento.

vigilancia y gerente general— sí se computan a los efectos del quórum⁶²¹. También cabe a los administradores el deber de informarse e investigar según los alcances del caso, con lo que no se requiere un análisis similar para decidir una contratación de importancia que para la selección de un ordenanza —si tal tarea fuera de su incumbencia—.

Conexo con esto, el deber de vigilancia —de control⁶²²— que se encuentra implícito en el artículo 274 in fine LSC, les impone la obligación de denunciar el mal desempeño de sus colegas en las funciones que les son propias. No se trata sólo de deslindar su responsabilidad (rompiendo la solidaridad impuesta en cuanto órgano) sino del cumplimiento del principal objetivo anejo a su deber de administrador, y que es desempeñarse dentro de los límites sociales en procura del interés social. Como deber no previsto explícitamente en la LSC, la doctrina agrega el de guardar secreto, de aplicación lógica a poco que se repare en el acceso directo a datos e información comercial y contable con que cuenta el administrador, y las consecuencias que su utilización por terceros pudiera acarrear al ente⁶²³.

⁶²¹ “La inhabilidad para votar no supone la de intervenir y discutir en la deliberación; cuando en infracción a la prohibición aún subsiste mayor cantidad de votos aprobatorios que denegatorios, la nulidad es de los votos viciados, no de la votación; cuando la asamblea se constituye con los inhabilitados como accionistas únicos debiera prevalecer la necesidad de un pronunciamiento respecto de los temas implicados, por encima de la prohibición del art. 241, totalmente inoperante en la sociedad anónima de familia.” VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 783; VERÓN, A. y ZUNINO, J., *Reformas al régimen de la ley...*, cit., p. 388.

⁶²² Cfr. DE JUGLART, MICHEL Y IPPOLITO, BENJAMÍN, *Cours de droit commercial, les sociétés commerciales*, t. 2, Montchrestien, Paris, 1988, p. 513.

⁶²³ Tal es su importancia que ordenamientos como el español imponen el deber de guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial que en razón del desempeño del cargo los administradores obtuvieran, aún después de cesar en sus funciones (art. 232 LSC de 2010).

4.4. ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: LA CULPA DEL ADMINISTRADOR

A partir de la necesaria actuación conjunta de los integrantes del órgano de administración para que una decisión imputable al ente sea alcanzada, la LSC presume la culpa colectiva de todos quienes han concurrido a su realización⁶²⁴. Dicha presunción sólo podrá desvirtuarse a través del mecanismo tarifado por el artículo 274 LSC. Ello no importa que no deba acreditarse la existencia de culpa, sino que, probada la del órgano, no es necesario acreditar además la de cada administrador⁶²⁵.

No es correcto ver, entonces, solidaridad en el nacimiento de la responsabilidad, sino sólo presunción de culpa colectiva. Esta responsabilidad, además de solidaria, es ilimitada⁶²⁶: no se halla circunscripta a la garantía que debe constituir todo director⁶²⁷, sino que éstos responden con todo su patrimonio personal por el perjuicio causado⁶²⁸. Por tal motivo, su violación al deber de conservar el activo social –lo que ocasiona una evidente disminución de la

⁶²⁴ Cfr. LOJENDIO, OSBORNE I., “Los administradores ...”, p. 297.

⁶²⁵ Cfr. DÍAZ ECHEGARAY, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 332 y 333.

⁶²⁶ Art. 274.

⁶²⁷ Cfr. SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *El órgano de administración*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 526; VILLEGAS, C., *Derecho de las sociedades...*, cit., p. 441.

⁶²⁸ Cfr. MASCHERONI, F. y MUGUILLO, R., *Régimen jurídico...*, cit., p. 119. Producto de esta ilimitación, el primero de los autores señala que la garantía resulta tanto inútil como prescindible. Cfr. MASCHERONI, F., *El directorio en...*, cit., p. 30. En contra de tal criterio, y dentro la proliferación de directores insolventes, la Res. Gral 20/2004 (art. 2 inc. 3) de la IGJ impuso la constitución de una garantía mínima de \$10.000 por cada integrante del órgano.

responsabilidad patrimonial del ente— impone a los administradores en forma personal la obligación de satisfacer —de su propio peculio— los importes del daño que ocasionen⁶²⁹.

4.4.1. Solidaridad y culpa

La LSC establece expresamente que la responsabilidad de los directores hacia la sociedad, accionistas y terceros⁶³⁰, por daños derivados del mal desempeño de su cargo o de la violación de la ley, estatuto o reglamento, es solidaria (artículos 59 y 274 LSC⁶³¹). Esta

⁶²⁹ CNCom. Sala D, septiembre 10-992, re “Phonothone CO. S.R.L. s. quiebra s. responsabilidad de terceros”, LL 1993-B, p. 279.

⁶³⁰ Se ha señalado que en la actualidad los administradores ya no responden principalmente frente a los accionistas, sino también ante los terceros y el interés público, con un paulatino aumento de sus responsabilidades, según los distintos ordenamientos, frente a la comunidad en general. Cfr. ARECHA, MARTIN y GARCÍA CUERVA, HÉCTOR, *Sociedades comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*, Depalma, 2ª edición, Buenos Aires, 1983, p. 398.

⁶³¹ Idem arts. 164 y 321 Código de Comercio Boliviano de 1977; art. 14.2 propuesta de Quinta Directiva de la CEE; art. 200 Código Comercio Colombiano —modificado por ley 222 (art. 24) de 1995; art. 237 LSC española de 2010; art. 2392 Código Civil italiano de 1942; en México la solidaridad se deriva de la aplicación de los arts. 158 y 157 de la LGSM— BARRERA GRAF, JORGE, *Instituciones de derecho mercantil*, 7ª reimpresión, Porrúa, México, 2008, p. 590-; arts. 974 y 1111 del Código Civil paraguayo de 1985; art. 177 de la Ley General de Sociedades peruana de 1998; art. 391 LSC uruguayo. Términos similares son empleados en el derecho francés —art. L. 244 al. 1—, aunque en este último caso la doctrina aclara que sería más exacto hablar de condenar a los administradores in solidum, esto es, al pago por cada uno de ellos de la totalidad del daño, pero sin los efectos secundarios de la solidaridad (representación recíproca de codeudores). Cfr. JUGLART, M. y IPPOLITO, B., *Traité de droit commercial...*, cit., p. 507. El ordenamiento francés otorga, a diferencia del argentino, mayores posibilidades a los administradores de romper tal solidaridad —cfr. GUYENOT, JEAN, *Curso de derecho comercial*, vol. I, E.J.E.A., Buenos Aires, 1975, p. 595—, habiéndose incluso sostenido que el frecuente desacuerdo con las decisiones del órgano pudiera ser indicativo de la oposición con

solidaridad que se manifiesta en una responsabilidad personal e individual de cada uno de los sujetos que integran el órgano de administración respecto del importe total del perjuicio ocasionado a la sociedad, cumple una función de garantía o de refuerzo de los derechos del acreedor, con el fin de facilitarle que pueda reparar el perjuicio sufrido por una actuación que se presume conjunta⁶³².

Su fundamento deviene de la imposición legal a los directores, como bloque⁶³³, de una serie de deberes comunes concentrados en el órgano que integran. Téngase presente que toda acción –u omisión⁶³⁴– dañosa imputable debió necesariamente ser precedida por una decisión orgánicamente adoptada, derivada del hacer –o no hacer– de sus integrantes. De allí que la responsabilidad de los administradores individualmente considerados proviene de sus actos⁶³⁵, esto es, de su participación activa en la formación de la

la decisión dañosa, aunque esta –la oposición– no hubiera sido expresamente manifestada –cfr. MERLE, P., *Droit. commercial...*, cit., n° 459, p. 499–.

⁶³² Cfr. CALBACHO LOSADA, FERNANDO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 498.

⁶³³ Cfr. LOJENDIO OSBORNE, I., “Los administradores...”, cit., p. 297.

⁶³⁴ Si la conducta del administrador se tradujera en un abandono de sus funciones (suspensión de una contabilidad legal o deficiente redacción, falta de reunión de administradores y convocatoria a los socios), el ente se vería envuelto en un estado de indefinición jurídica que resultaría ser el nexo entre la actuación –en realidad, la no actuación– de los directores y el daño a la sociedad y terceros por el que aquellos deben responder. Cfr. CNCom. Sala D, febrero 25-993, re “Loschi Aldo c. Channel One y otros s. Sumario”, Errepar DSE T. V, p. 604. En comentario al fallo citado, CURA agrega que siquiera la evidente falta de actividad de una sociedad obsta que el accionista pueda exigir la información que legalmente los órganos sociales deben producir, o que estos funcionen de acuerdo a la ley y el estatuto. Cfr. CURA, JOSÉ, “Remoción de directores y acción de responsabilidad”, Errepar DSE T. V, p. 590.

⁶³⁵ Cfr. GARRIGUES, JOAQUÍN Y URÍA, RODRIGO, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, t. II, 3ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 170. Señalan estos

voluntad social, o de su conducta omisiva que ratificara aquella⁶³⁶ – sin perjuicio de la posterior distinción de la propia acción dañosa no impedida⁶³⁷–.

Es por ello que la solidaridad legal del integrante del órgano de administración no puede ser considerada como una responsabilidad objetiva y sin culpa derivada de hecho ajeno: esta es siempre por hecho propio (no exorbitante del límite de las propias atribuciones) y culpa propia⁶³⁸. La obligación existe –y subsiste–

autores que “por lo general, encontramos en las leyes la declaración de que los administradores de la sociedad anónima responden solidariamente (C. de C. Alemán, art. 241; C. C. italiano de 1942, art. 2392; ley alemana, art. 84, etc.). La razón de ser de esta responsabilidad solidaria está en que la ley impone a todos los administradores como conjunto una serie de deberes (deberes colectivos), los cuales se concentran en el Consejo de Administración; por lo que parece justo que todas las personas que lo integran sean responsables de sus acuerdos”.

⁶³⁶ Si bien una primera lectura de la LSC pudiera llevarnos a considerar que sólo la acción culposa genera responsabilidad, la omisión en el cumplimiento de los deberes también debe considerarse como conducta análoga. En igual sentido, aunque en comentario al ordenamiento español, cfr. MAGRO SERVET, VICENTE, “La responsabilidad civil de los administradores de Sociedades. Especial referencia a la prescripción de la acción para exigirles responsabilidad civil”, en *Revista de Actualidad Civil* n° 48, LXXVII, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2000, p. 1629.

⁶³⁷ Es que aunque la responsabilidad se atribuya solidariamente a todos, cada administrador podrá exculparse mediante el mecanismo previsto en el último párrafo del art. 274 LS. De allí que a) no hay solidaridad en el nacimiento de la responsabilidad, sino presunción de culpa colectiva; b) ni la solidaridad puede significar imposibilidad de individualización de culpa, sino que la solidaridad se refiere al resarcimiento del daño por los administradores que sean responsables – culpables por acción u omisión– de los perjuicios irrogados a la sociedad. Cfr. POLO, EDUARDO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1992, pp. 300 y 301.

⁶³⁸ “La actitud de los directores no puede ser meramente pasiva, no son una figura decorativa de la sociedad sino un órgano de la misma y no existe la

respecto del administrador individualmente considerado sólo cuando éste se encuentre en falta, ya fuera por la comisión de un acto ilegítimo, o bien por no haberlo prevenido con una diligente vigilancia, por lo que sin culpa no hay solidaridad⁶³⁹.

Ahora bien, siendo que la culpa recae sobre todos los miembros del órgano, en razón de que estos han concurrido a la realización del

posibilidad de excluir su responsabilidad sin una actividad positiva al hacer constar su disidencia por escrito y efectuar la pertinente denuncia al síndico (art. 273 3º párrafo LSC). Las excusas esgrimidas por la totalidad de los directores demandados acerca de su desconocimiento de la existencia de documentación que no cumplía con las formalidades necesarias, o que desconocían el destino de los fondos obtenidos, resulta altamente demostrativo del incumplimiento de sus funciones y llevan a la conclusión (art. 386 CPCC) de que los mismos han actuado en contravención con lo dispuesto por el art. 59 LSC y que son responsables solidariamente con el presidente del directorio a quien se lo condenó al resarcimiento”. CNCCom. Sala E, 21/03/2000, re “Crear Crédito Arg. c. Campos, Antonio y otros”, LL 12/09/00.

⁶³⁹ Cfr. BONELLI, F., *La responsabilità degli...*, pp. 111 a 115. Siguiendo el ordenamiento italiano –y que en gran medida ha influido sobre el nacional–, BONELLI sostiene que no puede hablarse de responsabilidad objetiva del administrador sino de subjetiva –derivada de una conducta culposa–, dado que: a) el art. 2392 Cód. Civil italiano [anterior y actual]– no refiere a un mero incumplimiento (objetivo) de las obligaciones del administrador, sino a uno imputable a su propia falta de diligencia (no del órgano); b) la posibilidad que la propia ley otorga al administrador de evitar su responsabilidad si sigue las vías para eximirse de culpa; c) si la ley prevé como regla general que el administrador debe obrar con diligencia, se está procurando evitar la conducta contraria –el obrar negligente–, por lo que no parecería coherente trabajar sobre responsabilidades objetivas; d) las acciones de responsabilidad contra los administradores refieren mayormente a la procura por parte de estos de evitar (o procurar evitar) violaciones a sus deberes, lo que importa un sistema de responsabilidad por culpa, y no un sistema objetivo. No obstante, el derecho español contempla supuestos de responsabilidad objetiva sin culpa, automática y *ope legis*, en el caso particular del administrador cuando el órgano que integra omite convocar a Junta General para que esta adopte el acuerdo de disolución del ente de darse alguna de las causales de ley. Cfr. Sentencia del 14.6.00 (sección 5º, Valencia) transcrita en la Revista General de Derecho, Valencia, enero-febrero 2001, año LVII, nº 676-677, Valencia, p. 1639.

acto o acuerdo lesivo, bastará al reclamante –según se apuntará– probar la existencia del daño y su conexión con aquel, sin necesidad de acreditar la culpa de cada uno de sus miembros, extremo que por otra parte la ley no impone. Esto simplifica a la sociedad el ejercicio de la acción social de responsabilidad, evitándole la acreditación de una culpa (de cada uno de los integrantes del órgano) muchas veces vinculada a documentación u otros medios en poder de los demandados.

Ello no importa una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que quien ejercita la acción no tenga que probar la existencia de culpa, sino que, acreditada la del órgano de administración en su conjunto, la de cada administrador se presupone⁶⁴⁰, y corresponde a éstos desvirtuarla (según los mecanismos del artículo 274 LSC). En concordancia, la jurisprudencia francesa ha resuelto que la víctima no necesita probar, como en el derecho común, la existencia de una falta en la conducta de cada director y su nexo causal con su lesión, creándose una presunción de culpa a cargo de cada uno de estos, incluso de quienes se hubieran abstenido en la toma de la decisión⁶⁴¹.

Siendo que la obligación debida es de medios, el “incumplimiento consiste en la culpa del deudor”, esto es, “en la omisión de las diligencias debidas, que es a lo único que se obligó⁶⁴²”.

⁶⁴⁰ Cfr. DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Montecorvo, Madrid, 1995, p. 333; Responsabilidad de los Administradores. Levantamiento del Velo, dossier práctico Francis Lefebvre, ediciones Lefebvre, Madrid, 1998, p. 35; URIBE LOZADA N., *El régimen general de responsabilidad...*, cit., n° 7.3. p. 168.

⁶⁴¹ Caso “Crédit. Martiniquais”, cfr. MERLE, P., *Droit commercial...*, cit., n° 459, pp. 498 y 499.

⁶⁴² Cfr. LLAMBIAS, J., *Código civil*, cit., t. II A, p. 117.

Algunos autores sostienen que la solidaridad sólo corresponde cuando el acto causante de la responsabilidad es precedido de su pertinente resolución convalidante, adoptada en reunión por el directorio⁶⁴³. De allí que, si no existiera ésta, resultaría injusto responsabilizar solidariamente a los directores ignorantes por lo hecho por sus colegas. Por nuestra parte, y siendo que el acto será atribuible al ente cuando hubiere sido orgánicamente adoptado o, (en su defecto, consentido), producidos sus efectos sólo cabrá atribuir responsabilidad –o su eximición– en los términos del artículo 274 LSC. Es sobre los administradores y por expresa imposición legal que recae la carga de probar que han cumplido con su deber personal de diligencia⁶⁴⁴, o que habiendo participado de la deliberación o resolución (o conociéndola), dejaron constancia escrita de su protesta dando noticia al síndico antes de que su responsabilidad fuera denunciada.

Derivado de la culpa que se infiere de la sola falta de control por parte del administrador –conducta omisiva–, podemos entonces colegir que la ley no ve con agrado –de hecho castiga– a los llamados directores de asiento⁶⁴⁵. Estos limitan su participación a completar

⁶⁴³ Respecto de la ley uruguaya y la argentina. Cfr. MEZZERA ALVAREZ, RODOLFO y RIPPE, SIEGBERT, *Curso de derecho comercial*, t. II vol. 2, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 100.

⁶⁴⁴ Cfr. HURTADO COBLES, JOSÉ, *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Atelier, Barcelona, 1998, p. 32.

⁶⁴⁵ Es que, si los integrantes del órgano han tolerado que el presidente mal administre los bienes sociales, o permitido que el mismo no ejecute las disposiciones mayoritariamente adoptadas, todos aquellos están incumpliendo con las obligaciones a su cargo, alcanzándolos la responsabilidad por mal desempeño referida en el artículo 274 LSC. Cfr. GARCÍA TEJERA, NORBERTO JULIO, “Deberes de conducta de los directores de S.A. Tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inc. 1º del art. 299”, en *El directorio en las sociedades anónimas, homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 199, p. 39.

determinado número de administradores impuesto por el estatuto, o bien a –supuestamente– prestigiar al ente figurando en su plantilla, y, en el mayor de los casos, engañando así al accionista inversor y a los terceros con sus –también supuestos– roles de directores. La sanción luce entonces en concordancia con lo postulados generales de a LSC. Ello, a su vez, se adecúa al carácter colegiado del órgano, y que impone a sus integrantes –para el caso– una actividad permanente, continua y coordinada en la gestión social⁶⁴⁶.

Es que la voluntad social se expresa a través de sus órganos, los que “sólo cobran vida, actúan y deciden por medio de la acción de sus integrantes. Voluntades diversas de seres concretos se transforman en la voluntad única de un ente ideal”⁶⁴⁷. De allí que, ya fuere por comisión del hecho dañoso, o por omisión de la conducta contraria que lo neutralizara –o bien la mera manifestación de su oposición si esto último no fuera posible–, todos los administradores habrán de responder por su negligencia⁶⁴⁸, y en razón de la

⁶⁴⁶ Cfr. NISSEN R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 373. Si bien la actividad del directorio es considerada legalmente como la síntesis de las actividades de sus miembros integrantes (cfr. ALLENDE, LISANDRO, “Administradores de hecho”, cit., p. 280), empero, no dejan de sonar razonables opiniones como las de Rivarola, para quien –comentando el art. 353 del viejo Código de Comercio– “el principio de solidaridad entre los administradores no es, como a primera vista parece, de una justicia estricta. Como muy bien lo observaran Lyon –Caen y Renault, los directores no se eligen entre sí, de manera que no hay una razón clara para que los actos de algunos de ellos comprometan la responsabilidad solidaria de todos los demás”. RIVAROLA, MARIO, *Sociedades anónimas*, La Facultad, Buenos Aires, 1935, p. 293; ODRIÓZOLA, CARLOS, “¿Reforma del régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una adecuada interpretación”, LL 1982-B, p. 711. No obstante, tales razones no parecen alcanzar para conmovir la premisa sobre lo que se normara: cabe en estos supuestos responsabilidad por la propia omisión más que por la acción de terceros.

⁶⁴⁷ RANGUGNI, D., “Algunos aspectos de la responsabilidad...”, cit., p. 120.

⁶⁴⁸ Cfr. RANGUGNI, D., “Algunos aspectos de la responsabilidad...”, cit., p. 125, para quien “aún cuando se impute una conducta concreta a uno o varios

presunción de participación conjunta en el hecho culposo invocado⁶⁴⁹.

Frente a la omisión en el cumplimiento de los deberes que le exige la naturaleza de su cargo, cabrá reputar como culposa la conducta del administrador⁶⁵⁰, y comprendida en el artículo 512 del Código Civil por obviar aquellas previsiones debidas en razón de las personas, tiempo y lugar. Esta culpa se acrecienta por la desatención del deber de diligencia en más impuesto por el artículo 902 del Código Civil⁶⁵¹. Se trata de una culpa exenta de intención de dañar basada en la omisión de conducta, y cuya apreciación sólo corresponde al magistrado⁶⁵².

administradores, al mismo tiempo se estará atribuyendo al resto de los integrantes del mismo órgano, culpa por no hacer aquello a que estaban obligados por su función: percibir el negligente accionar y obrar para impedirlo. La invocación de ignorancia acerca de los acontecimientos, en vez de justificar, agrava la negligencia”.

⁶⁴⁹ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 500. De existir falta de control por parte de algunos administradores sobre los actos de gestión de quienes efectivamente lo ejercitan –otros coadministradores–, resulta evidente la negligencia de aquellos, quienes quedarán alcanzados por las disposiciones del art. 274 LS por inconducta manifiesta en la omisión de vigilancia de los actos ejecutados por los demás directores. Cfr. GARCÍA TEJERA, NORBERTO, “Deberes de conducta de los directores de S.A. tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inc. 1º del art. 299”, en *El directorio en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 40; Cfr. URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER, “S.A. Órganos sociales ...”, cit., p. 915.

⁶⁵⁰ Si no encubriera un obrar doloso.

⁶⁵¹ CNCom. Sala B, septiembre 15-995, re “Freiberg de Wainstein Elena B. c. Rogoznicki Benjamín”, LL 1996-B, p. 127; remisión: apartado II.a.

⁶⁵² En el comentario al Código Civil –art. 512–, VÉLEZ transcribe (como nota a ZACHARIE), que “la teoría de la prestación de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levísima. Sin duda hay culpas, que por razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto a las obligaciones especiales que le son

Si la obligación deficientemente prestada –u omitida– tuviera un contenido específico, precisamente determinado en la ley, el estatuto o el reglamento –por ejemplo, forma y requisitos del balance de ejercicio y de los libros y registros sociales–, quienes reclaman contra los administradores sólo deberán demostrar que éstos no han tenido el comportamiento normativamente impuesto⁶⁵³, correspondiendo al director la carga de probar que no ha incurrido en culpa⁶⁵⁴.

La LSC resuelve así la dificultad que se presenta en cuanto a la imputación de conductas cuando existe pluralidad de personas,

impuestas, son más graves o más ligeras las unas que las otras; pero no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve o como culpa levísima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce. Donde no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa. Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios e igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la importancia y existencia de las culpas, y entonces las divisiones teóricas son más bien un embarazo que un socorro. La sola ley es la conciencia del juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones, el Código toma por término de comparación de los cuidados que incumben al que esta obligado a velar por la conservación de una cosa, la diligencia de un buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificación que excluye los términos de los artículos, cuando no hay un tipo conocido, al cual pueda referirse y medir por él las diligencias que hace un buen padre de familia. El artículo del Código se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargada de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta.”

⁶⁵³ Cfr. BONELLI, F., *La responsabilità degli...*, cit., p. 4.

⁶⁵⁴ Cfr. VELASCO GAUDENCIO, ESTEBAN, en *Revista de Sociedades*, año IV, n° 7, Aranzadi, Navarra, 1996, p. 351.

proclamando la presunción de culpa de todos ellos, y de la que sólo se exoneran del modo que la propia LSC prevé. Cuando la imputación versa sobre eventuales incumplimientos a obligaciones indeterminadas –como las gestorías y las de contenido empresarial–, o con aquellas actuaciones que sin suponer una violación directa de la ley, el estatuto o el reglamento, son productoras de un daño, no parece razonable cargar la obligación de probar la culpa a quien ejercite la acción⁶⁵⁵.

La solidaridad a la que recurrentemente refiere la LSC⁶⁵⁶, no es otra que aquella prescripta en el Libro II, Sección I, Título XIV del Código Civil, producto de la cual resultará:

- i) la existencia de una pluralidad de deudores (pasiva), de acreedores (activa) o de ambos⁶⁵⁷; ii) unidad de prestación (ya fuere esta divisible o indivisible), iii) y unidad de causa fuente.

Así, la causa de la obligación contraída por los integrantes del directorio es única: el hecho dañoso a estos imputado, producto de la resolución orgánicamente adoptada. Siendo toda solidaridad de carácter excepcional, la misma debe ser expresamente establecida

⁶⁵⁵ Cfr. POLO, EDUARDO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1992, pp. 294 y 295.

⁶⁵⁶ Entre otros, ver los arts. 18, 19, 20, 23, 29, 32, 34, 54, 59, 75, 78, 82, 99, 105, 108, 121, 125, 126, 164, 137, 141, 142, 147, 150, 157, 195, 200 LSC.

⁶⁵⁷ Es la solidaridad pasiva aquella que mayormente se considerará al estudiar las acciones de responsabilidad. Ésta, que es la forma más frecuente de la solidaridad, tiene por objeto asegurar al acreedor el pago, poniéndolo a cubierto contra la posible insolvencia de alguno de los deudores. Importa, por tanto, una garantía personal que tiene, además, para el acreedor, la ventaja de que en caso de incumplimiento no se verá obligado a intentar tantos juicios como deudores haya (como tendría que hacerlo si la obligación fuera simplemente mancomunada). Le bastará con demandar a uno de ellos por el total. Cfr. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil...*, cit., t. I, p. 473.

por voluntad de las partes o por ley, tal el caso de la LSC que aquí nos ocupa⁶⁵⁸.

En función de esta misma, el acreedor se encuentra legitimado para solicitar el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de sus deudores⁶⁵⁹, lo que aumenta las posibilidades de pago, y erige a la solidaridad como el medio más perfecto de garantía personal⁶⁶⁰. Bastará que el ente acredite la existencia de un daño originado por la actuación del órgano de administración, sin que sea necesario determinar cuál o cuáles de sus miembros resultan responsables en orden al resarcimiento del perjuicio⁶⁶¹. La estructura de la obligación solidaria hace surgir un frente común de acreedores o deudores, en el que cada individuo puede comportarse como un acreedor o deudor singular con respecto a la totalidad del objeto⁶⁶².

Como efectos de la solidaridad pasiva que aquí tratamos, pueden señalarse⁶⁶³:

- i.-) cuando el acreedor demanda a uno sólo de los deudores, agota con ello su derecho a requerir el cobro a los demás, salvo que el demandado resulte insolvente. El acreedor puede elegir a quien demandar, pero si elige a uno de los deudores y lo

⁶⁵⁸ Código Civil, art. 701; LS, arts. 59 y 274.

⁶⁵⁹ Código Civil, art. 705.

⁶⁶⁰ Cfr. BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 544.

⁶⁶¹ Cfr. CADENA ESCUER, ALBERTO, "Responsabilidad de los Administradores en el ámbito mercantil. Acciones civiles, sociales e individuales", en *Obligaciones y responsabilidades de directivos y administradores*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996, p. 31.

⁶⁶² Cfr. LLAMBIAS, J., *Código civil*, cit., t. II-A, p. 507.

⁶⁶³ Cfr. AMEAL, OSCAR, en *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 3, de BELLUSCIO, AUGUSTO y otros, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 324.

demanda judicialmente, con eso cesa la facultad de reclamar a los demás deudores (mientras el primero no resulte insolvente, artículo 705, 3º Código Civil)⁶⁶⁴. Asimismo, si el actor no dirige la demanda contra todos los administradores, ello no supone que los efectivamente demandados puedan alegar la excepción de litis consorcio pasivo necesario, dado que tal excepción procesal resulta incompatible con la existencia de una obligación de carácter solidario, por cuanto es facultad del accionista seleccionar a todos o algunos de sus deudores para formular el reclamo⁶⁶⁵; ii.-) la constitución en mora de uno de los deudores solidarios, propaga sus efectos a los demás (artículos 710 y 714 Código Civil); iii.-) la responsabilidad solidaria no se afecta porque la conducta de unos sea culposa y la de otros sea dolosa: la ley afirma sin distinción⁶⁶⁶; iv.-) la interrupción de la prescripción operada respecto de uno de los deudores extiende sus efectos a los demás (artículos 713 y 3994 Código Civil); v.-) la cosa juzgada derivada de la sentencia recaída en juicio entre el acreedor común y uno de los deudores, no es oponible por aquel a los restantes codeudores que no participaron en el pleito, pero estos la pueden invocar contra el sujeto activo (artículo 715 Código Civil).

Lo expuesto no obsta que aquel o aquellos administradores que hubieran satisfecho una eventual indemnización judicial puedan, posteriormente, ejercer acción de regreso contra el resto de los coadministradores, supuesto en el cual cada administrador

⁶⁶⁴ Cfr. LLAMBÍAS, J., *Código civil*, cit., t. II-A, p. 524; BORDA, G., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. I, p. 478.

⁶⁶⁵ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad...*, cit., p. 527.

⁶⁶⁶ Cfr. HALPERÍN, I., *Curso de...*, cit., vol. II, p. 330; id. *Sociedades anónimas*, cit., p. 454.

responderá mancomunadamente. Ello se debe a que entre ellos la responsabilidad no es solidaria, y nada impide que se reparta en proporción con la gravedad de sus respectivas culpas y de las consecuencias que de estas se deriven; ante la duda, las culpas –de cada uno– se presumirán iguales, equiparándose las porciones de daño indemnizables atribuibles⁶⁶⁷. Más allá de lo hasta aquí referido, la regla de la responsabilidad solidaria impuesta a los integrantes del órgano se rompe en los supuestos de existencia de asignación de funciones debidamente inscriptas ante el Registro Público de Comercio (artículo 274 LSC).

4.4.2. Desconocimiento, oposición y delegación como eximente de responsabilidad

Según se dijera, la responsabilidad de los administradores se basa en la culpa –presumida– en atención al principio de inmediatividad de los medios que tienen los administradores demandados⁶⁶⁸. Basta al reclamante con acreditar la producción de un daño, y su conexión con el acto del órgano de administración. Cabe agregar que la mera ausencia del director –su desconocimiento– no basta para acreditar el desconocimiento de lo tratado⁶⁶⁹ (criterio que sí contemplaba el anteproyecto de

⁶⁶⁷ Cfr. BONELLI, F., *La responsabilità degli...*, p. 121.

⁶⁶⁸ Cfr. VICENT CHULIÁ, FERNANDO, *Introducción al derecho mercantil*, 13ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 316; MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., p. 1632.

⁶⁶⁹ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad...*, cit., pp. 538 y 539.

MALAGARRIGA y AZTIRIA en su artículo 328, antecedente directo de la LSC⁶⁷⁰).

De hecho, la inasistencia (y aún el desconocimiento de los negocios sociales) pudiera obedecer a una injustificada actitud absentista de los administradores, y aunque la LSC nada dice sobre la justificación de la incomparecencia, sigue pesando sobre éstos la obligación de desempeñar sus cargos con la diligencia del buen hombre de negocios (artículo 59 LSC) y que les impone interesarse por las reuniones del órgano al que pertenecen⁶⁷¹, especialmente cuando se traten asuntos que pueden provocar responsabilidades a posteriori⁶⁷². El no estar enterado de los acontecimientos implica, per se, negligencia en el ejercicio del cargo, porque a los directores “se les paga para que sepan lo que acontece en la sociedad”⁶⁷³.

La parte final del artículo 274 LSC dispone que se exime de responsabilidad el director que, participando de la deliberación o

⁶⁷⁰ Cfr. ZAMENFELD, VÍCTOR, “Sobre la exoneración de la responsabilidad individual del director en la sociedad anónima”, en *Revista La Información*, año LX, n° 711, t. LIX, marzo 1989, p. 570.

⁶⁷¹ Cfr. POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, cit., p. 304. Asimismo, señala este autor –p. 305– que la inasistencia de los administradores a las reuniones del órgano de administración constituye de por sí una omisión de la diligencia con la que deben desempeñar el cargo su negligencia igualmente puede derivarse de no dar las instrucciones adecuadas a sus pares en los casos de ausencia justificada –culpa in vigilando– o no tratar de conocer posteriormente los acuerdos adoptados en la reunión.

⁶⁷² Cfr. HURTADO COBLES, JOSÉ, *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Atelier, Barcelona, 1998, p. 33.

⁶⁷³ CNCom. Sala A, octubre 8-997 re “Eledar S.A. c. Serer Jorge A.”, LL 1999-B, p. 121; SIBURU, J., *Comentario del código...*, cit., t. V, n° 1277, p. 125; MALAGARRIGA, CARLOS, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1951, p. 489.

resolución –o conociéndola– deje constancia escrita de su protesta⁶⁷⁴, de manera fundada –producto del deber de lealtad y de información que le cabe⁶⁷⁵–, dando noticia al síndico⁶⁷⁶. La observación debe formularse en la pertinente votación⁶⁷⁷, para el caso de que el administrador hubiera participado de la reunión. En todos los casos la oposición debe comunicarse por escrito al síndico –de existir– antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al mismo síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza acción judicial contra los directores⁶⁷⁸.

Existe también una causal de exoneración de responsabilidad que colisiona con la aplicación del régimen de solidaridad antes descrito. Cabe atender la actuación individual del director a efectos de imputar responsabilidades cuando a éste se le hubieren asignado funciones en forma personal (de acuerdo con lo establecido en el

⁶⁷⁴ Lo que la ley llama protesta es la descalificación que el acto le merece al director disidente, y debe ser fundada. Cfr. ZAMENFELD, V., “Sobre la exoneración...”, cit., p. 570.

⁶⁷⁵ Cfr. GALIMBERTI, JOSÉ, “Responsabilidad del directorio por aumento del capital en la sociedad anónima”, R.D.C.O., n° 31, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 741.

⁶⁷⁶ Por su parte, y a diferencia de nuestro ordenamiento, la ley colombiana prevé como causal de exoneración, además, el caso del director que, habiendo votado en contra de la decisión, no la ejecute. Cfr. PÉREZ PÉREZ, LARA LUZ, “Responsabilidad de los Administradores de la sociedad”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín, n° 98, año 1997, Colombia, p. 48.

⁶⁷⁷ La norma análoga del Código Civil italiano (art. 2392) impone al administrador hacer constar su disenso en el libro de actas del Consejo, dando inmediato aviso por escrito al Colegio sindical.

⁶⁷⁸ LSC, art. 274 in fine. El art. 200 del Código colombiano (subrogado por el art. 24 de la Ley 222 de 1995) exime de responsabilidad a quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

estatuto, el reglamento o por decisión asamblearia), y tal delegación hubiera sido inscripta en el Registro Público de Comercio⁶⁷⁹.

La norma, que reconocería como fundamento “la dura experiencia vivida por los directores que, por desconocimiento del manejo de ciertas áreas de la actividad administrativa, resultaban involucrados en graves responsabilidades por actos cumplidos por sus colegas”, rompe así el molde de la tradicional obligación in solidum de los administradores⁶⁸⁰, producto –entre otras– de la dificultad existente para distribuir la responsabilidad. Si ésta desaparece, por darse algunas de las situaciones previstas en el 2º y 3º párrafo del artículo 274 LSC –la culpa deja de ser colectiva en razón de su individualización–, rige para el caso el principio de la responsabilidad individual⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ LSC, art. 274, 2º párr. Esta excepción a la regla de la solidaridad fue introducida en el ordenamiento argentino en el año 1983, en el entendimiento de que no se alteraba el régimen de responsabilidad vigente para los integrantes del órgano de administración, sino que se introducía una posibilidad de distinción en la forma de asignarla. Cfr. Exposición de Motivos Ley 22.903, Capítulo II, Sección V, pto. 27.

⁶⁸⁰ Por cierto que la ruptura aquí señalada dista de ser todo lo clara que, para una mejor protección de los intereses de administradores, accionistas y terceros, pudiera desearse. Así, cabe atender lo apuntado por Aguinis en cuanto a que “cabe preguntarse si el director encargado del área financiera somete a consideración del órgano al que pertenece una contratación determinada y éste la aprueba, resultando perjudicial a la sociedad, ¿rige la regla de la solidaridad o la responsabilidad será solamente del director que conoce y conduce personalmente el manejo financiero de la sociedad? En otros términos ¿podrían eximirse de responsabilidad los directores que votaron favorablemente una operación determinada invocando la asignación personal de funciones a otro colega? La respuesta negativa sería conciliable con la concepción organicista de la ley societaria. La respuesta positiva quedaría condicionada a las circunstancias del caso concreto que permitan concluir la sola responsabilidad del director encargado del área.” AGUINIS, A., “El directorio y su reforma...”, cit., pp. 632 y 637.

⁶⁸¹ Cfr. ZAMENFELD, V., “Sobre la exoneración de la responsabilidad...”, cit., p. 566, “cuando por decisión de los socios, importe o no tal resolución una reforma

Obviamente la existencia de funciones delegadas debidamente inscriptas no autorizan a los demás miembros del directorio a tolerar “los desmanes o abusos que ante su vista se desarrollen y de cuyas consecuencias querrán de antemano quedar inmunes. En estos casos el resto de los administradores responderá de su negligencia grave en la vigilancia de la actuación del administrador delegado, de la comisión ejecutiva o del administrador investido de funciones específicas. La culpa in committingo se transforma en culpa in vigilando⁶⁸²”.

La LSC prevé como requisito ineludible la inscripción registral de las facultades delegadas para autorizar la ruptura del tratamiento colectivo de la culpa, por tanto, de la regla de la solidaridad. Incumplido entonces el recaudo, no cabrá hacer distinción entre los diversos integrantes del órgano de administración⁶⁸³, evitándose así la atribución de responsabilidades específicas ex post⁶⁸⁴.

estatutaria (y con la condición, en este último caso, de que la decisión asamblearia se inscriba en el Registro Público de Comercio), se delegan funciones en uno o más directores, su actuación individual, en el marco de tales atribuciones, exime de responsabilidad a los demás, sin que sea menester que estos últimos efectúen manifestaciones o reservas concretas, no obstante lo cual, si lo consideran apropiado y en cualquier momento, podrán formular las observaciones que estimen oportunas. Es obvio que, en estos casos, siendo perfectamente posible individualizar al administrador responsable, no puede sostenerse que lo actuado por uno se presume como hecho o consentido por todos los integrantes del órgano de dirección”.

⁶⁸² Cfr. GARRIGUES, J. y URÍA, R., *Comentario a la ley de sociedades...*, cit., t. 2, p. 172, n° 20.

⁶⁸³ No es ésta la solución de la legislación holandesa, que no requiere la inscripción en registro alguno para la exoneración y libera de responsabilidad el administrador cuando la falta correspondiera a un área ajena a su actividad, o no pudiera serle atribuida o imputada conducta omisiva alguna que pudiera haberla evitado. Cfr. DE SAVORNIN LOHAM, H., *Duties and liability of...*, cit., p. 45.

⁶⁸⁴ Cabe pensar en la gran mayoría de sociedades anónimas cerradas o de familia que operan en el mercado nacional, las que, de no registrar

4.5. APROBACIÓN DE LA GESTIÓN Y EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR RENUNCIA O TRANSACCIÓN

La aprobación de la gestión del directorio por la asamblea –o el rechazo de la responsabilidad imputada– produce lo que comúnmente se conoce como quitus o descargo, y que tiene como efecto principal desactivar la acción social de responsabilidad contra los integrantes de aquel órgano⁶⁸⁵. Se trata de un medio de extinción de la responsabilidad de los directores cuando ésta fuera producto de una deficiente administración⁶⁸⁶, lo que resulta acertado si se tiene en cuenta que la ponderación sobre si la conducta del director se ajustó o no al modelo impuesto por el artículo 59 LSC, corresponde a la misma sociedad⁶⁸⁷. Diferente es el caso de la exención dispuesta en el artículo 274 LSC in fine para aquellos directores que hubieren hecho constar su oposición a la realización de los actos dañosos, en los que la responsabilidad nunca llega a configurarse, por lo que no puede ser extinguida.

Como requisito para su validez, el quitus:

temporáneamente sus actos, pudieran llegado el caso pretender hacerlo en forma apócrifa y en perjuicio de terceros, seleccionando a aquellas personas del órgano de administración que habrán de responder por los daños causados, exonerando a otras según la voluntad de socios y directores. Es entonces en beneficio de terceros –y no del ente reticente en inscribir eventuales delegaciones de tareas– que éste y otros actos sólo son oponibles una vez que han sido inscriptos.

⁶⁸⁵ Funciona como una suerte de inmunización a favor de los directores contra reclamaciones ulteriores, neutralizando la acción social de responsabilidad. Cfr. SASOT BETES, M. y SASOT, M., *El órgano...*, cit., p. 560; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 320.

⁶⁸⁶ Cfr. MARTORELL, E., *Los directores de sociedades...*, cit., p. 415.

⁶⁸⁷ OTAEGUI, JULIO CÉSAR, “Responsabilidad civil de los directores”, en *Estudios en homenaje a Isaac Halperín*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

a.-) no debe haberse otorgado mediando oposición de accionistas que representen el cinco por ciento del capital social. En tales casos, sólo una vez que hubiere transcurrido el plazo del artículo 275 LSC sin que el socio opositor hubiere interpuesto la pertinente acción, el directorio se encontraría a resguardo de ulteriores reclamaciones⁶⁸⁸; o b.-) la responsabilidad eximida no hubiera sido engendrada por actos realizados en violación a la ley, el estatuto o el reglamento, ello por cuanto si la ley tiene como fundamento la protección del ente y del accionista, y declara sus derechos, esta tiene que ser superior al voto de una asamblea en que por opinión extraña al interés particular lesionado, se renuncie a una responsabilidad que por ley existe⁶⁸⁹.

4.5.1. Quitus anticipado

Frente a operaciones de importancia susceptibles de generar responsabilidades para los administradores, pudiera suceder que estos procuren obtener de los accionistas una suerte de quitus anticipado, ya fuera mediante la comunicación previa de los

⁶⁸⁸ Operaría entonces el plazo de caducidad de tres meses previsto en el art. 251 LS..

⁶⁸⁹ Cfr. RIVAROLA, MARIO, *Sociedades anónimas*, t. II, La Facultad, Buenos Aires, 1935, p. 301. En igual sentido: el art. 236.2 LSA española prevé que la responsabilidad del administrador derivada de la ejecución de acuerdos lesivos, aún aprobados por la asamblea, no exime a aquel de responsabilidad toda vez que si suponía un daño al patrimonio social su deber no era el de ejecutarlos sino el de oponerse e impugnarlos. En contra, Código de Sociedades Comerciales portugués (Decreto Ley 262/86 del 2 de septiembre, redacción según Decreto Ley 76-A/2006 del 29 de marzo), art. 72.4 “*Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade ... 4. O gerente ou administrador que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos actos a que poderia ter-se oposto*”.

negocios a realizar, o bien solicitando a estos que se expidan sobre alternativas a la propuesta administrativa original. Este recurso, que mal podrá ser considerado efectivo si al tiempo de tratar la gestión del directorio el elenco accionario consultado hubiera variado –o siendo el mismo, se retractase–, se aparta de los fines del instituto. Cabe recordar que es propio de la naturaleza de la sociedad anónima que el socio se expida sobre la gestión que el administrador ha realizado durante el ejercicio en tiempo propio (al tratarse las cuentas anuales).

La tentativa de delegación por el directorio en los accionistas del cometido que le es propio, no constituye un elemento absolutorio del mal cumplimiento de sus deberes, y ninguna regla legal o principio general convierte la proposición de abdicar de la función de administrar que le corresponde al órgano en una liberación de la responsabilidad por la negligencia en que se hubiera incurrido durante la labor⁶⁹⁰. Esta solución, implícita en nuestro derecho, es la que expresamente adopta el ordenamiento español (artículo 236.2 LSC de 2010) al disponer que no se exonerará de responsabilidad a los administradores ni siquiera cuando el acuerdo lesivo –ya fuera por violación de la ley, el estatuto o su falta de diligencia– hubiera sido previamente autorizado por los socios. Con ello se procura evitar que los directores descarguen su responsabilidad exigiendo a los accionistas la aceptación anticipada de sus actuaciones, lo que

⁶⁹⁰ CNCom. Sala D, abril 2-984, re “Alvarez Manuel y otros c. Guezei Julio y otros”, LL 1985-A, p. 315. Los autos refieren a la enajenación por el directorio de un inmueble por precio inferior a su valor real, habiéndose requerido a los accionistas previamente que sugirieran “una venta mejor”. Mitigando esta posición, y en razón de la aplicación de la teoría de los propios actos, véase MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 415.

resulta frecuente en aquellos casos en que deben tomarse decisiones de importancia⁶⁹¹.

4.5.2. Quitus parcial o selectivo

Producto del régimen organicista propio del ordenamiento societario, y que expresamente prevé el tratamiento de la responsabilidad del órgano, no cabría a la asamblea otorgar quitus parciales o selectivos (esto es, solo respecto de algunos de los administradores), cuando no se tratara de los supuestos expresamente previstos por la LSC. No obstante, ni siquiera la inclusión por la ley 22.903 del último párrafo del artículo 274 LSC ha modificado o alterado el régimen de responsabilidad al que hasta aquí aludimos⁶⁹².

La violación de tal previsión –otorgar quitus selectivos– acarrearía una lesión al régimen de solidaridad⁶⁹³, haciendo recaer en forma inequitativa sobre los directores no alcanzados la totalidad del resarcimiento del daño producido por el directorio como ente colectivo⁶⁹⁴. No es ésta la solución adecuada a nuestro ordenamiento,

⁶⁹¹ Cfr. POLO, EDUARDO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1992, p. 308.

⁶⁹² Cfr. Exposición de Motivos Ley 22.903, Capítulo II, Sección V, n° 27.

⁶⁹³ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades Comerciales...*, cit., t. 4, p. 321; SASOT BETES, M., y SASOT, M., *El órgano de...*, cit., pp. 566 y 67; MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 417.

⁶⁹⁴ Cfr. SASOT BETES, M., y SASOT, M., *El órgano de...*, cit., p. 566, quienes agregan que “si se parte del hecho de que la asamblea juzga la gestión del directorio en conjunto, como órgano, y no separadamente para cada director, se deduce que el quitus no puede aplicarse selectivamente, sino que debe serlo en bloque para el directorio en conjunto”. En idéntico sentido, véase MARTORELL, E., *Los directores...*,

y que expresamente prevé el tratamiento de la responsabilidad del órgano en bloque⁶⁹⁵, ello aunque en ciertas partes la LSC parecería equívocamente aludir de manera general a “los directores” (artículo 234⁶⁹⁶) por lo tanto de los administradores mancomunada y solidariamente obligados, sin aceptar otra excepción que la del artículo 274 2º párr. LSC.

Siguiendo este razonamiento, la nulidad debiera sellar la suerte del desdoblamiento del quitus, cabiendo al director que no hubiera sido beneficiado con el descargo solicitar aquella. Se trata de una oposición a la legitimidad del acuerdo aprobatorio, es decir, a una decisión asamblearia, por violación al régimen de solidaridad impuesto por los artículos 59 y 274 LSC. El planteo habrá de regirse por las prescripciones y términos del artículo 251 LSC, por lo que resultará indistinto que el director afectado revista calidad de accionista, ya que la norma le confiere expresa legitimación.

Si el quitus parcial no fuere alcanzado por la nulidad, atento su confirmación por el o los directores involucrados –aquellos que no hubieran sido beneficiados– o los accionistas legitimados a efectuar el planteo, corresponde considerar qué efectos acarrea su otorgamiento respecto del régimen de responsabilidad previsto por la ley. Esta cuestión no resulta, por cierto, abstracta ni improbable⁶⁹⁷. Cabe recordar, conforme se apuntara, que uno de los

cit., p. 416 y 417, quien rechaza la posibilidad de otorgar quitus parciales en función de no compadecerse ello con el plexo normativo que regula el instituto.

⁶⁹⁵ Cfr. SASOT BETES, M., y SASOT M., *El órgano de...*, cit., pp. 560 y 566; VERÓN, A., *Sociedades Comerciales...*, cit., t. 4, p. 320.

⁶⁹⁶ Aunque ello está en concordancia con el tratamiento individual previsto en el último párrafo del art. 274 LSC.

⁶⁹⁷ Transcurridos los tres meses del art. 251 LSC ya no le será posible al director imputado solicitar que se declare nula la decisión, contando la sociedad con tres años para incoar la acción social de responsabilidad, computables desde que la resolución asamblearia se adoptó.

rasgos distintivos de las obligaciones solidarias es la unidad de su causa-fuente⁶⁹⁸ –en el caso, el daño producido en razón de la resolución orgánicamente adoptada–, a la que se agrega el deber de indemnizar por parte de todos los integrantes del directorio, que impone el mismo texto de la ley.

El Código Civil prevé dos modos de extinción de la solidaridad: absoluta, cuando el acreedor renuncia respecto de todos los codeudores, o relativa, cuando el acreedor renuncia a favor de alguno de ellos. La segunda de estas formas –y que aquí nos interesa–, a diferencia de la primera, puede efectuarse aún tácitamente (artículo 705 Código Civil)⁶⁹⁹. Ahora bien, en ningún caso la renuncia a la solidaridad importa la extinción de la deuda, la que subsiste, sólo que cada deudor deberá responder conforme la cuota parte que le corresponda. De allí que, tras la renuncia individual –a la solidaridad– la obligación continúa siendo solidaria para los demás, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado⁷⁰⁰.

Debe entonces considerarse qué valor corresponde dar al quitus parcial o selectivo efectuado por la asamblea, según:

i.-) Si el quitus se viera seguido por una acción social de responsabilidad contra los ex directores no eximidos, cuyo quantum fuera la cuota que a estos corresponde de la demanda –el daño

⁶⁹⁸ Cfr. BORDA, G., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. I, p. 473.

⁶⁹⁹ Cfr. AMEAL, JOSÉ OSCAR, *Código civil y leyes complementarias, concordado, anotado y comentado*, dirigido por BELLUSCIO, A., t. 3, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 317.

⁷⁰⁰ Código Civil, art. 704: “La obligación solidaria perderá su carácter en el único caso de renunciar el acreedor expresamente a la solidaridad, consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores. Pero si renunciare a la solidaridad sólo en provecho de uno o de alguno de los deudores, la obligación continuará solidaria para los otros, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad”.

cuantificado dividido por el número de administradores, multiplicado por el número de aquellos no eximidos-, cabría asignarle el de una extinción relativa de la solidaridad pasiva (artículo 704 párrafo 2º Código Civil)⁷⁰¹. El quitus asambleario equivaldría a su dispensa, toda vez que basta la existencia efectiva de la voluntad, sin que importe mayormente el modo en que esta se manifiesta⁷⁰².

Como consecuencia de ello, el director beneficiado con el quitus sólo responderá al ente por su cuota parte (por haberse transformado la obligación en simplemente mancomunada; artículos 691 y ss. Código Civil), y si le fuera reclamada, mientras que los demás ex directores lo harán por el todo con menos la cuota del director liberado (artículos 704 y 705 in fine, Código Civil). Cabe reparar que el artículo 705 in fine prevé como fórmula de renuncia a la solidaridad pasiva al reclamo de sólo parte de la obligación (o cualquier otro modo que importe consentir la división), lo que abonaría la postura de dar al quitus aquel alcance. En cuanto a la forma en que la acción se interponga contra los ex directores, el ente es libre de dirigir la acción contra uno de aquellos o todos en conjunto. Si optara por hacerlo individualmente, la cosa juzgada recaída en juicio no será oponible a los codeudores que no fueran parte del proceso, quienes, en cambio, podrán hacerlo respecto del acreedor (artículo 715 Código Civil).

ii.-) Distinto sería el caso en que, otorgado el quitus de manera selectiva, el reclamo contra los ex directores no excluyera el valor de la cuota parte correspondiente al director beneficiado. Si bien asiste derecho al cobro por parte del acreedor respecto de todos o

⁷⁰¹ Siempre y cuando el reclamo no aclarara que, no obstante ser parcial, no importaba renuncia al régimen de solidaridad. Cfr. BORDA, G., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. II, n° 616, p. 425.

⁷⁰² Cfr. LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, *Código civil*, t. II-A, n° 1201, p. 475.

cualquiera de los codeudores, es claro que el reclamo del todo a sólo parte de ellos debe, atento el carácter de la obligación –mancomunada solidaria–, producir efectos. Si se tuviera a tal acto como una renuncia a la solidaridad pasiva, incoada la acción contra el resto de los administradores, estos se encuentran habilitados a solicitar la deducción de la cuota correspondiente al director eximido (artículo 704 párrafo 2° Código Civil).

Cobra fundamental importancia la determinación del quantum del perjuicio reclamado, sobre el que las deducciones debieran de practicarse. Fórmulas generales como “lo que de las probanzas de autos pudiera resultar”, deben, en estos casos, tenerse como suficientes para plantear con éxito la excepción de defecto legal, ello habida cuenta que tanto el carácter solidario de la responsabilidad adjudicada como las consecuencias que la indeterminación, en caso de progreso de la acción, acarrearán, por cuanto el director no exceptuado continúa obligado respecto del ente, pero sólo por la porción viril que le corresponde por el perjuicio causado (el importe del daño exigible sería aquel infligido a la sociedad, con menos la porción del mismo atribuible –a prorrata– a los directores dispensados⁷⁰³). No se trataría ya de demandar a algunos por el todo, sino que, el eximir de su solidaridad a parte de los administradores, acarrearía la consecuente disminución del reclamo respecto de otros.

Algo similar sucede cuando, determinado el perjuicio, la sociedad acuerda una transacción sobre el reclamo resarcitorio que cabe hacer a sus administradores aunque sólo respecto de algunos de ellos. En tales casos la transacción se limita expresamente a la

⁷⁰³ Autores como Gagliardo ven en el quitus parcial una dispensa a la solidaridad de un cierto número de directores, producto de lo que entienden es una remisión individual formulada por el acreedor a su respecto. Cfr. GAGLIARDO, MARIANO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Abeledo-Perrot, 2ª edición 1994, p. 606.

cuota del director participante, sin extenderse a los demás⁷⁰⁴. Para el caso de que a alguno de los directores le fuera impuesto resarcir todos los daños causados, podrá repetir de los demás responsables los importes por éste atendidos y por aquellos adeudados⁷⁰⁵, ello en el supuesto de que incoara con éxito la pertinente y posterior acción de regreso. Por tal motivo, la citación que el ex director ahora demandado realice respecto de los codirectores eximidos, resulta indiscutible: si es vencido en el juicio se hallará habilitado para interponer frente al citado una pretensión regresiva, sea de indemnización o de garantía⁷⁰⁶. Si, por el contrario, la resolución asamblearia importara la remisión de la deuda entre acreedor y alguno de los codeudores –en el caso, el director beneficiado por el quitus–, se extinguiría la obligación para todos ellos.

iii.-) También distinto sería el caso de que el quitus parcial en sí mismo fuera considerado como una renuncia expresa de la deuda por parte de la sociedad. De ser así, cabe tener presente que tratándose de obligaciones solidarias, la renuncia hecha con cualquiera de los directores extingue la obligación en los términos del artículo 707 Código Civil⁷⁰⁷. Esta interpretación, sin embargo, no

⁷⁰⁴ Sobre esta transacción en la doctrina italiana, la que debe hacerse por asamblea y aclarando sus alcances, véase BONELLI, F., *La responsabilità degli...*, cit., p. 180.

⁷⁰⁵ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, cit., vol. III, p. 529; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *El órgano de...*, p. 530; GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 607; en derecho español, véase GARRIGUES, JOAQUÍN y URÍA, RODRIGO, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, t. II, 3ª edición, imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 171; MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., p. 1631.

⁷⁰⁶ Cfr. PALACIO, LINO, *Derecho procesal civil*, t. 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 5ª reimpression, 1991, p. 248.

⁷⁰⁷ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades*, cit., t. 4, p. 392. Empero, “si se trata de obligaciones solidarias, la renuncia presentada ante cualquiera de los directores extinguirá la obligación (art. 707 C. Civ.)”, pero si se hubiera renunciado

parece sostenible. Siendo que la renuncia que extinga la responsabilidad debe ser expresamente resuelta por asamblea –no parece prudente dar este alcance al quitus selectivo–, debe tenerse por eliminada la posibilidad de que ciertas conductas de la sociedad puedan ser reputadas como tal. Se trata, en todo caso, de una norma (el artículo 707 Código Civil) de interpretación restrictiva⁷⁰⁸.

4.5.3. Renuncia o transacción

La responsabilidad de directores y gerentes respecto de la sociedad también se extingue por renuncia expresa o transacción resuelta por asamblea⁷⁰⁹, siempre y cuando tal responsabilidad no derivara de la violación de la ley, el estatuto o reglamento, y no mediara oposición de al menos el cinco por ciento del capital social (artículo 275 LSC). Por renuncia se entiende al acto jurídico unilateral mediante el cual un sujeto abdica, hace abandono o se desprende de un derecho, mientras que la transacción (artículo 724 Código Civil) es un acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas (artículo 832 Código Civil)⁷¹⁰.

exclusivamente a la solidaridad –y no a la obligación– y respecto a uno de ellos, “no aprovechará a los restantes, y continuará solidaria con respecto a estos, aunque con reducción –deducción– de la cuota correspondiente al director dispensado (art. 704 C. Civ.)”, MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 418; SANTILLÁN, JORGE MARIO, “Responsabilidad de los directores y síndicos de la sociedad anónima”, R.D.C.O. n° 23, 1990-A, p. 227.

⁷⁰⁸ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario. Parte general. Los órganos societarios*, t. 4, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 419.

⁷⁰⁹ Sin perjuicio de los casos de aprobación de la gestión a los que ya se aludiera.

⁷¹⁰ Cfr. BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, t. 4, Astrea, Buenos Aires, 1977, pág. 407 y 500.

Si la sociedad puede decidir el ejercicio de la acción, consecuentemente también podrá renunciar total o parcialmente a su ejercicio –obviamente también transar– si bien con la limitación que importa la eventual oposición referida, y que equivale al derecho a veto por parte de los accionistas minoritarios sobre la decisión mayoritaria del resto de los socios⁷¹¹. La propuesta de renuncia o transacción, que necesariamente debe suceder a una decisión asamblearia que exija la responsabilidad de los administradores, debe constar en el orden del día ⁷¹².

Decidida por la asamblea la renuncia o transacción, puede suceder: i.-) que no exista a tal fecha demanda contra el administrador. En tal caso la resolución tiene como único efecto la no presentación en más de demanda alguna, sin que la minoría

⁷¹¹ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, p. 194. El efecto fundamental que produce la oposición de la minoría al acuerdo de transigir o renunciar es, precisamente, el de privarle de todo efecto, por lo cual la sociedad deberá llevar adelante y ejercitar judicialmente si todavía no lo ha hecho la acción de responsabilidad acordada. Cfr. POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, pp. 300 y 301.

⁷¹² “A nuestro juicio, el acuerdo de renuncia o transacción a la acción de responsabilidad no puede adoptarse sin que previamente conste la propuesta en el orden del día de la convocatoria de la Junta, y ello por dos razones: desde un punto de vista formal, la dispensa legal sobre la necesidad de incluir la propuesta en el orden del día únicamente viene referida al acuerdo de ejercitar la acción, y no en cambio al acuerdo a su renuncia o transacción; desde un punto de vista material, debe exigirse la constancia previa en el orden del día con el fin de que los accionistas minoritarios que quieran oponerse al acuerdo de renuncia o transacción ejercitando su derecho de veto, puedan tener conocimiento previo de la posibilidad de adopción de dicho acuerdo; de lo contrario, la junta podría adoptar el acuerdo sin que la minoría que quisiera oponerse pudiera hacerlo”, CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, p.198; MAGRO SERVET, V., “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., p. 1634.

pueda hacerlo en subsidio del ente⁷¹³; ii.-) que ya se hubiera trabado litis contra los administradores. Frente a tal hipótesis, el directorio dará instrucción a los letrados intervinientes para que pongan fin al procedimiento. Como efecto de la renuncia o transacción, podemos señalar que, adoptada en forma cualquiera de aquellas en forma, resulta oponible a todos los accionistas, los que ya no podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los directores. Incluso, nada obsta que los ahora ex demandados puedan ser reelectos.

4.6. OPOSICIÓN A LA APROBACIÓN, RENUNCIA O TRANSACCIÓN

4.6.1. El ejercicio de la acción social de responsabilidad

La normativa societaria prevé básicamente dos formas de proteger los intereses de las minorías:

i.-) en forma indirecta, cuando se vela por el cumplimiento de la ley, el estatuto y el reglamento, lo que redundará en última instancia en beneficio de los accionistas – minoría incluida–, y ii.-) en forma directa, cuando el legislador ha considerado que determinado porcentaje de accionistas representan una porción de capital tal que se reputa suficiente para que la minoría no sea sometida al principio mayoritario.

Uno de los supuestos en la que referida protección de la minoría se concreta, es cuando la ley les reconoce a aquellos socios que representen un mínimo del cinco por ciento del capital⁷¹⁴, el

⁷¹³ Siempre y cuando no fuera de aquellas contenidas en el art. 275 LSC, o acompañara su reclamo con la acción de nulidad del art. 251 LSC, por violación de la ley estatuto o reglamento.

⁷¹⁴ Idem art. 74.2, 238.2 y 239.1 LSCA española de 2010 y art. 392 LSC uruguaya. El 20% según el art. 25 de la ley 222 de 1995 colombiana; el art. 2393 Código Civil italiano requiere un quinto del capital social; el art. 93.4 de la

derecho de oponerse a la transacción o a la renuncia por la asamblea al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores⁷¹⁵. La razón del derecho de oposición consagrado en el artículo 275 LSC es, precisamente, otorgar a las minorías una herramienta que les permita evitar que mayorías controlantes les impidan ejercer la acción social.

La regla de la mayoría, de larga tradición jurídica y cuya consagración en el derecho societario deriva del derecho constitucional⁷¹⁶, parte del presupuesto de que frente a una decisión que hace al interés común, la opinión más numerosa razonablemente llevará la solución más acertada⁷¹⁷, lo que no importa identificar, per se –aunque mayormente debiera coincidir– el interés social con el interés de la mayoría. Tal principio dista de

Aktiengesetz alemana un 10% del capital social; el art. 1112 del Código Civil paraguayano un quinto del capital social; el art. 181 de la LGS peruana el 33%; el art. 74.2 Código de las sociedades portugués un 10% del capital social (Decreto Lei 76-A/2006, 29 de marzo).

⁷¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ MACHUCA, PABLO, “La opción al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 225, Madrid, 1997, pp. 1158 y 1159. Para el autor citado y respecto del veto que supone la oposición que un número de accionistas pudiera efectuar, “la mayor protección de los derechos de los grupos minoritarios de las sociedades anónimas no supone una quiebra del principio mayoritario que informa el funcionamiento de tales sociedades capitalistas, pero sí el reconocimiento de ciertas limitaciones al mismo que, sin embargo, son diferentes, según la porción del capital que la minoría represente. Se consigue así un equilibrio entre la protección de las mayorías y la protección de las minorías, evitando una descompensación que podría producirse si se reconocieran demasiados derechos a las minorías con independencia de su participación en la sociedad”. Es decir que la sumisión a la mayoría no tiene carácter absoluto.

⁷¹⁶ Cfr. COLOMBRES, G., *La teoría del órgano...*, cit., p. 60.

⁷¹⁷ Cfr. FORESTIER, JUAN CARLOS, “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría”, LL 1985-D, p. 974.

ser absoluto, y determinar cuales habrán de ser los límites que corresponde asignar al derecho de unos o de otros no resulta tarea sencilla, a poco que se repare en que involucra cuestiones relativas al funcionamiento del ente, a sus derechos, y, en el caso que aquí se trata –aunque indirectamente– a la minoría. En este contexto, existen soluciones legislativas –artículo 275 LSC– que se orientan a la creación de instrumentos o herramientas que protegen a las minorías del poder que el principio mayoritario, regla esencial de funcionamiento en las sociedades estructuradas corporativamente⁷¹⁸, otorga a las mayorías.

El reducido número de socios que por lo general componen las sociedades denominadas cerradas o de familia⁷¹⁹, facilita que entre

⁷¹⁸ “Desde el mismo momento en que el principio mayoritario es acogido como regla organizativa básica y principio esencial en el funcionamiento corporativo típico de las sociedades de capital, comienza a exigirse como una ‘exigencia elemental de justicia’ la necesidad de una adecuada protección de las minorías. La adopción del principio mayoritario, explicable en el contrato de sociedad como un intento de reducir los costes de decisión para la colectividad en interés de todos sus miembros, plantea, simultáneamente, una exigencia mínima de tutela del socio, sin la cual un individuo racional no participaría en el contrato.” SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Monografías de Derecho Societario n° 15, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 128. Entre nosotros, y en la corriente de opinión que sostiene que el problema de las mayorías debe tratarse únicamente a través de la precisa reglamentación de conductas prohibidas, véase COLOMBRES, G., *La teoría del órgano...*, cit., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 65 a 71. Este autor –que sigue en su razonamiento la línea positiva kelseniana– se opone a la aplicación de la teoría del abuso del derecho como modo de solucionar los conflictos planteados, “para evitar la aplicación de fórmulas generales ... que importan un debilitamiento de la certeza jurídica.”

⁷¹⁹ Son, en líneas generales y mayormente, sociedades anónimas que no cotizan o sociedades de responsabilidad limitada, caracterizadas por una importante estabilidad subjetiva –en razón de restricciones legales o estatutarias a la libre transmisión de acciones o cuotas– y en las que los socios minoritarios, en principio, encuentran incentivos para el ejercicio de sus derechos administrativos, dándose un cierto equilibrio de poderes entre asamblea y órgano de administración. Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, cit., p. 50. Más allá de lo que aquí

estos se tejan acuerdos sobre la administración del ente –por tanto sobre la aprobación de aquella–, lo que suele acarrear problemas a partir de la polarización de los sufragios emitibles, dándose así la oportunidad de que las mayorías se impongan de manera disfuncional a las minorías. Es por ello que la LSC prevé que la dispensa sólo será viable con la anuencia de más del noventa y cinco por ciento del capital social. La aplicación de tales soluciones debe también considerar que sobreprotección de la minoría, en desmedro –sin causa suficientemente justificada– de la mayoría, conspira en definitiva contra el propio ente⁷²⁰, por lo que el ejercicio de sus derechos por la minoría debe contemplar cuanto menos el deber de fidelidad que al socio peticionante cabe guardar para con los intereses de la sociedad de la que forma parte⁷²¹, y que comienza por

tratamos es básicamente esta especie de sociedades –cerradas y de familia–, estructurar un sistema en el que puedan cumplir su función tanto las mayorías como las minorías resulta también una necesidad para el sano desenvolvimiento del mercado de capitales, y una condición para las sociedades que necesitan recurrir a terceros en general como medio de financiamiento. Cfr. ARECHA, MARTÍN, “Las minorías en la sistemática de la ley de sociedades”, en *Derecho Empresario Actual*, Cuadernos de la Universidad Austral, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 46 y 47.

⁷²⁰ El fin común es un rasgo esencial –por tanto distintivo– del contrato de sociedad, a punto tal que ha sido considerado sustituto de la *affectio societatis*. Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., vol. 1, p. 279.

⁷²¹ La minoría –o el socio aislado– también debe ser constreñido a no salir de sus propios límites, “porque si perjudicial sería dejar a la sociedad sometida al poder omnímodo de quienes representen la mayoría del capital, igual de peligroso lo será el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable. La función de la minoría en el orden interno de la sociedad anónima es sencillamente de control. No puede pretender la interposición de cortapisas al poder legítimo de los grandes accionistas, sino procurar que hagan uso legal de sus derechos” URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y MUÑOZ PLANAS JOSÉ, “La junta general de accionistas” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. V, Civitas, Madrid, 1992, p. 305.

sujetarse –en términos generales– a la decisión mayoritaria⁷²². Cuando la decisión social provenga de una resolución formalmente adoptada por las mayorías legales previstas, y no vulnere el interés social ni sea producto de la sola voluntad de perjudicar a las minorías, cabe a estas someterse.

4.6.2. Legitimación activa para oponerse a la renuncia o transacción

Según se refiriera, para que la renuncia o transacción pueda llevarse a cabo no debe existir oposición de accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social. Ello pudiera llevar a considerar que tal oposición implica, también, el voto negativo de dicho porcentaje, lo que privaría del derecho de

⁷²² Como señala ALCALÁ DÍAZ, el interés de la persona jurídica constituye el límite de la autonomía de decisión de sus miembros, lo que significa que entre el interés individual de los socios y el interés de la persona jurídica se delimita una frontera que impone la supremacía del segundo sobre el primero. Este principio ha servido para sustentar la existencia de un deber de fidelidad del socio en relación con el interés de la sociedad, que se integra dentro del contenido obligacional de la posición jurídica de socio e implica la obligación de defender el interés de la sociedad en situaciones en las que el mismo esté en colisión con el interés individual del socio. “No obstante, el referido principio de funcionamiento, regulador del juego de intereses en la organización societaria, no supone sino la aplicación de la regla de la buena fe a las relaciones del socio con la sociedad. En este sentido, la buena fe, que ha de presidir las relaciones jurídicas en general, se traduce en la vinculación del socio respecto de los intereses colectivos, prevaleciendo estos frente a sus intereses particulares, por lo que el mismo opera como límite al ejercicio de sus derechos y, en concreto, como límite al ejercicio de su derecho de voto. Por tanto el deber de fidelidad se define como la traslación, al ámbito de funcionamiento de la organización societaria, del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.” ALCALÁ DÍAZ, MARÍA ÁNGELES, “El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, año V, n° 9, Aranzadi, Pamplona, 1977, p. 91.

veto a aquellos titulares de acciones sin derecho a voto, y aún cuando estos excedieran holgadamente el cinco por ciento.

Por el contrario, lo correcto sería tener por suficiente la mera oposición de un conjunto cualquiera de accionistas que represente al menos porcentaje indicado, quienes podrían así evitar que la renuncia o transacción se materialice. Piénsese que si el legislador ha permitido que los titulares de acciones sin derecho a voto puedan solicitar que se convoque a asamblea donde habrá de decidirse sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad (artículo 236 LSC), carecería de sentido impedirles que utilicen su derecho –que es el de cualquier accionista– para oponerse a que la reunión de socios paralice aquella⁷²³.

4.7. DEBERES DE LOS INTEGRANTES DE ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN

4.7.1. La sindicatura y consejo de vigilancia como órganos de fiscalización privada

Además de los necesarios y tipificantes órganos de administración y gobierno, en ocasiones los estatutos prevén la existencia de un tercer órgano de carácter permanente, cuyas especies para la sociedad anónima son la sindicatura (integrada por contadores públicos⁷²⁴, artículos 284 a 298 LSC) y del consejo de

⁷²³ Cfr. MARTÍNEZ MACHUCA, PABLO, “La opción al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 225, Madrid, 1997, p. 1176.

⁷²⁴ La LSC también contempla la posibilidad de que la sindicatura sea ejercida por una sociedad civil constituida exclusivamente por abogados o contadores públicos (art. 285 inc. 1º). Sin perjuicio de tal previsión, las tareas de fiscalización necesariamente habrán de ser brindadas de manera individual y personal por uno o más miembros de la sociedad civil, habida cuenta que el cargo de síndico es

vigilancia (integrado por accionistas), el que puede reemplazar a aquella –la sindicatura– mediante auditorías anuales (artículos 280 a 283 LSC)⁷²⁵, o bien coincidir ambos, generando así un control interno promiscuo⁷²⁶, con superposición de tareas –algunas–. Esta coexistencia rara vez se da en la práctica, siendo incluso la presencia de sindicatura o consejo, facultativa, salvo en aquellos casos en que el ente sea uno de los descriptos en el art. 299 LSC⁷²⁷. La razón de ser de los órganos de fiscalización se centra en la necesidad de controlar la marcha de la administración social y la gestión de los negocios, con el fin de prevenir los abusos en detrimento de la sociedad o de los intereses sociales⁷²⁸.

personal e indelegable (art. 293 LSC), y que es a los profesionales –no podría ser respecto de la sociedad– a quienes se les requiere contar con título habilitante. Por tanto, las sanciones por incumplimiento de deberes recaerán sobre el individuo a cargo del servicio, lo que no impide que los demás socios compartan –por imposición convencional o legal– solidariamente tales atribuciones y deberes, “lo que supone la estipulación expresa del pacto de solidaridad por las deudas sociales. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 5, p. 100.

⁷²⁵ Término éste –reemplazar– que utiliza la LSC y que resulta equívoco, a poco que se repare en la imposibilidad de suplantar un órgano societario por un informe técnico.

⁷²⁶ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, vol. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 596.

⁷²⁷ La LSC autoriza a las sociedades no comprendidas en el art. 299 LSC a prescindir de órganos de fiscalización. Esta decisión “queda atribuida al estatuto y persigue aligerar la estructura societaria en el espectro de aquellos entes en que por su objeto o dimensión la existencia del órgano de administración interna puede ser gravosa”. Exposición de Motivos Ley 22.903, Capítulo II, Sección V, pto. 29. Exige en cambio (art. 284 LSC) la existencia de sindicatura colegiada de número impar en las sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones o debentures, tuvieran un determinado capital, sean de economía mixta, realicen operaciones de capitalización, de ahorro o requieran valores al público, o se trate de una sociedad controlante o controlada de otra sujeta a fiscalización.

⁷²⁸ Su propósito es “evitar, o remediar, cuando aún sea oportuno, cualquier tipo de abuso o falsedad, como también cualquier acción que pueda redundar en

4.7.2. La sindicatura

4.7.2.1. Aspectos generales y normativa aplicable

A efectos de cumplimentar sus tareas, la sindicatura cuenta con amplias funciones que le permiten indagar, solicitar información e investigar todo lo concerniente al desarrollo de la vida societaria. Ello no importa una autorización para entrometerse o dificultar el normal desenvolvimiento de los demás órganos sociales, “principalmente el directorio, cuyas funciones de administración y gestión no pueden verse arriesgadas por incompetencia, negligencia o dudosa intención del síndico, pues para que el administrador no caiga en acciones de responsabilidad de cuidar, en todo momento, de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59), principio general que el síndico no puede alterar de manera alguna⁷²⁹”.

Salvo excepciones, su labor se circunscribe al control de legalidad de la administración⁷³⁰, con lo que no resulta facultada

perjuicio de la sociedad, considerada como ente autónomo, o de los intereses sociales individuales”. ITZIGSOHN DE FISCHMAN, MARÍA, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968, p. 567; Cfr. HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas*, cit., p 617. En este entendimiento es que el art. 289 LSC otorga a las minorías el derecho a elegir al menos un integrante del órgano de fiscalización, mediante el voto acumulativo, y que el art. 284 LSC otorga a cada acción y en todos los casos derecho a un solo voto para la elección y remoción de los síndicos –sin perjuicio de la aplicación del art. 288–.

⁷²⁹ VERÓN ALBERTO, VÍCTOR, *La sindicatura en las sociedades anónimas*, Abaco, Buenos Aires, 1977, p. 108.

⁷³⁰ Lo que no obsta que calificada doctrina sostenga que el control de legalidad *stricto sensu* es rebasado por el –también– deber de la sindicatura de ocuparse de velar por la “honestidad e idoneidad de la administración”. Cfr. MASCHERONI, FERNANDO, *Directorio, sindicatura y consejo de vigilancia*, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 201.

para realizar evaluaciones sobre el mérito y la eficiencia de la gestión de la administración⁷³¹. Al igual que en el caso de los administradores, su gestión resulta ser una obligación de medios y no de resultados⁷³², y deben ejercerse estándares de pericia similares. Dentro de tales parámetros, y

i.-) respecto de la sociedad, corresponde al síndico: a.-) asistir con voz pero sin voto a las reuniones de directorio, del comité ejecutivo y de la asamblea, para lo cual debe ser citado (artículo 294 inc. 3° LSC)⁷³³. De su asistencia –cuando no de otras circunstancias propias de sus funciones– surge si la sindicatura ha tomado conocimiento y se ha interiorizado de los negocios sociales, y sólo se exonerará de responsabilidad respecto de tal deber en caso de ocultamiento de los hechos por parte de los directores⁷³⁴; b.-) vigilar que los órganos den cumplimiento con la ley, estatuto, el reglamento y las decisiones sociales (artículo 294 inc. 9° LSC⁷³⁵), lo que presupone un cabal conocimiento de la normativa societaria y general que habrá de redundar en una mayor severidad al tiempo de evaluar sus responsabilidades (artículo 902 Cód.

⁷³¹ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., t. II, p 634; ZAMENFELD, VÍCTOR, “Atribuciones del Síndico”, en *Revista la Información*, t. XXXIII, n° 555, Cangallo, Buenos Aires, 1976, p 280; CNCom. Sala B, 14/5/80, ED, 94-635.

⁷³² Cfr. DE JUGLART, M. y IPPOLITO, B., *Cours de droit commercial*, cit., t. 2, p. 558.

⁷³³ El deber de citar al síndico corresponde al directorio, y sólo en la medida en que tal citación se realice de manera fehaciente, nacerá el deber del síndico de asistencia.

⁷³⁴ Cfr. VÍTOLO DANIEL, ROQUE, “La sindicatura como órgano de control”, *R.D.C.O.*, año 13, 1980, p. 594.

⁷³⁵ Tal el caso –a título de mero ejemplo– del síndico que teniendo conocimiento de alguna de las circunstancias del art. 299 LSC no la comunicara a la autoridad de contralor (art. 305)

Civ.); c.-) examinar los libros y documentación social –al menos una vez cada tres meses–, verificando el cumplimiento de sus formalidades intrínsecas y extrínsecas debidas (artículo 294 inc. 1º LSC⁷³⁶); d.-) verificar la existencia de disponibilidades y títulos valores, así como también la de las obligaciones sociales y su cumplimiento, pudiendo para ello solicitar la confección de “balances de comprobación”, fórmula con la que la LSC alude a la auditoría tendiente a constatar el estado de caja, la existencia de fondos y cuentas corrientes bancarias, acciones, debentures, cheques y pagarés en cartera (art. 294 inc. 2º LSC⁷³⁷); e.-) controlar la constitución y subsistencia de la

⁷³⁶ Siendo que de suscitarse conflictos societarios –ya fueran entre partes o aún frente a terceros–, estos habrán de resolverse mayormente a partir de la información que se hubiera volcado en la documentación social, corresponde al síndico un especial celo en su compulsión. Sobre los alcances de la ley se ha dicho que “la norma sibilina [art. 294 inc. 1º], que examinamos, afortunadamente no ha provocado resultados trágicos –que sepamos– pero, desafortunadamente, ha incitado a la laxitud en el control administrativo por parte de los síndicos, quienes se limitan, en el mejor de los casos –y por lo común– a afirmar que han fiscalizado la administración social, habiendo examinado para ello los libros y la documentación con la frecuencia impuesta por la ley (o sea cada tres meses). Mientras no haya conflictos, tal aseveración –que podrá o no ser retórica– servirá a los fines de la institución, pero si en realidad el síndico no ha realizado tal examen o lo hizo a medias, puede verse en graves dificultades, en caso de conflictos de intereses, si no demuestra fehacientemente haber cumplido cabalmente con el deber que le impone la norma señalada” VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 438.

⁷³⁷ El 1 de enero de 1999 entró en vigencia la Resolución Técnica n° 15 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, la que tiene como finalidad fijar las pautas sobre la actuación de los contadores públicos como síndicos societarios, estableciendo un marco uniforme de criterios y procedimientos. Ésta dispone –entre otras– que, a efectos de dar cumplimiento con las obligaciones establecidas en el art. 294 inc. 2º LSC, el síndico deberá i) efectuar arqueos de caja y de títulos valores; ii) revisar las conciliaciones bancarias; iii) controlar formalmente el cumplimiento de obligaciones mediante análisis selectivos de saldos, sin interpretación legal sobre la determinación, cálculo o cuantificación; iv) analizar las

garantía de los directores, recabando las medidas necesarias para corregir irregularidades (artículo 294 inc. 4° LSC)⁷³⁸; y f.-) fiscalizar la liquidación de la sociedad, pudiendo incluso solicitar, si mediara justa causa, la remoción de los liquidadores (artículos 102 y 294 inc. 10° LSC).

Por otra parte, continuando con aquellos deberes que la LSC impone a sindicatura:

ii.-) respecto de los accionistas y tendientes a facilitar la evaluación de la gestión de los administradores, corresponde:
a.-) presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad⁷³⁹, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados (artículo 294 inc. 5°). La confección de este informe es una de las funciones de mayor trascendencia confiadas al síndico⁷⁴⁰, por cuanto se trata de un

variaciones de significación en las cuentas patrimoniales de resultados, en particular en aquellos aspectos de significación que se consideren atípicos o excepcionales en la marcha de la sociedad y cualquier incumplimiento de obligaciones y relaciones no esperadas e inusuales; v) leer los informes periódicos de la Gerencia al Directorio sobre la situación y evolución de la sociedad, identificando los aspectos significativos; leer aquellos contratos importantes que surjan de las reuniones de Directorio, informes gerenciales y análisis de la operatoria de la sociedad, verificando si los mismos cumplen formalmente con la ley, el estatuto y el reglamento, y si las operaciones emergentes han sido registradas adecuadamente.

⁷³⁸ Más allá de tal previsión, esta caución ha perdido hoy en día virtualidad frente al patrimonio que de ordinario guardan las sociedades y al potencial daño que las conductas –u omisiones– de los administradores pudieran ocasionar.

⁷³⁹ Esta presentación constituye –más allá de la propia memoria, balance y estado de resultado– el medio por el cual la información contable es comunicada al socio, quien habrá de utilizarla tanto para la toma de decisiones económicas como para evaluar la gestión de los administradores.

⁷⁴⁰ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 5, p. 79. El mismo se ordena a brindar al accionista una opinión desinteresada e imparcial sobre la gestión

verdadero dictamen profesional, que debe realizarse de manera objetiva, significativa, uniforme (artículo 65, inc. 1° e LSC), preciso y claro, contemplando además la memoria y proyecciones del ente⁷⁴¹; b.-) suministrar a los accionistas que se lo requieran y que representen cuanto menos el dos por ciento del capital social, información sobre las materias de su competencia (artículo 294 inc. 6° LSC). El cumplimiento de éste deber no exonera al síndico de actuar con cautela en la satisfacción de los requerimientos que los accionistas le formularan, a fin de no entorpecer el desarrollo de las funciones ordinarias que le corresponden, las que por atender el interés de los socios en su conjunto se encuentran por sobre el interés particular de algunos accionistas⁷⁴². Incluso alguna doctrina aconseja evaluar previamente si en realidad la petición del accionista no esconde un elemento de presión previo a la solicitud de medidas especiales, al sólo efecto de comprometer la responsabilidad de la sindicatura⁷⁴³; c.-) convocar a asamblea ordinaria o a asambleas especiales cuando omitiere hacerlo el directorio, o a asamblea

empresaria desarrollada por los administradores. Suele empero consistir en una serie de trivialidades volcadas al sólo efecto de cubrir las formas legales Cfr. VILLANUEVA, PATRICIA LUZ, *La actuación del síndico. Ámbito societario y concursal*, Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 1999, p. 33, para quien la conocida benevolencia con que estos informes distinguen la gestión del directorio puede operar como detonante de la responsabilidad de la sindicatura al tiempo de su evaluación.

⁷⁴¹ Aún de aprobarse los estados contables, el síndico no se exonera de las responsabilidades en que hubiere incurrido o de los daños causados a los socios que equivocaron sus decisiones en razón de un inexacto informe (artículo 73 LSC).

⁷⁴² Frente a la falta de la sindicatura –por defecto u omisión– al deber de informar, corresponde el ejercicio de las acciones derivadas de los arts. 296 y 298 LSC.

⁷⁴³ VÍTOLO, R., “La sindicatura como órgano...”, cit., p. 596.

extraordinaria cuando lo juzgue necesario (artículo 294 inc. 7° LSC). Puede en consecuencia, llegado el caso, denunciar conductas lesivas o subsanar omisiones de los administradores de las que se derivaran perjuicios para la sociedad⁷⁴⁴; d.-) hacer incluir en el orden del día de la asamblea los puntos que considere pertinentes (artículo 294 inc. 8° LSC). Empero, la no inclusión de algún punto no importa –en principio– incumplimiento, más allá de que a la postre pudiera ello resultar indicativo de una claudicación en el marco mayor de sus deberes de vigilancia o de desconocimiento del giro de la sociedad⁷⁴⁵; y e.-) investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representen no menos del dos por ciento del capital, mencionarlas en informe verbal a la asamblea y expresar las consideraciones y proposiciones que correspondan. Para ello cuenta con el derecho de informarse –e investigar– incluso ejercicios económicos anteriores a su elección como síndico, correspondiéndole convocar a asamblea para que resuelva al respecto cuando la situación investigada no reciba del directorio, a su criterio y en caso de urgencia, el tratamiento adecuado⁷⁴⁶.

4.7.2.2. Responsabilidad y acción

La LSC establece un régimen especial de responsabilidad para los síndicos societarios que conjuga las disposiciones referidas a los administradores sociales (artículos 274 a 279 LSC) con las propias

⁷⁴⁴ Se ha sostenido que el síndico es la válvula de seguridad que protege a los accionistas, por lo que sus incumplimientos deben ser sancionados con el máximo rigor. Cfr. VÍTOLO, R., “La sindicatura como órgano...”, cit., p. 597.

⁷⁴⁵ Cfr. VILLANUEVA, P., *La actuación del síndico...*, cit., p. 40.

⁷⁴⁶ LSC, arts. 294 inc. 11° y 295.

de aquellos (artículos 296 y 297 LSC). Esta responsabilidad hacia la sociedad, accionistas y terceros, por daños derivados del mal desempeño del cargo o de la violación de la ley, estatuto, reglamento o decisión asamblearia, es solidaria e ilimitada (artículos 296 y 297 LSC). Tal solidaridad, que se manifiesta en una responsabilidad personal e individual de cada uno de los sujetos que integran el órgano respecto del importe total del perjuicio ocasionado, resulta además una garantía o de refuerzo de los derechos del acreedor que procura la reparación de un perjuicio sufrido en razón de una actuación que se presume conjunta.

Su fundamento deviene de la imposición legal a los síndicos como conjunto –si se tratara de un órgano colegiado–, de una serie de deberes comunes concentrados en el órgano que integran. También son responsables solidariamente con los directores cuando el daño al ente, producto del accionar de aquellos, pudiera haberse impedido con una correcta intervención de la sindicatura. En tal caso, la responsabilidad es consecuencia del defecto de control del órgano de fiscalización respecto de las tareas del directorio⁷⁴⁷.

Caben además al síndico las eventuales sanciones que sus correspondientes colegios profesionales les impusieran⁷⁴⁸, o las

⁷⁴⁷ CNCom. Sala D, abril 2-984, re “Alvarez Manuel y otros c. Guezeui Julio y otros”, LL 1985-A, p. 315, “los síndicos son solidarios con los directores, en la responsabilidad por los hechos de estos últimos, cuando tales hechos no hubieran sucedido de actuar el síndico en el cumplimiento cabal de sus incumbencias. Ello supera la formulación dogmática basada en el aforismo superficial de que el directorio representa y el síndico fiscaliza. El abandono de sus deberes por el síndico resulta clara con su inasistencia a las deliberaciones del directorio, pues su asistencia implica más que la presencia física: constituye un acto humano dotado de sentido y por lo tanto significa jurídicamente una participación en la deliberación.”

⁷⁴⁸ Cfr. VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 482; id. *La sindicatura en las sociedades anónimas*, Abaco, Buenos Aires, 1977, p. 256. En el caso de los

dispuestas por la autoridad de contralor en caso de verificarse violaciones a la ley, estatuto o reglamento, y que pueden consistir en apercibimiento, apercibimiento con publicación y hasta multas (artículos 302 y 305 in fine LSC). Su renuncia no lo exime por la responsabilidad, la que se extiende desde la asunción del cargo hasta la aceptación de su dimisión. La decisión de renunciar no necesita de expresión de causa y debe ser comunicada de manera fehaciente al directorio a efectos de que el mismo convoque inmediatamente a asamblea para su tratamiento, bajo apercibimiento de convocar por sí en caso de omisión (art. 294 inc. 7° LSC)

4.7.1.3. Exención y extinción de responsabilidad. Renuncia

Al igual que los administradores, la responsabilidad del síndico se basa en la actividad culposa, con inversión de la carga de la prueba, en atención al principio de inmediatividad de los medios de prueba (artículo 298 LSC), por lo que para el caso de haber participado en una reunión que diera lugar a una resolución que causara un daño –o que sin participar en esta la hubiere conocido–, se lo exime de responsabilidad si dejara constancia de su protesta y la hiciera conocer antes de que fuera denunciado o se intentaran acciones judiciales en su contra.

Ello por cuanto el legislador exige del síndico una conducta urgente y positiva consistente en poner en marcha los mecanismos internos para evitar la consumación de perjuicios al ente, con amplias facultades para recurrir incluso a la justicia en procura de

Contadores Públicos Nacionales, las sanciones oscilan entre la advertencia y la cancelación de la matrícula (Ley 20.488).

evitar las consecuencias dañosas de la materialización de la decisión⁷⁴⁹.

Su responsabilidad se extingue por renuncia expresa o transacción resuelta por asamblea, siempre y cuando tal responsabilidad no derivara de la violación de la ley, el estatuto o reglamento, y no mediara oposición de al menos el cinco por ciento del capital social (artículo 298 y 275 LSC). Asimismo, la aprobación de los estados contables no importa la de la gestión de la sindicatura, ni exime a ésta de responsabilidades (artículo 73 LSC).

4.7.3. El consejo de vigilancia

El consejo de vigilancia— resulta ser un órgano social facultativo⁷⁵⁰, que tiene como misión permanente fiscalizar los aspectos formales de la administración social y controlar su gestión⁷⁵¹, a veces colaborando, con cargo de informar periódicamente a los accionistas. Puede incluso coexistir con una sindicatura⁷⁵², compartiendo con ésta en oportunidades atribuciones y funciones (artículo 281 inc. g, LSC). se integra con entre tres y

⁷⁴⁹ LSC, arts. 298, 271, 275 y 279. Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, t. 5, p. 95.

⁷⁵⁰ La existencia —o no— del consejo de vigilancia —igual que la sindicatura salvo los casos del art. 299 LSC— se corresponde con la decisión que en tal sentido adopten los socios al tiempo de constituir la sociedad o modificar sus estatutos. No se trata, por tanto, de un órgano necesario. De existir, éste puede tanto suplantar a la sindicatura —de la que se prescindiría— como compartir tareas con aquella.

⁷⁵¹ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, p. 605; FARGOSI, HÉCTOR, “Anotaciones sobre el consejo de vigilancia en las sociedades anónimas”, LL 146-852.

⁷⁵² Ello por cuanto la prescindencia de sindicatura en razón de la existencia de consejo de vigilancia, se encuentra expresamente prevista en el art. 283 LSC.

quince accionistas⁷⁵³, los que deberán designados por la asamblea por categorías –de existir las mismas– o por voto acumulativo si así se solicitara oportunamente (artículos 262 y 263 LSC)⁷⁵⁴. Sus miembros son reelegibles indefinidamente, y, al igual que los directores, pueden ser revocados en sus cargos ad nutum por la asamblea.

4.7.3.1. Normativa aplicable

Son de aplicación al consejo de vigilancia –y sus integrantes– las disposiciones que específicamente al respecto prevé la LSC, con más las obligaciones y responsabilidades que caben al directorio y a la sindicatura (toda referencia a “director o directorio se entenderá hecha atendiendo al consejero o consejo de vigilancia⁷⁵⁵”). Así, resulta que:

i.-) por disposición del artículo 60 LSC, toda designación o cesación de consejeros debe ser inscripta en los registros correspondientes e incorporada en el legajo de la sociedad;

⁷⁵³ Por lo que terceras partes –aún tenedores de bonos– resultan excluidos. Tampoco podrán serlo accionistas que no fueran personas físicas, atento el carácter personal e indelegable del cargo.

⁷⁵⁴ Alguna doctrina sostiene que la posibilidad de integrar el consejo de vigilancia se extiende a todo tipo de persona jurídica, en tanto ésta sea accionistas del ente. Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario Parte general. Los órganos societarios*, t. 4, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 709. Por nuestra parte, y habida cuenta del carácter personal e indelegable de la función de fiscalización (art. 293 LSC), entendemos que el ejercicio de la sindicatura sólo corresponde a personas físicas, con la excepción y alcances del supuesto del art. 285 inc. 1º LSC (sociedad de profesionales).

⁷⁵⁵ El art. 280 LSC –segundo párrafo– dispone que se aplicarán para el consejo de vigilancia los arts. 60; 234 inc. 2º; 241; 257; 258 párr. 1º; 259; 260; 261; 264; 265; 266; 267; 272; 273; 274; 275; 276; 277; 278; 279; 286 y 305.

ii.-) de acuerdo con el artículo 234 inc. 2º LSC, es materia de asamblea ordinaria la elección de los integrantes del consejo de vigilancia;

iii.-) por aplicación del artículo 241 LSC, los integrantes del consejo de vigilancia deben abstenerse de votar al tiempo de tratarse sus gestiones. Ello no les impide participar del debate que anteceda la decisión;

iv.-) la duración del cargo de consejero no puede exceder los tres ejercicios, no obstante ser sus miembros reelegibles ilimitadamente (artículos 257 y 280 LSC);

v.-) para subsanar la falta, por cualquier causa, de consejeros titulares, el estatuto puede establecer la elección de suplentes (artículo 258 LSC);

vi.-) frente a la hipótesis de renuncia de un consejero, éste debe presentar la misma ante el propio consejo de vigilancia, el que deberá aceptarla en la primera sesión que se celebre, siempre y cuando no se afectare el funcionamiento regular del ente, o la misma no fuera dolosa o intempestiva (artículo 259 LSC). De lo contrario, el consejero renunciante deberá continuar en sus funciones hasta tanto la próxima asamblea –a la que cabe la elección del sustituto– se pronuncie;

vii.-) el estatuto debe reglamentar la constitución y el funcionamiento del consejo de vigilancia, no pudiendo su quórum ser inferior a la mayoría absoluta de sus miembros (artículo 260 LSC);

viii.-) respecto del régimen remuneratorio del consejo de vigilancia, resulta de aplicación aquel previsto para los directores (artículo 261 LSC), de lo que puede colegirse el carácter oneroso del cargo;

ix.-) frente a la existencia de alguna incompatibilidad para el ejercicio del cargo de consejero (artículos 265 y 286 LSC), el consejo de vigilancia –por propia iniciativa o por pedido fundado de accionistas– deberá convocar a asamblea –ordinaria– para tratar su remoción;

x.-) el cargo de consejero es personal e indelegable (artículo 266 LSC). Cabe a estos idéntica prohibición que a los directores de votar por correspondencia, no obstante gozar de la facultad para autorizar a otros directores a hacerlo en su nombre, si hubiera quórum. Su responsabilidad, en todos los casos, será la de los consejeros presentes. Se colige, por tanto, que sólo el voto es delegable, siempre y cuando ello ocurra en cabeza de otro consejero;

xi.-) al igual que el directorio, el consejo de vigilancia debe reunirse por lo menos una vez cada tres meses, salvo que el estatuto previera un número mayor de reuniones, y sin perjuicio de las que en más convocara cualquier otro consejero (artículo 267 LSC);

xii.-) cuando el consejero tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al ente, absteniéndose de intervenir en la deliberación en que el tema sea tratado, bajo pena de incurrir en las responsabilidades previstas en el artículo 59 LSC. Asimismo, resulta vedado al consejero participar –por sí o por terceros– en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa por asamblea, también bajo pena –también– de incurrir en las responsabilidades descriptas en el art. 59 LSC (artículo 273 LSC);

xiii.-) se aplica al consejo idéntico régimen de responsabilidad –solidaria e ilimitada– que al órgano de administración (artículo 274 LSC), con más la responsabilidad específica consagrada en el artículo 305 LSC para el consejero que teniendo conocimiento de la existencia de alguna de las circunstancias del artículo 299 LSC, no lo comunicara a la autoridad de contralor. Para el caso de que la

omisión obedeciera a la intención de eludir la fiscalización del control pertinente, serán pasibles de multa en los términos del artículo 302 inc. 3º LSC. Más allá del criterio general sentado en el artículo 274 LSC, la misma norma prevé la posibilidad de que la imputación de responsabilidad se haga atendiendo la actuación individual, cuando se hubieren asignado funciones personales para el consejero de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto y las mismas sean debidamente inscriptas en el Registro Público de Comercio. De no darse tal supuesto, la responsabilidad de los consejeros es solidaria, atento el carácter de integrantes del órgano de éstos. Al igual que en el caso de los directores, también quedará exento de responsabilidad el miembro del consejo de vigilancia que habiendo participado o conocido la resolución dañosa adoptada por el consejo, dejara constancia escrita de su protesta dando noticia a la sindicatura –de existir ésta–, a la asamblea o a la autoridad competente, antes que su responsabilidad sea denunciada.

4.7.3.2. Atribuciones y deberes

El artículo 281 LSC enumera a lo largo de siete incisos de aplicación ineludible⁷⁵⁶, los que pueden ser ampliados dado su carácter omnicompreensivo⁷⁵⁷, las atribuciones y funciones específicas

⁷⁵⁶ Con excepción de la específica atribución del derecho a veto de ciertos actos o contratos (inc. c) y la elección del directorio (inc. d), la enunciación del art. 281 LSC es imperativa., lo que no impide que el estatuto haga una más detallada o amplia. Cfr. Exposición de Motivos Ley 19.550, Capítulo II, Sección V, párrafo X, apartado d.

⁷⁵⁷ La amplitud de los términos de los 7 incisos del art. 281 LSC, con más el enunciado general del apartado g “las demás funciones y facultades atribuidas en esta ley a los síndicos”, dan muestras de la magnitud de tales atribuciones y deberes.

del consejo de vigilancia –con más las propias de la sindicatura, a la que supera en número y alcances–.

La primera y más importante de ellas es la de i.-) fiscalizar la gestión del directorio, para lo cual cuenta con amplias atribuciones. Puede a tales fines examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arquezos de caja por sí o por intermedio de peritos, recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aún cuando estos no excedan de las atribuciones del directorio. Tal imposición, que excede los límites de un mero control de la legalidad de los actos del directorio, importa la asunción por parte del consejo –y para el caso– del ejercicio compartido de la gestión empresaria⁷⁵⁸, amén de un verdadero control de oportunidad o de eficacia operativo⁷⁵⁹, vedado a la sindicatura. El directorio tiene a su vez el deber de presentar trimestralmente al consejo un informe escrito sobre la gestión social;

ii.-) puede convocar a asamblea cuando lo estimara conveniente, o cuando así le fuera requerido por accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social, si los estatutos no fijaran un número menor (artículo 236 LSC). Sin perjuicio de la referida facultad, también corresponde la convocatoria por consejeros disidentes en un número no menor a un tercio de los existentes, a efectos de que la asamblea tome conocimiento de dicha disidencia;

iii.-) efectúa un control de mérito y conveniencia respecto de determinadas clases de actos o contratos, los que no podrán celebrarse sin la aprobación del consejo. Así la LSC impone al consejo deberes que exceden la mera fiscalización –por tanto

⁷⁵⁸ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, cit., vol. III, p. 611.

⁷⁵⁹ Cfr. MASCHERONI, FERNANDO, *Directorio, sindicatura y consejo de vigilancia*, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 155.

aquellos de la sindicatura–, erigiéndolo –si bien de manera circunscripta– en coadministrador social⁷⁶⁰. Se trata de una norma adecuada a la significación del consejo en la estructura de la sociedad anónima: un directorio integrado por técnicos en el área de la administración ordinaria –presumiblemente no socios– bajo la vigilancia de un elenco estable de socios, aunque con facultades acotadas de forma tal que no suplanten –ni impidan– el ejercicio ordenado de aquella⁷⁶¹. Denegada la aprobación del consejo para el acto o contrato en cuestión, el directorio deberá someterlo a la decisión de la asamblea. Formulada oposición por el consejo, y revocada que fuera a posteriori la misma por la asamblea, cabrá a los consejeros –solidariamente– la reparación de los perjuicios que su negativa hubiere ocasionado al ente⁷⁶², siempre y cuando el veto hubiera sido ejercido de manera desleal o carente de diligencia. Ello por cuanto la denegación de autorización por el consejo, en su rol de acotado coadministrador, no importa más que el ejercicio discrecional de facultades gestorias cuyo mérito y conveniencia no cabe juzgar por sobre los parámetros generales del artículo 59 LSC. De allí que la sola decisión asamblearia que revoque el veto, no importa per se atribución de responsabilidad alguna;

iv.-) cuando así lo establezca el estatuto, corresponderá al consejo de vigilancia la elección de los miembros del directorio, sin perjuicio de su libre revocabilidad por la asamblea. La previsión legal que habilita este supuesto ha generado algunas discusiones en doctrina. Parte de ésta pregona la elección del directorio a través del consejo, a partir de ventajas relacionadas con la tecnificación y profesionalización de las administraciones que limitarían la presencia de grupos de accionistas perniciosos sólo al consejo de

⁷⁶⁰ Cfr. MASCHERONI, F., *Directorio, sindicatura...*, cit., p. 157.

⁷⁶¹ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, pp. 613 y 614.

⁷⁶² Cfr. MASCHERONI, F., *Directorio, sindicatura...*, cit., p. 157.

vigilancia; facilitaría el acceso de la minoría en al menos un órgano social; haría factible un sistema bipartito de gestión –los actos ordinarios se reservan al directorio, mientras que los extraordinarios resultan resorte del consejo–; habilitaría el sistema de control de gestión empresarial por los accionistas –consejeros–, lo que en todos los casos resulta vedado a la sindicatura⁷⁶³;

v.-) presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables;

vi.-) designar una o más comisiones –o bien actuar por sí– para examinar o investigar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones.

⁷⁶³ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, pp. 615 y 616. No obstante, resulta justo resaltar que la opinión de los autores es contemporánea a la sanción de la LS, por lo que la misma no ha tenido en cuenta –no podía tenerlo– el resultado de su aplicación en la práctica. Por nuestra parte, y sin perjuicio de las intenciones expuestas por el legislador al tiempo de introducir el consejo de vigilancia y de la opinión de calificada doctrina, entendemos que el mecanismo de elección de los administradores por el consejo sirve –y ha servido– mayormente para desplazar a las minorías del directorio, vedándoseles la elección de sus integrantes sustituyendo al órgano natural –la asamblea– donde usualmente pudieran estos contar con mayor representación. Baste reparar en que la posibilidad de elegir acumulativamente (art. 263 LSC) se vería diluida –desaparecería– en un consejo de tres miembros, aún cuando uno de ellos –por la minoría– hubiera sido seleccionado mediante voto acumulativo.

CAPÍTULO QUINTO

LAS ACCIONES SOCIALES DE RESPONSABILIDAD EN EL CONCIERTO DE ACCIONES SOCIETARIAS CON PROCESO SUMARIO

5.1. PROCEDIMIENTO SOCIETARIO

Se ha visto que el procedimiento sumario, dispuesto en el artículo 15 de la ley 19.550 como regla general para la tramitación de la mayoría de las acciones societarias, no otorga a los jueces un adecuado poder en lo atinente a la dirección de las causas, receptando formalidades superfluas que arrojan como resultado la lentitud y excesiva prolongación de los expedientes. A ello se suma que los tribunales no resultan contestes en cuanto a la posibilidad de apartarse de la regla procesal general. Seguidamente se tratarán algunas de las acciones societarias afectadas por la regla procesal y las consecuencias de la aplicación de la misma.

5.2. DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES: PROCEDIMIENTOS Y ACCIONES

La disolución no es propiamente un estado jurídico sino el acaecer de un supuesto previsto por la ley o el contrato social⁷⁶⁴, que resulta condición para la apertura de un procedimiento de reorganización o de liquidación⁷⁶⁵. El artículo 94 LSC enumera dentro de las causales de disolución:

i.-) la decisión de los socios; ii.-) la expiración del término por el cual se constituyó la sociedad; iii.-) el cumplimiento de la condición a la que se subordinó la existencia del ente; iv.-) la consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; v.-) la declaración en quiebra; vi.-) la fusión en los términos del artículo 82 LSC; vii.-) la reducción a uno del número de socios; viii.-) la sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones y la resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto.

La enunciación del artículo 94 LSC no agota todos los supuestos legales de disolución previstos para las sociedades comerciales, ya que existen otras disposiciones, en tal sentido la propia LSC e incluso fuera de ésta⁷⁶⁶. Las partes pueden además

⁷⁶⁴ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 198.

⁷⁶⁵ LSC, arts. 89, 94, 19, 32, 140 y 146; LCQ, art. 151.

⁷⁶⁶ LSC, arts. 19, 32, 140 y LCQ, art. 151: "En las sociedades accidentales o en participación, la declaración de quiebra del socio gestor produce la disolución de la sociedad, no teniendo los demás socios derechos sobre los bienes sujetos a desamparamiento hasta que se hayan pagado a los acreedores del concurso y cancelado los gastos".

prever otras causales (artículo 89 LSC) ⁷⁶⁷, como ser la inactividad de la sociedad, la pérdida de *affectio* –y su vinculación necesaria con las acciones conexas-⁷⁶⁸, o la parálisis de los órganos sociales seguida de decisión de arbitro en tal sentido, por ser las causales del artículo 94 LSC meramente enunciativas.

Como regla, la acción por disolución judicial de la sociedad debe ser ejercida por uno o varios socios, careciendo de legitimación los acreedores sociales, quienes “en defensa de sus derechos cuando los crean en peligro, disponen de las medidas preventivas acordadas por la ley, hasta llegar a la declaración de quiebra siempre que reúnan los presupuestos legales, pero de ningún modo se interferirán en la vida interna de la organización social”⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ “El art. 94 de la ley 19.550 contiene en sus distintos incisos las causales de disolución de las sociedades mercantiles. La enumeración propuesta por dicha norma no agota las causales de disolución, toda vez que el art. 89 del citado cuerpo legal posibilita que los socios puedan prever en el contrato constitutivo causales de disolución no previstas en la ley. Por otro lado, hay varias disposiciones al margen de los artículos citados que regulan supuestos de disolución (arts. 19, 32, 140, 145), existiendo incluso otros ejemplos fuera de la Ley de Sociedades (art. 155, ley 19.551; art. 39, ley 18.061; arts. 48 y 51, ley 20.091, y art. 7º, ley 12.906)”, Juzg. Com. 1ª, n. 6, ED 80-588

⁷⁶⁸ Cám.Com. Capital Federal, LL, t. 64 p. 677, según FARGOSI, HORACIO, *La affectio societatis*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1955, p. 71; CORNEJO COSTAS, EMILIO, *La sociedad comercial*, Virtudes, Salta, 2006, pp. 347 y 354; CNCom., Sala A, julio 17-2003, re “Alberte, E. D. y ot. c/. Alvic S.R.L.” en *Compendio de sociedades comerciales*, de FARINA, JUAN, Zeus, Rosario, 1989, p. 137; CNCom., Sala A, LL 2003, F, 118 – IMP 2004-A, 1321; ZUNINO, JORGE, *Disolución y liquidación*, t. II., Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 81 y 82; HALPERÍN, ISAAC, “Reseña crítica de jurisprudencia”, R.D.C.O., 1971-312 y 313; CNCom., Sala A, LL, 1985-A-671; CNCom., Sala C, rep. ED, 13-846 y LL 1985-D-476; CNCom., Sala A, LL 2003-F, 585 – IMP 2003-B, 2947; CNCom., Sala C, junio 22-1979, “Ferradas, Alfredo c. Noel, José A.”; CNCom., Sala C, mayo 15-2014 “Althabe María c. Efel S.A.”, IJ-LXXII-419.

⁷⁶⁹ Cfr. Cám. Com., sala E, 4/5/2004, “Velisech, Delma A. v. Edificio Uriarte SRL”, expte. 78989/94, con cita de CÁMARA, HÉCTOR, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, TEA, Buenos Aires, 1957, p. 300, y ARECHA, MARTÍN y

Sí, en cambio, se ha reconocido legitimación para formular la petición al Registro⁷⁷⁰. Toda vez que la LSC no refiere a procedimiento específico alguno respecto de la declaración de existencia de causales de disolución, a partir de la remisión del artículo 15 su tramitación deberá hacerse de acuerdo a las reglas del proceso sumario.

Como se verá en el capítulo quinto de este trabajo, también puede someterse a arbitraje la materia relativa a la disolución de la sociedad –al igual que la impugnación del acuerdo que resuelva o no su disolución– y su ulterior liquidación⁷⁷¹.

5.3. PROCEDIMIENTO DURANTE LA ETAPA DE LIQUIDACIÓN

La liquidación constituye un procedimiento técnico jurídico-contable⁷⁷², obligatorio e inderogable⁷⁷³, que se activa con la ocurrencia de una causal de disolución⁷⁷⁴, mediante el cual una sociedad que conserva su personalidad a ciertos efectos, continúa operando hasta su extinción, aunque con funciones restringidas a la

GARCÍA CUERVA, HÉCTOR, *Sociedades comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 166.

⁷⁷⁰ Cfr. Cám. Com., Sala E, LL 2006-E-386; IMP 2006-19-2397.

⁷⁷¹ Cfr. CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, “El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado”, en *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, vol. 22, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 301.

⁷⁷² Cfr. GARO, FRANCISCO, *Sociedades comerciales. Parte general*, t. I, vol. II, La Facultad, Buenos Aires, 1949, p. 206.

⁷⁷³ Cfr. ZUNINO, J., *Disolución y liquidación*, cit., t. II, p. 252.

⁷⁷⁴ Cfr. HALPERÍN, ISAAC y OTAEGUI, JULIO, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 838. Con la disolución comienza el estado de liquidación que termina una vez cancelado el pasivo y distribuido el remanente.

conclusión de las relaciones jurídicas pendientes⁷⁷⁵. Durante dicho lapso corresponde al órgano liquidador la realización del activo social a fin de atender los pasivos y de distribuir el remanente, de existir, entre los socios, según las previsiones estatutarias al respecto o en proporción de sus tenencias.

El proceso de la liquidación de la sociedad es la consecuencia del decreto de su disolución: el fin de la primera es la extinción total del ente, que tiene su punto de partida en la segunda⁷⁷⁶. La liquidación opera a partir de la verificación de alguna causal de disolución y según las particularidades que antes señaláramos para cada una de ellas. El comienzo y fin del iter liquidatorio no es automático ni simultáneo, razón por la cual la LSC impone a los administradores el cumplimiento de determinadas obligaciones –y responsabilidades– desde que opera la causal de disolución. Éstas se resumen en:

i.-) restricción del objeto social a la finalización y cancelación de las relaciones jurídicas pendientes, lo que no importa disminución en su capacidad sino restricción indirecta a partir de la legitimación propia del órgano de liquidación⁷⁷⁷ – más adelante se volverá a tratar este tema–. En concordancia con ello es que el artículo 99 LSC limita las tareas del órgano de administración a la atención de asuntos urgentes y medidas necesarias para iniciar la liquidación, lo que importa un recorte en sus competencias. Deberán los administradores

⁷⁷⁵ Cfr. VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Sociedades comerciales. Ley 19.550 y modificatorias*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 304 y 307.

⁷⁷⁶ Cfr. GARO, F., *Sociedades comerciales...*, cit., t. I vol. II, p. 204.

⁷⁷⁷ Cfr. COLOMBRES G., *Curso de derecho...*, cit., p. 201. Con anterioridad a la sanción de la Ley de Sociedades la doctrina entendía que se daba un cambio en el objeto, ya que el ente dejaba de perseguir la realización de negocios lucrativos para concentrarse en liquidar los pendientes, del mismo modo que se ocupaba de liquidar sus activos para atender sus pasivos. Conf. GARO, F., *Sociedades comerciales...*, cit., t. I vol. II, 1949, pp. 204 y 208, nro. 429.

hasta tanto ello suceda, y luego los liquidadores, continuar los negocios celebrados por el ente, pero no concretar nuevos⁷⁷⁸, salvo que éstos favorezcan la liquidación. Así, la supervivencia del ente en liquidación significa para los acreedores sociales que la disolución resulta inoperante –res inter alios–, toda vez que la sociedad subsiste en iguales condiciones, debiendo atenderse las obligaciones como si nada hubiese sucedido⁷⁷⁹; ii.-) la liquidación de la sociedad corresponde usualmente a los integrantes del órgano de administración o a quien en sustitución de éstos se designe por mayoría de votos. En ambos casos el órgano de liquidación sustituye al órgano de administración, produciendo su caducidad⁷⁸⁰. No sucede lo

⁷⁷⁸ Cfr. HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas*, cit., pp. 842 y 843; GARO, F., *Sociedades comerciales...*, cit., t. I vol. II, p. 209. Sin perjuicio de tales consideraciones, mayormente aceptadas en doctrina y jurisprudencia, Enrique Butty al actualizar la obra de Halperin refiere una interesante disidencia —que no obstante no compartimos—, señalando que “en el estado actual de la problemática de la liquidación, las interpretaciones parecen inclinarse en el sentido de que la personalidad de la sociedad en liquidación es irrestrictamente plena, lo cual supone capacidad del ente para fines ajenos a la liquidación como tal (...) la frase ‘a ese efecto’ en el art. 101, LSC, podría obedecer a una imperfecta traspolación del texto fuente, el art. 264, ley española de sociedades anónimas que emplea la palabra ‘durante’ la liquidación (...) la legislación actual, a partir de la reforma de 1983, admite la reconducción, o revocación del estado de liquidación; lo cual –con toda obviedad– constituye lo opuesto contradictorio de la liquidación” – HALPERÍN, ISAAC y BUTTY, ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, cit., t. I, pp. 335 y 336–. Esta posición coincide con la anteriormente sostenida por el autor como juez de primera instancia en lo comercial de registro, 4/6/1980, “La Distribuidora Musical SRL”, ED 88-818, y que resumiera la posición finalmente adoptada por el legislador de 1983 para introducir el párr. 2º del art. 95, LS, sobre reconducción. En sentido análogo, véase NISSEN, RICARDO, *Ley de sociedades comerciales*, t. 2, Abaco, Buenos Aires, 1995, pp. 252 y 253.

⁷⁷⁹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 310; CÁMARA, H., *Disolución y liquidación...*, cit., p. 406.

⁷⁸⁰ Cfr. COLOMBRES, G. *Curso de derecho societario*, cit., p. 201. En concordancia, el art. 102, LSC, requiere la inscripción del liquidador en el Registro Público de Comercio.

mismo con los órganos de gobierno y de fiscalización⁷⁸¹, cuya operatividad perdura durante todo el trámite liquidatorio; iii) simultáneamente se produce la modificación del nombre social con el aditamento “en liquidación”, a fin de prevenir a terceros del estado de la sociedad y la consecuente restricción del objeto por ésta sufrido. Hasta tanto concluya liquidación y a ese solo efecto, la sociedad conserva su personalidad, rigiéndose por las normas correspondientes a su tipo en cuanto fueran compatibles⁷⁸².

Se dijo más arriba que la LSC prevé que corresponde a los administradores la liquidación de la sociedad, salvo casos especiales o estipulación en contrario (artículo 102 LSC). Estos administradores o sus sustitutos conforman el órgano de liquidación⁷⁸³, necesario, nuevo y sobreviniente que encuentra su causa en la disolución y que sustituye al de administración,

⁷⁸¹ LSC, art. 294, inc. 10.

⁷⁸² LSC, arts. 105 último párrafo y 101. Producto de ello y de la estructura del ente, es que éste puede ser declarado en quiebra aun en su etapa liquidatoria. Cfr. MALAGARRIGA, CARLOS, *Código de comercio comentado*, t. II, Lajouane, Buenos Aires, 1917, nro. 505, p. 430.

⁷⁸³ La LSC impone la inscripción del liquidador en el Registro Público de Comercio (artículo 102, párr. 2º), trámite no necesario para que comience a desarrollar sus tareas. Ello ha movido a alguna doctrina a sostener que “al igual que sucede con los administradores, quienes conservan su cargo ‘hasta ser reemplazados’, la inscripción de los mismos en el Registro Público de Comercio tiene carácter declarativo; por lo tanto el liquidador, aún no registrado, es hábil para ejecutar la voluntad social, y sus actos son plenamente oponibles para la sociedad y frente a terceros, como ha sido sostenido por nuestra jurisprudencia” (NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 259; ROMANO, ALBERTO, en *Código de comercio, comentado y anotado*, de ROUILLÓN, ADOLFO y ALONSO, DANIEL, t. III, *La Ley*, Buenos Aires, 2006, p. 249). Atento a integrar los liquidadores –aun cuando fueran éstos los anteriores administradores– un nuevo órgano con competencia específica, corresponde en todos los casos su anotación, y su falta de inscripción se asemejará a la falta de registración del administrador (artículo 60, LSC), produciendo el mismo efecto –inoponibilidad a terceros de buena fe de los actos ejecutados–.

ocupándose de las tareas propias de su competencia, con más las que por sus funciones le caben. Atiende, además, de las relaciones externas del ente como si fuera la propia sociedad⁷⁸⁴. Para el caso de que la liquidación no estuviera a cargo de los integrantes del ahora caduco órgano de administración, el liquidador o los liquidadores serán nombrados por mayoría de votos dentro de los treinta días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación. Estas mayorías son:

i.-) En las sociedades por partes de interés. No tratándose de una resolución que importe una modificación del contrato ni la transferencia de la parte de un socio a otro socio, únicos supuestos en que se requiere el consentimiento de todos los socios, resulta suficiente para la designación del liquidador la decisión de la mayoría⁷⁸⁵. ii.-) En las sociedades de responsabilidad limitada. No tratándose de una resolución social que concierna a la modificación del contrato, parece razonable que, así como la designación y la revocación de gerentes o síndicos se adopta por mayoría del capital presente en la asamblea o partícipe en el acuerdo –salvo previsión estatutaria– (artículo 160 in fine, LSC), los liquidadores sean elegidos por idéntica mayoría. iii.-) En las sociedades anónimas. Corresponde a la asamblea extraordinaria resolver sobre la disolución de la sociedad y el nombramiento, remoción, gestión y retribución de los liquidadores (artículo

⁷⁸⁴ Se trata de un órgano que representa activa y pasivamente a la sociedad, no a socios o acreedores. Cfr. ZALDÍVAR ENRIQUE, RAGAZZI GUILLERMO, MANÓVIL RAFAEL, SAN MILLÁN CARLOS y ROVIRA ALFREDO, *Cuadernos de derecho societario*, vol. IV, Abeledo-Perrot, 1978, nro. 61.8.1, p. 358; COLOMBRES, G., *Curso de derecho societario*, cit., p. 201; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 316 –es respecto de la sociedad en liquidación lo que el órgano de administración es a la sociedad en funcionamiento–.

⁷⁸⁵ LSC, art. 131 LS.

235, inc. 4º, LSC), con las mayorías y quórum dispuestos en el artículo 244, 1ª parte, LSC⁷⁸⁶ .

De no designarse liquidador, o si una vez designado éste no desempeñase el cargo, cualquier socio queda habilitado para solicitar al juez que realice el nombramiento omitido o que proceda a una nueva elección (artículo 102 LSC). El primero de los supuestos – omisión en la designación– puede obedecer tanto a la falta de adecuación de la conducta de los administradores a las previsiones del artículo 99 LSC⁷⁸⁷, como a la ausencia de convocatoria a los socios para la elección de liquidadores⁷⁸⁸. El segundo supuesto no desempeño del cargo involucra la no aceptación del liquidador designado, quien no asume así sus funciones, o la asunción de éstas no obstante la aceptación. En ambos casos la petición debe formularse en sede judicial, ya fuera para que el magistrado designe liquidador –en cuyo caso ya no podrá ser removido sino es por decisión judicial en contrario⁷⁸⁹–, o bien convoque a reunión de socios a tales fines.

⁷⁸⁶ Se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor, y en segunda convocatoria con la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.

⁷⁸⁷ “Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación”.

⁷⁸⁸ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 259.

⁷⁸⁹ Este tipo de designación importa una intervención tutelar de la autoridad judicial para asegurar el desarrollo del proceso liquidatorio, supliendo la falta de acuerdo de los socios sobre el modo de liquidar el patrimonio social. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 324.

En ambos casos la petición debe formularse en sede judicial, ya fuera para que el magistrado designe liquidador –en cuyo caso ya no podrá ser removido sino es por decisión judicial en contrario⁷⁹⁰–, o bien convoque a reunión de socios a tales fines. Frente a la ausencia de norma específica, todas las diferencias que en torno a la materia se susciten habrán de resolverse mediante proceso sumario, atento la remisión general del artículo 15 LSC. Lo mismo sucede para el caso de conflicto en torno a su remoción por mayoría –nulidad de la decisión– o por invocación de justa causa, como sucede cuando omitan confeccionar inventario y balance del patrimonio social, no informen al menos trimestralmente el estado de la liquidación⁷⁹¹, omitan sujetarse a las instrucciones de los socios –según el tipo social; artículo 105 LSC–, en cuyos casos además los liquidadores pierden el derecho de remuneración y responden por los daños y perjuicios –acción que también tramita sumariamente–.

En concordancia, la LSC prevé que las obligaciones y la responsabilidad de los liquidadores se rigen por las disposiciones establecidas para los administradores, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 108 y los artículos 59 y 274 LSC⁷⁹², esto es, las acciones social e individual⁷⁹³:

⁷⁹⁰ Este tipo de designación importa una intervención tutelar de la autoridad judicial para asegurar el desarrollo del proceso liquidatorio, supliendo la falta de acuerdo de los socios sobre el modo de liquidar el patrimonio social. Conf. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 324.

⁷⁹¹ LSC, arts. 103 y 104. En las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inc. 2º LSC y en las sociedades por acciones, el informe se suministra a la sindicatura (artículo 104 LSC).

⁷⁹² En tanto integrantes de un órgano social, cae sobre los liquidadores –de ser aquél colegiado– y a partir de la necesaria actuación conjunta para que una decisión resulte imputable al ente (art. 105 LSC), la presunción de culpa colectiva de todos quienes han concurrido a su realización. La ley establece expresamente que la responsabilidad de los directores por daños derivados de las faltas a sus obligaciones es solidaria e ilimitada (arts. 59 y 108, 103, 105, LSC). La solidaridad

i.-) la social de responsabilidad, de naturaleza societaria y contractual, atiende a la reparación de aquel perjuicio colectivo que afecta directamente a la sociedad; puede decirse que su carácter social está dado en cuanto se dirige a la protección, defensa, reconstrucción y reparación del patrimonio o de los intereses del ente en general; ii.-) según el artículo 279, LSC, tanto los accionistas como los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores, consagrando así la conocida como individual de responsabilidad, aplicable también al liquidador. Se trata de una acción autónoma tendiente a reparar el daño que se infiera a aquéllos, en forma personal y directa en sus patrimonios, con motivo de la actuación de los liquidadores. Su naturaleza es bifronte⁷⁹⁴, contractual o extracontractual según el acto lesivo realizado por el liquidador.

Ambas acciones serán tratadas con mayor detalle al tratarse la responsabilidad de los administradores. Sí se dirá aquí que no existe pauta legal que imponga a los liquidadores una forma o método para llevar a cabo la liquidación. Puede realizarse mediante la venta aislada de los bienes sociales, en bloques o aun en masa, a través de una transferencia de fondo de comercio (ley 11.867) o mecanismo similar, operando de contado o en cuotas mientras ello

se manifiesta en una responsabilidad personal e individual de cada uno de los sujetos que integran el órgano de liquidación respecto del importe total del perjuicio ocasionado, la ilimitación hace que ésta se extienda a todo su patrimonio personal.

⁷⁹³ LSC, arts. 276 y 279.

⁷⁹⁴ Resulta dificultoso atribuir una naturaleza unívoca a la acción individual, habida cuenta de que, si bien en principio es la persona jurídica –y no los integrantes de sus órganos– quien responde frente a terceros, será la ilicitud del acto cometido por el director –y no eventuales faltas de organicidad– de la que se derivará la responsabilidad por los daños.

resulte ventajoso⁷⁹⁵. Inclusive, y más allá de que producida la causal de disolución la actividad social se endereza a la liquidación del ente, ésta puede realizar nuevos negocios si ello es conveniente para una mejor liquidación⁷⁹⁶. Incluso, mientras no haya concluido su proceso liquidatorio mediante la cancelación prevista en el artículo 112, LSC⁷⁹⁷, existiendo resolución asamblearia en tal sentido, aún el ente reconducible es reactivable⁷⁹⁸, señalando parte de la doctrina que la fusión –o la escisión– puede en ocasiones resultar necesaria o justificada a los fines liquidatorios⁷⁹⁹.

En términos generales les cabe “administrar y tutelar la integridad del patrimonio social, realizando los actos conservatorios necesarios, llevando la contabilidad de la empresa, dirigiéndola dentro de los límites de la liquidación, cobrando los créditos sociales contra terceros, reclamando a los socios la suma adeudada, contrayendo préstamos en caso necesario, usando la denominación social como manda la ley, depositando las cantidades percibidas, transigiendo y suscribiendo compromisos, convocando a reunión de socios cuando sea necesario, y solicitando el concurso o quiebra de la sociedad cuando se produzcan las causas que lo hacen procedente”⁸⁰⁰, pero más allá de tales facultades, los liquidadores se hallan sujetos a las instrucciones de los socios, impartidas según el

⁷⁹⁵ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, pp. 348 y 349; NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 250.

⁷⁹⁶ ROMANO, A., *Código de comercio...*, cit., t. III, pp. 247 y 253.

⁷⁹⁷ Cfr. Juzg. Civ. y Com. 3ª Nom. Córdoba, ED 105-352.

⁷⁹⁸ Salvo para el caso de las causales previstas en los incs. 9º y 10 del art. 94 LS.

⁷⁹⁹ Cfr. ROMANO, A., *Código de comercio...*, cit., t. III, p. 197; ZUNINO, J., *Disolución y liquidación*, cit., t. II, p. 347; SOLARI COSTA, OSCAR, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 129. En contra, NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 137.

⁸⁰⁰ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 337.

tipo de sociedad, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento⁸⁰¹.

Además, recae sobre los liquidadores la obligación de exigir de los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo de sociedad, cuando los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, reclamo que habrá de tramitar ordinariamente cuando la solicitud se efectúe de manera directa, o mediante su citación como terceros cuando el reclamo del tercero contra la sociedad no los incluyera como obligados solidarios e ilimitados –hipótesis correspondiente a las sociedades de personas o de partes de interés-⁸⁰².

Cuando los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, los liquidadores están obligados a exigir de los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo de sociedad o del contrato constitutivo (artículo 106 LSC). Con términos similares, ya el artículo 437 del Código de Comercio, disponía que los socios ilimitadamente responsables atendieran, agotados los bienes sociales, los pasivos del ente, o bien que los socios limitadamente responsables completaran sus aportes en caso de mora. Respecto de los primeros –socios ilimitadamente responsables–, su responsabilidad resulta también solidaria⁸⁰³, si bien se ha señalado que se trata de una solidaridad especial por cuanto no es ni la de los codeudores solidarios –los socios responden por una deuda ajena– ni la de los fiadores solidarios, aunque se asimila bastante a esta última, lo que justificaría someterlos a ésta en todo cuanto sea compatible con su calidad de socios⁸⁰⁴. Con lo que bastará al

⁸⁰¹ LSC, art. 105.

⁸⁰² LSC, art. 106 y CPCCN, art. 94.

⁸⁰³ LSC, arts. 125, 134, 141 y 315.

⁸⁰⁴ Cfr. TONÓN, ANTONIO, “Las acciones de los acreedores sociales contra los socios después de liquidada y cancelada la sociedad”, ED 102-980.

liquidador acreditar la insuficiencia del patrimonio para que quede habilitada la reclamación hasta el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquiera de los deudores (artículo 705 CCiv.), lo que aumenta las posibilidades de pago y erige a la solidaridad como el medio más perfecto de garantía personal⁸⁰⁵. La estructura de la obligación solidaria hace surgir un frente común de acreedores o deudores, en el que cada individuo puede comportarse como un acreedor o deudor singular respecto de la totalidad del objeto⁸⁰⁶. Lo expuesto no obsta que aquel o aquellos socios que hubieran satisfecho la totalidad de lo adeudado por el ente puedan, posteriormente, ejercer acción de regreso contra el resto de los socios.

En las sociedades regulares por partes de interés la ilimitación en la responsabilidad viene también acompañada de su subsidiariedad⁸⁰⁷, por lo que sólo podrá hacérsela efectiva en los bienes particulares del socio después de agotados los bienes del ente. Producto de la subsidiariedad de la responsabilidad, gozan entonces los socios del beneficio de excusión⁸⁰⁸, que no es otra cosa que el

⁸⁰⁵ Cfr. BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 544.

⁸⁰⁶ Cfr. LLAMBÍAS, JORGE, *Código civil anotado. Personas. Familia*, t. II-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 507.

⁸⁰⁷ Dentro de las características de la subsidiariedad en la responsabilidad del socio se puede apuntar como efectos de ésta según VERÓN— que: a) es improcedente reclamar simultáneamente contra el socio y la sociedad; b) los bienes particulares de los socios no incluidos en la formación del capital no pueden ser ejecutados para el pago de la deuda social sino después de ejecutados todos los bienes de la sociedad; c) es inadmisibles la acción por cobro de una deuda social dirigida contra uno de los socios a título personal, la subsidiariedad perdura aun cuando la sociedad se halle en estado de liquidación, por más que aquél no pueda acogerse al beneficio de excusión si la sociedad ha sido disuelta y los bienes que le corresponderían en la liquidación le fueran entregados. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 579).

⁸⁰⁸ Código Civil, art. 2012.

derecho a oponerse a que se haga efectiva la condena contra la sociedad hasta tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del deudor.

Este beneficio, que no funciona de pleno derecho y debe ser alegado por el socio perseguido en sus bienes⁸⁰⁹, encuentra su justificación directa en la análoga fianza, que consiste en proporcionar al acreedor más firmes perspectivas de satisfacción de su crédito contra el deudor principal, pero sin desplazar a este último de su obligación⁸¹⁰. Tanto el beneficio de excusión con que cuenta el socio ilimitadamente responsable como el de división son, en términos generales, rechazados por el ordenamiento comercial en cuanto prescribe que el fiador no podrá invocarlos, ya que éstos “nunca se admiten en materia comercial” (artículo 480 del Código de Comercio)⁸¹¹.

Para el caso de que todas las obligaciones sociales estuvieran suficientemente garantizadas y procediera la partición parcial, los socios⁸¹², pueden requerir en esas condiciones la distribución parcial. En caso de la negativa de los liquidadores la incidencia será resuelta judicialmente, produciéndose los mismo inconvenientes en razón de la mencionada ausencia de procedimiento específico, ello sin

⁸⁰⁹ Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho comercial*, cit., t. I, p. 437.

⁸¹⁰ Cfr. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil. Contratos*, 7ª edición, vol. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 464.

⁸¹¹ En la fianza comercial la regla es que se puede perseguir directamente al fiador –lo contrario a lo que la Ley de Sociedades prevé para el caso particular que aquí tratamos–, sin excluir los bienes del deudor, con la sola limitación de la interpelación previa al deudor –y que no es excusión– y el derecho del fiador ejecutado directamente, de ofrecer bienes del deudor a embargo. Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Código de comercio y leyes complementarias*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 323.

⁸¹² Accionistas que representen la décima parte del capital social en las sociedades por acciones y cualquier socio en los demás tipos sociales.

perjuicio de que la utilización por la LSC del término incidencia podría justificar el apartamiento el trámite sumario⁸¹³.

Los liquidadores están obligados a confeccionar dentro de los treinta días de asumido el cargo –prorrogable hasta ciento veinte días⁸¹⁴– un inventario y balance del patrimonio social, que pondrá a disposición de los socios⁸¹⁵. Ambos instrumentos, que refieren a actos celebrados durante la etapa preliquidativa y que delimitan la gestión del caduco órgano de administración, son en interés de liquidadores, socios y acreedores y reflejan la situación financiera, económica y patrimonial de la empresa con vistas a su realización⁸¹⁶.

La LSC no prevé más que la puesta a disposición del balance inicial a los socios, sin referencia alguna a su aprobación o rechazo. En función de ello es que parte de la doctrina se inclina por la aplicación analógica para el caso del artículo 110 LSC, y que alude al balance final de liquidación⁸¹⁷, que habilita la impugnación del balance inicial en el término de quince días corridos. De intentarse una acción judicial, ésta deberá promoverse por vía sumaria en el

⁸¹³ LSC, art. 107.

⁸¹⁴ LSC, art. 103.

⁸¹⁵ Durante la etapa liquidativa, además, los liquidadores deberán informar a los socios, por lo menos trimestralmente, sobre el estado de la liquidación. En las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2º, LSC, y en las sociedades por acciones, el informe se suministrará a la sindicatura (art. 104 LSC). Se trata de una verdadera rendición de cuentas, que debe ajustarse a los términos previstos en los arts. 68, 69, 71 y 74 LSC, cuyo incumplimiento habilita la remoción. Si la liquidación se prolongare, se confeccionarán además balances anuales (art. 104 LSC).

⁸¹⁶ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 328, quien en razón de ello entiende que, aunque la ley no lo contemple, debiera elaborarse también un estado de resultados.

⁸¹⁷ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 263; ROMANO, A., *Código de comercio...*, cit., t. III, p. 251.

término de los sesenta días siguientes⁸¹⁸, acumulándose todas las impugnaciones en una causa única.

Extinguido el pasivo social, los liquidadores deben confeccionar el balance final y el proyecto de distribución para luego reembolsar las partes de capital y distribuir el excedente en proporción a la participación de cada socio en las ganancias. Atento a su finalidad, este balance difiere de aquellos de cierre de ejercicio, por cuanto se reduce a indicar las disponibilidades existentes, los resultados “provenientes de la gestión liquidacional y las cuentas de contrapartida patrimonial indicativas de los saldos globales a favor de los socios”; en cuanto al proyecto de distribución que lo acompaña, éste nada dice respecto del momento en que tal distribución debe realizarse, y que “es una cuestión de prudencia y equilibrio, en el que se concatenan los intereses de los socios con las posibilidades técnicas y materiales y con la duración y extinción de las relaciones jurídicas existentes”⁸¹⁹. En el aspecto económico, la partición final importa simplemente:

i.-) la devolución a cada socio que posea una parte del capital originariamente suscripto e integrado al momento de la constitución del ente, disminuido o actualizado según las vicisitudes sufridas por la cuenta capital y la participación de aquél al respecto de lo largo de la vida del ente; y ii.-) la distribución de todo excedente, también entre los socios, pero según las pautas que a tal efecto se hubieran previsto contractualmente. En defecto de previsión estatutaria, la adjudicación del excedente se hará respetando las proporciones observadas en la tenencia de capital.

El balance final y el proyecto de distribución suscriptos por los liquidadores deben ser comunicados a los socios, quienes pueden

⁸¹⁸ LSC, art. 15.

⁸¹⁹ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, pp. 364 y 367.

impugnarlos en el término de quince días. En su caso, la acción judicial correspondiente debe promoverse dentro de los sesenta días siguientes, acumulándose todas las impugnaciones en una causa única (artículo 110 LSC). En las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2º, y en las sociedades por acciones, el balance final y el proyecto de distribución suscriptos también por los síndicos, serán sometidos a la aprobación de la asamblea. Los socios o accionistas disidentes o ausentes podrán impugnar judicialmente estas operaciones en el término de sesenta días computados desde la aprobación por la asamblea (artículo 110 LSC)⁸²⁰.

5.4. ACCIÓN DE EXCLUSIÓN DEL SOCIO

Cualquier socio en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación, de responsabilidad limitada y el socio comanditado en la sociedad en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa, siendo nulo el pacto en contrario⁸²¹. La exclusión importa la eliminación del socio

⁸²⁰ El balance final y el proyecto de distribución aprobados deben agregarse al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio, y se procederá a la ejecución. Los importes no reclamados dentro de los noventa días de la presentación de tales documentos en el Registro Público de Comercio, deben depositarse en un banco oficial a disposición de sus titulares. Transcurridos tres años sin ser reclamados, éstos se atribuirán a la autoridad escolar de la jurisdicción respectiva (art. 111 LSC).

⁸²¹ LSC, art. 91. Alguna doctrina propugna la inclusión, por analogía, de las sociedades anónimas cerradas o de familia (FAVIER DUBOIS, EDUARDO (H) y SPAGNOLO, LUCÍA, “La exclusión del socio en la sociedad anónima personalísima por vía de la desestimación del tipo social”, en *La Actuación Societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 155). Aquí se considera que tal posición, a tenor de las previsiones legales vigentes, resulta inviable por asistémica –*contra legem*–. Lo dicho no importa valoración respecto de la conveniencia –o no– de una reforma legal en tal sentido. Esta nulidad dispuesta en la parte final del párr. 1º del art. 91, LSC, ha

de la sociedad, sin o contra su voluntad, por haberse éste transformado en un elemento perturbador de la buena marcha del ente, atento a privilegiar la ley, la conservación de la empresa y el interés social por sobre el particular del socio excluido⁸²².

Para posibilitar la exclusión del socio, sus peticionantes deben acreditar la existencia de una justa causa, las que la LSC resume en el grave incumplimiento de las obligaciones sociales y que resulta ser la fórmula general dispuesta por la ley que reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juzgador a fin de evaluar qué conductas u omisiones habilitan la exclusión⁸²³. Se trata, en todos los casos, de considerar distintos supuestos de hecho atendiendo a las circunstancias legales y contractuales que los enmarcan, sin atender a los factores subjetivos que motivaran la conducta del socio, bastando la existencia de un solo incumplimiento grave objetivamente considerado⁸²⁴.

llevado a parte de la doctrina a considerar que la justa causa aludida involucra el orden público. Conf. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 150; ARECHA, M. y GARCÍA CUERVA, H., *Sociedades comerciales...*, cit., p. 150.

⁸²² Cfr. ZUNINO, J., *Disolución y liquidación*, cit., t. I, p. 93; ZAVALA RODRÍGUEZ, J., *Código de comercio...*, cit., t. II, p. 534; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 119; ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, cit., vol. IV, pp. 206 y 210.

⁸²³ El art. 1734 del Código Civil también requiere para la exclusión la existencia de justa causa, sólo que a diferencia de la LSC las enumera en el art. 1735 y que pueden ser tomadas como indicativas: “1º) Cuando contra la prohibición del contrato cediese sus derechos a otros. 2º) Cuando no cumplierse alguna de sus obligaciones con la sociedad, tenga o no culpa. 3º) Cuando le sobreviniese alguna incapacidad. 4º) Cuando perdiese la confianza de los otros socios, por insolvencia, fuga, perpetración de algún crimen, mala conducta, provocación y discordia entre los socios, u otros hechos análogos”.

⁸²⁴ Cfr. ZUNINO, J., *Disolución y liquidación*, cit., t. I, pp. 101 y 102. Por lo tanto, no resulta necesaria la acreditación de dolo o culpa en la conducta del socio excluido.

En cuanto a la gravedad de la conducta, la pauta legal parece entonces aludir más a las consecuencias que ésta genere que a la intencionalidad del sujeto. Existen otras normas que habilitan la exclusión del socio, y que alguna doctrina asimila al incumplimiento grave de obligaciones⁸²⁵, tales como la mora en el cumplimiento del aporte, el caso de evicción en el aporte efectuado cuando el aportante no reemplazara el bien por otro de igual especie o calidad, o el de realización de actividades en competencia en las sociedades personales o accidentales o en participación⁸²⁶. La Ley de Sociedades también prevé supuestos especiales de exclusión para el socio de la sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria, en participación y del socio comanditado en la comandita por acciones⁸²⁷. Éstos pudieran ver afectadas sus cualidades personales, lo que repercute en el ente e indirectamente también en sus coasociados, tal el caso de que sean declarados: i.-) incapaces o se los inhabilite; ii-) sean declarados en quiebra o concurso civil –salvo en las sociedades de responsabilidad limitada-⁸²⁸, o c) cuando por otras circunstancias contractualmente así se previera⁸²⁹.

La acción de exclusión puede ser llevada adelante únicamente por la sociedad o por alguno de los socios individualmente. En ambos casos se estará frente a una misma acción, de naturaleza social, por cuanto procura evitar un perjuicio que afecta

⁸²⁵ Cfr. STORDUER, E., *Manual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 101, nro. 175.

⁸²⁶ LSC, arts. 37, 46, 47 y 133.

⁸²⁷ El art. 91, LSC, expresamente deja de lado al socio de la sociedad de responsabilidad limitada, atento a que, del carácter mixto de éstas (combina caracteres de las personas y las de capital) surge la limitación de responsabilidad del socio al aporte comprometido.

⁸²⁸ LSC, art. 91.

⁸²⁹ LSC, art. 89.

directamente a la sociedad y sólo de manera indirecta a sus socios⁸³⁰. El derecho de exclusión se extingue si no es ejercido por la sociedad –o algún socio– en el término de noventa días seguidos a la fecha en la que, por cualquier causa, se conoció el hecho justificativo de la separación⁸³¹.

La fecha de conocimiento podrá variar según quién ejerza la acción, ya que no necesariamente todos los socios –y en su caso el ente– toman conocimiento simultáneamente de la causal de exclusión. Siendo que el no ejercicio de la acción extingue el derecho, nos encontramos frente a un plazo de caducidad que no se interrumpe, suspende ni dispensa⁸³². Este plazo no se aplica para la exclusión por mora en la integración del aporte, por ser ajeno al supuesto del artículo 37, LSC, y porque implicaría privar a la sociedad de librarse del socio renuente a cumplir con lo prometido⁸³³.

Si la exclusión la decide la sociedad, y ésta no es aceptada por el socio excluido, la acción será ejercida por el representante del

⁸³⁰ Es social por cuanto se orienta a la protección, defensa reconstrucción y reparación del patrimonio o de los intereses del ente en general, por lo que se atribuye legitimación para su ejercicio en primer término a la sociedad y subsidiariamente a los socios como titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social.

⁸³¹ LSC, art. 91 párr. 3º.

⁸³² Cfr. HALPERÍN, ISAAC, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 285; ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, cit., vol. IV, p. 217; ZUNINO, J., *Disolución y liquidación*, cit., t. I, p. 181; ESCUTI, Ignacio (h), *Receso y exclusión y muerte del socio*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 75; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 162; MARTORELL, ERNESTO, *Sociedad de responsabilidad limitada*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 408; ARECHA M. y GARCÍA CUERVA H., *Sociedades comerciales...*, cit., p. 152; MASCHERONI, FERNANDO, *Manual de sociedades de responsabilidad limitada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 270; NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 180; STORDEUR E., *Manual...*, cit., p. 102.

⁸³³ VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 162.

ente (o por quien los socios ad hoc designen si aquélla se refiere a los administradores). Puede simultáneamente disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue⁸³⁴, medida que tiende a que la sociedad pueda desenvolver sus actividades con normalidad, “mas no –en principio– para adoptar decisiones que, como la transformación de la sociedad, importan una modificación del acto constitutivo, que pueda alterar el régimen de responsabilidad, incluido el del socio cuestionado”⁸³⁵. Así:

i.-) en las sociedades por parte de interés corresponde que la decisión de excluir a un socio sea adoptada por la totalidad de los socios restantes, por tratarse de una modificación al estatuto⁸³⁶;

ii.-) en las sociedades de responsabilidad limitada, usualmente es el contrato social el que establece las reglas aplicables a las resoluciones que tengan por objeto su modificación, debiendo la mayoría –sin computar al socio involucrado– representar como mínimo más de la mitad del capital social. En defecto de regulación contractual, la Ley de Sociedades impone como requisito obtener la conformidad de las tres cuartas partes del capital social (artículo 160 LSC). Si un solo socio representare el voto mayoritario, se necesitará, además, el voto de otro;

iii.-) en las sociedades en comandita por acciones, tratándose de un supuesto asimilable a la cesión de la parte del comanditado, resulta de aplicación el artículo 323, LSC⁸³⁷, que impone obtener las conformidades previstas en el artículo 244 LSC. Éste a su vez dispone la realización de asamblea extraordinaria, la que requiere –

⁸³⁴ LSC, art. 91.

⁸³⁵ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 164.

⁸³⁶ LSC, art. 131.

⁸³⁷ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, cit., vol. IV, p. 216.

siempre sin computar al socio involucrado— en primera convocatoria de la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento de las acciones con derecho a voto —si el estatuto no exige quórum mayor— y en segunda convocatoria de accionistas que representen el treinta por ciento de las acciones con derecho a voto —salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor—. En ambos casos, las resoluciones deben adoptarse por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse, salvo cuando el estatuto exigiera mayor número;

iv.-) en las sociedades por acciones, sin perjuicio de la inaplicabilidad del régimen de resolución parcial, la Ley de Sociedades prevé un supuesto de excepción asimilable —aunque impropia— al de exclusión del socio, para el caso de mora en la integración de los aportes —también el incumplimiento de las prestaciones accesorias comprometidas⁸³⁸—, únicamente respecto de las acciones involucrada y si así se hubiera dispuesto expresamente en el estatuto⁸³⁹. Ello por cuanto el artículo 193 LSC prevé que el estatuto puede disponer que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora sean vendidos a los demás socios o terceros⁸⁴⁰, cargando el suscriptor moroso los gastos del remate y los intereses moratorios, ello sin perjuicio de su responsabilidad por los daños ocasionados. Tal venta no requiere autorización ni trámite judicial previo.

Cuando la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios⁸⁴¹, ésta se sustancia con citación de todos los socios⁸⁴². La

⁸³⁸ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 126.

⁸³⁹ LSC, arts. 90, 91 y 50.

⁸⁴⁰ En remate público o por medio de un agente de bolsa si se tratara de acciones cotizables.

⁸⁴¹ Algunos autores sostienen la existencia de un deber, a cargo del socio, de poner en conocimiento de la sociedad la existencia de la causal de exclusión para que sea el ente y no aquél quien lleve adelante la acción. La legitimación del socio

citación resulta ineludible, ya que, de prosperar la demanda, no sólo se alterará el elenco de socios, sino que los que mantengan su condición se verán afectados por el pago del reembolso debido al excluido⁸⁴³. A diferencia de cuando la acción es ejercida por la sociedad, no cabe en este caso disponer judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue, ello atento tanto a la inexistencia de previsión legal en tal sentido en el artículo 91, párr. 4º LSC, como al carácter restrictivo con que, en razón de la gravedad de la medida, debe ser aplicada⁸⁴⁴.

Las acciones de exclusión, en tanto personales, deben promoverse ante el juez comercial del domicilio del socio involucrado⁸⁴⁵, al que cabe, tras tramitarse demanda de conocimiento, pronunciarse sobre la procedencia de la exclusión. “De prosperar la demanda de exclusión, la sentencia tendrá efectos declarativos por lo que entre socios la separación se entenderá producida a la fecha en que la causal fue invocada –ya sea judicial o extrajudicialmente–. Lo contrario sería reconocer una injusticia al permitir al socius rixosus tomar ventaja de la duración del pleito para beneficiarse de operaciones sociales exitosas que pudieron

sólo se daría de manera subsidiaria, ante la inacción de la sociedad. Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 173.

⁸⁴² LSC, art. 91.

⁸⁴³ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades de responsabilidad limitada*, cit., p. 285; MARTORELL, E., *Sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 408.

⁸⁴⁴ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 163; ZUNINO, J., *Disolución y liquidación*, cit., t. I, p. 179. En contra, NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 173.

⁸⁴⁵ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, cit., vol. IV, p. 215.

haber tenido lugar con posterioridad al hecho que originó la separación”⁸⁴⁶.

Si bien desde que la sentencia que resuelva la exclusión el socio será considerado, respecto de la sociedad, como un extraño, ésta debe ser inscrita en el Registro Público de Comercio, ya que aquél responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la registración de la modificación⁸⁴⁷. La Ley de Sociedades también prevé la posibilidad de que la sociedad excluya al socio que no cumpliera con el aporte comprometido en tiempo y forma o que incurriera en evicción en sus aportes –en ambos casos, sin perjuicio de la acción judicial que a los efectos de reparar el daño pudiera iniciársele⁸⁴⁸–. En tales supuestos, la exclusión se hace efectiva, sin que sea necesaria la interposición de demanda por parte del ente, quedando al socio excluido como única alternativa la de impugnar judicialmente la resolución social.

La exclusión del socio produce, entre otros, los efectos listados en el artículo 92 LSC, entre lo que se cuentan que aquél tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión. La norma excluye, por lo tanto, la posibilidad de que el socio reciba pago alguno en especie, quien deberá conformarse con la suma de dinero que represente su parte⁸⁴⁹. La liquidación de la parte del socio saliente, atento al silencio de la ley, corresponde al órgano de administración –salvo disposición estatutaria en contrario–, debiendo participar en la fijación del valor el socio excluido.

⁸⁴⁶ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, cit., vol. IV, p. 218; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, p. 166; ZUNINO, J., *Disolución y liquidación*, cit., t. I, p. 185.

⁸⁴⁷ LSC, art. 92 inc. 5° LS.

⁸⁴⁸ LSC, arts. 37 y 46.

⁸⁴⁹ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, pp. 171 y 181.

En cuanto al cálculo del valor de la cuotaparte del socio excluido, la norma también guarda silencio. Sobre el particular, y atendiendo a las particularidades del caso, luce prudente la posición de la doctrina que propone la confección de un balance especial de separación o de determinación de parte, distinto del ordinario o de ejercicio –o aun del de liquidación propiamente dicho–, y que se realiza sobre la base de valores reales –no meramente contables– de empresas vivas o en marcha, incluyendo la llave del negocio⁸⁵⁰. Cualquier controversia sobre el valor de la cuota liquidatoria del socio excluido no prolonga su vínculo con el ente, ya que se trata de una consecuencia natural de la resolución parcial del contrato y que sólo se puede efectuar luego de resuelto aquél⁸⁵¹.

Respecto de la fecha en que el valor debe calcularse, la ley dispone que sea a la de la invocación de la causal de exclusión, procurando así evitar:

i.-) que los socios disminuyan aquél en detrimento del excluido y en razón de la evolución de un giro social del que ahora es ajeno, ii.-) ni beneficiar incausadamente con el incremento de los ingresos sociales a quien ya no reviste estado de socio.

Ello habida cuenta de que, según se refiriera anteriormente, de prosperar la demanda de exclusión, la sentencia tendrá efectos declarativos, por lo que entre socios la separación se entenderá producida a la fecha en que la causal fue invocada, ya sea judicial o extrajudicialmente.

Si al tiempo de la exclusión existieran operaciones pendientes o en curso de ejecución, el socio excluido participará en los beneficios o, en su caso, soportará sus pérdidas⁸⁵². En salvaguarda de éste

⁸⁵⁰ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. II, pp. 178 a 173.

⁸⁵¹ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. II, p. 198.

⁸⁵² LSC, art. 92, inc. 2°.

derecho es que el socio excluido podrá controlar aquellos aspectos relacionados con tales operaciones, cabiéndole incluso, ante la negativa o reticencia del ente, solicitar judicialmente la designación de un veedor⁸⁵³. Como contracara de este derecho del ex socio y en salvaguarda de la continuidad de la sociedad, es que ésta podrá retener la parte del excluido hasta concluir las operaciones en curso al tiempo de la separación⁸⁵⁴. En el supuesto del art. 49, LSC – pérdida del aporte de uso y goce–, el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si éste es indispensable para el funcionamiento de la sociedad y se le pagará su parte en dinero⁸⁵⁵. Tal previsión tiene en miras la subsistencia de la sociedad.

El socio excluido responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación del contrato en el Registro Público de Comercio. Tal previsión del artículo 92 inc. 5º LSC es coincidente con la disposición del artículo 12, que establece que si bien las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes, éstas son inoponibles a los terceros, más allá de que éstos puedan alegarlas contra la sociedad y los socios (salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada). De allí que el socio excluido se encuentra facultado a repetir de sus ex socios toda cantidad que frente a terceros debiera atender como consecuencia de obligaciones sociales contraídas con posterioridad a su exclusión y anteriores a la registración de la modificación del contrato.

⁸⁵³ Cfr. ESCUTTI, I. (h), *Receso...*, cit., pp. 76 y 77.

⁸⁵⁴ LSC, art. 92, incs. 2º y 3º.

⁸⁵⁵ LSC, art. 92, inc. 4º.

5.5. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES

La acción social de responsabilidad (artículo 276 LSC⁸⁵⁶) atiende la reparación de aquel perjuicio colectivo que afecta directamente a la sociedad⁸⁵⁷. Lo que se pretende con su ejercicio es la condena del administrador a indemnizar al ente por los daños económicos causados por su accionar culposo o doloso en violación de la ley, el estatuto o reglamento⁸⁵⁸. Esta acción no se encontraba prevista como tal en el Código de Comercio –aunque su ejercicio se derivara del artículo 337– habiéndose incorporado formalmente sólo en 1972, en ocasión de la sanción de la ley 19.551.

No obstante, puede verse en los antecedentes doctrinarios que ya desde principios del siglo XX se practicaba la distinción entre la acción social y la individual, aunque no siempre con idénticos alcances o fundamentos⁸⁵⁹. Esta separación provenía en la mayoría

⁸⁵⁶ Los artículos 276 a 279 de la LSC prevén cuatro formas de ejercicio de la acción de responsabilidad, cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario...*, cit., vol. III, p. 533. De estas, tres corresponden a la especie social –por contraposición a la individual–, y pueden –conforme habremos de ver– ser ejercidas por la propia sociedad, en forma individual por los accionistas ut. singuli, o por el síndico concursal en caso de quiebra.

⁸⁵⁷ Concordancias: art. 25 ley 222 colombiana de 1995; art. 238 Ley de Sociedades de Capital española de 2010; art. 2393 Código Civil italiano de 1942 –reformado–; art. 181 ley general de Sociedades peruana de 1998; art. 393 Ley de *Sociedades Comerciales* uruguay 16.060. Su similar en los ordenamientos anglosajones se denomina derivative action.

⁸⁵⁸ Cfr. CALBACHO LOSADA, FERNANDO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 38.

⁸⁵⁹ Sobre los problemas de distinción entre ambas acciones ya refería Siburu al comentar el viejo código de comercio en punto a que “el criterio para distinguir una de otra acción suscita una controversia no solucionada aún, en la cual reina la más completa diversidad de pareceres.” SIBURU, JUAN, *Comentario del código de*

de los casos del estudio por parte de los juristas argentinos del derecho francés, que utilizaba –si se acepta la simplificación metodológica– dos criterios:

i.-) que la acción social resultaba de un perjuicio que afectara a toda la sociedad como ser colectivo, y tenía como causa una falta cometida por los directores, mientras que la individual resultaba de un perjuicio particular que afectara sólo a uno o varios asociados; ii.-) o bien que la acción social era aquella que se fundaba en la responsabilidad contractual de los directores, nacida del mandato otorgado a éstos por la asamblea.

En su defecto, la acción individual se fundaba en la responsabilidad delictual o cuasidelictual de los directores, ello aún cuando el perjuicio lo hubieran sufrido de igual forma todos los asociados⁸⁶⁰. Otro criterio distintivo utilizado con anterioridad a la sanción de la LSC confiaba la labor de dilucidar la cuestión al derecho procesal, que debería resolver si el derecho sustancial o material afectado por los actos de los directores y cuyo restablecimiento se perseguía, pertenecía a la sociedad (en tal caso la acción sería social), o bien a los accionistas individualmente (en que sería individual)⁸⁶¹.

Sólo posteriormente comenzó a identificarse a la acción social con aquella cuyo ejercicio, existiendo violación del mandato (tal la regla de aplicación prevista en el Código de Comercio), correspondía a la sociedad por medio de los directores o administradores, por

comercio argentino, J. Lajoune Editores, Buenos Aires 1912, t. V, p. 126; CASTILLO, RAMÓN, *Curso de derecho comercial*, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935, t. 3, p. 257.

⁸⁶⁰ Cfr. SIBURU, J., *Comentario al código...*, cit..., p. 126 y ss.

⁸⁶¹ Cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, Amorrortu hijos SRL, Buenos Aires 1957, pp. 503 y 504.

contraposición a la individual, concedida al accionista frente a la dispensa que la sociedad pudiere haber otorgado al administrador⁸⁶². De manera de simplificar y aunar criterios y sin perjuicio de que el régimen de responsabilidad de los administradores se complementaba con razonable eficiencia con una cantidad de normas represivas dispersas en el ordenamiento general, el legislador de 1972 incluyó expresamente la acción (artículo 276 LSC), a partir del criterio general de responsabilidad fijado en el artículo 59 LSC, y al que si bien consideraba amplio, no obstante “para evitar cualquier discrepancia en la interpretación”, amplió en el artículo 274 agregando “así como por la violación de la ley, el estatuto o reglamento y cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”⁸⁶³.

5.5.1. Configuración

No obstante prevista por la LSC en el capítulo referido a las sociedades anónimas, la acción social se aplica también para los restantes tipos sociales⁸⁶⁴, según sus particularidades⁸⁶⁵. Puede decirse que su carácter social está dado en cuanto la misma se dirige a la protección, defensa reconstrucción y reparación del patrimonio o de los intereses del ente en general. Por eso se atribuye legitimación para su ejercicio en primer término a la sociedad y solo subsidiariamente a los accionistas como titulares de un interés

⁸⁶² Cfr. CASTILLO, R., *Curso de derecho...*, cit., t. 3, p. 255 y 257.

⁸⁶³ Exposición de Motivos Ley 19.550, Capítulo I, Sección IX, ap. 10. Como se verá más adelante al tratarse la actividad culposa de los administradores, este agregado innecesario solo sumó confusión al criterio de apreciación.

⁸⁶⁴ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario, Parte general, Los órganos societarios*, t. 4, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 360.

⁸⁶⁵ Para el caso, y como veremos más adelante, esta no requiere, salvo el caso de las sociedades por acciones, de decisión asamblearia que la preceda.

indirecto en la defensa del patrimonio social⁸⁶⁶. La incorporación al haber social del producto de la acción puede, en ocasiones, acarrear consecuencias injustas. Tal el caso del director responsable que habrá de participar del posterior reembolso por éste efectuado –al tiempo de distribuir ganancias– para el caso de revestir la calidad de accionista⁸⁶⁷, o la obligación del socio de atender la tasa de justicia cuando las actuaciones sean iniciadas *ut singuli*, lo que no sólo lo perjudica financieramente, sino que además conspira contra el ejercicio de la acción⁸⁶⁸, desalentándola.

Conductas imputables a los administradores tales como el mal desempeño de sus funciones⁸⁶⁹, administración fraudulenta,

⁸⁶⁶ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 324. Puede decirse que la acción tendrá carácter social cuando esté dirigida a la protección y defensa de los intereses sociales en general; FARINA, JUAN, *Sociedades anónimas*, Zeus, Rosario, 1973, p. 235; OTAEGUI, JULIO CÉSAR, “Responsabilidad civil de los directores”, en *Estudios en homenaje a Isaac Halperín*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 1289; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Lecciones de derecho mercantil*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 204; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Principios de derecho mercantil*, 3ª edición, Mc Graw Hill, 1998, p. 179 y en Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 200; HAMEL JOSEPH, LAGARDE GASTÓN y JAUFFRET ALFRED, *Droit commercial*, t. I, 2ª edición, Dalloz, Paris, 1980, p. 411; BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 307. En este sentido, la LGS peruana prevé expresamente en su art. 181 que la acción social puede ser interpuesta siempre que “comprenda las responsabilidades a favor de la sociedad y no el interés particular de los demandados.”

⁸⁶⁷ Cfr. HALPERÍN, ISAAC, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1974, pp. 460 y 461.

⁸⁶⁸ Cfr. RICHARD, EFRAÍN, “La acción social de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la justicia”, ED 202-87.

⁸⁶⁹ Según ya se refiriera, la responsabilidad del administrador de la sociedad es contractual respecto de esta y de los accionistas como tales, por lo que la naturaleza de la acción social es tanto societaria como contractual. Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p.40; LLEBOT MAJÓ, JOSÉ ORIOL, “El sistema de responsabilidad de los administradores”, en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, año IV, nº 7, Navarra, 1996, p. 157. Ello no se verá alterado aún cuando los accionistas

informes falsos⁸⁷⁰ –o cuando, debidamente confeccionados, el ente fuera sancionado por su no presentación ante los organismos administrativos de contralor⁸⁷¹–, sustracción y ocultamiento de libros de comercio –y su documentación respaldatoria– y el aprovechamiento de los bienes de la empresa para su uso particular o de terceros, entre otros actos, dan lugar al ejercicio de la acción social de responsabilidad, en razón de la lesión de carácter general que efectivamente ocasionen⁸⁷².

la ejerciten subsidiariamente, habida cuenta que lo hacen, en todos los casos, por el ente, más allá de lo que se dirá al tratarse las previsiones de la ley 26.831.

⁸⁷⁰ Sobre el particular, véase BALBÍN, SEBASTIÁN y CEROLINI, AGUSTÍN, “Los delitos de balance falso e informe falso en la Ley de Sociedades Comerciales”, ED 205, p. 1003; SPOLANSKY, NORBERTO, “Balance falso, proceso penal y bien jurídico tutelado”, LL 138-224; ABRALDES, SANDRO, “Delito de balance falso (inc. 3º del art. 300 del Código Penal)”, en *Enfoques contables y administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 896; HANDLER, EDMUNDO en “El delito de balance falso y la fe pública”, ED 116-793; ELDHART, RAÚL, “El delito de balance e informe falso y el bien jurídico protegido”, JA 2001-III, p. 1139; VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *La sindicatura y el delito de balance falso*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 57; GÓMEZ, EUSEBIO, *Leyes penales anotadas*, t. IV, EDIAR, Buenos Aires, 1954, p. 249.

⁸⁷¹ Los directores deben presentar copia de los balances debidamente aprobados ante la Inspección General de Justicia, bajo pena de multa. También la Comisión Nacional de Valores se encuentra facultada para imponer multas solidariamente a administradores y síndicos frente al retardo en la presentación de los estados contables (CNCom. Sala B, octubre 31-005 re “Comisión Nacional de Valores c. Electromac”). “Si los administradores incumplen con la obligación de depositar las cuentas, la cuantificación de la citada multa podrá servir de base para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.” BERGÓS TEJERO, JOAN JORDI, “Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos”, en *Obligaciones y responsabilidades de directivos y administradores*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996, p. 22.

⁸⁷² Los daños resultantes de los delitos perpetrados por miembros del directorio en ejercicio de sus funciones sociales, afectan, particular y directamente, a la asociación y no a los accionistas. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades Comerciales...*, cit., t. 4, p. 325, nota 5. Así, esta acción permite actuar contra los administradores para obtener la indemnización de los daños que haya sufrido el patrimonio social “como

La responsabilidad de los sujetos involucrados es, según dijimos, solidaria, extremo que no se verá afectado porque la conducta de unos sea culposa y la de otros dolosa. La ley impone la solidaridad sin distinción⁸⁷³, sin perjuicio de que la sociedad pudiera en oportunidades, perseguir a determinados directores con omisión de otros, en tanto su responsabilidad no se hubiera configurado por aplicación del artículo 277 2º párr. LSC. Cabe reparar en que no bastará con demostrar la realización de tales conductas, sino que a ello deberán concurrir los presupuestos de la teoría general de la representación civil, esto es, la prueba de que el incumplimiento o comportamiento generó un perjuicio al patrimonio social, y la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño causado⁸⁷⁴.

5.5.2. Daño directo e indirecto

Para que se configure la responsabilidad que habilita la promoción de la acción social –o, en su caso, individual–, no basta la simple demostración de violación a las obligaciones –estatutarias o

consecuencia del incumplimiento de deberes que incumben en virtud de la ley (actos ilegales), de los estatutos (actos antiestatutarios) o el deber de administrar con diligencia exigible al ordenado y leal administrador (actos negligentes)". VELASCO, GAUDENCIO, "La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital" en, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial n° 24, Madrid, 1999, p. 63.

⁸⁷³ Cfr. HALPERÍN, I., *Curso de ...*, cit., vol. II, p. 330, y en referencia a los arts. 59, 269, 270, 274 LSC entre otros; idem *Sociedades anónimas ...*, cit., p. 460.

⁸⁷⁴ Relación de causa a efecto en la opinión de CASTILLO, R., *Curso de Derecho...*, cit., t. 3, p. 256; CNCom. Sala C, 22/5/87, re "Kuckiewicz Irene c. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A. y otro", LL 1988-A, p. 64; NISSEN, RICARDO, *Curso de sociedades comerciales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 481.

legales— del director, o que este se desempeñara negligentemente. Se requiere también la producción efectiva de un daño al ente⁸⁷⁵, como resultado de tales incumplimientos⁸⁷⁶, y que se traduce mayormente en un mayor gasto o un menor ingreso injustificados en la cuenta de resultados de la sociedad⁸⁷⁷.

De allí que para su formulación resulta imprescindible determinar un incumplimiento jurídico relevante seguido de perjuicio infligido al patrimonio social⁸⁷⁸, cuantificando cuanto menos prima facie al tiempo de formular su procedencia los alcances del perjuicio, no siendo suficiente la mera invocación de generalidades o referencias a supuestos⁸⁷⁹. Ello importa que el daño debe ser económicamente valuable⁸⁸⁰, y como regla, directo⁸⁸¹.

⁸⁷⁵ Conforme señala GAGLIARDO, muchas veces la cronología del daño resulta ser el elemento diferencial entre ambos tipos de acciones, en “Aspectos de la acción social de responsabilidad”, ED 141-127—.

⁸⁷⁶ Resulta necesario probar que aquel incumplimiento o comportamiento generó un perjuicio al patrimonio social y la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño causado. Cfr. CNCom. Sala C, mayo 22-987, re “Kuckieviz, Irene c. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A.”, LL 1988-A, p. 64.

⁸⁷⁷ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 40.

⁸⁷⁸ Para que resulte viable la acción social de responsabilidad debe configurarse un daño concreto y demostrado, y debe verificarse un incumplimiento jurídicamente relevante, atribuible a título de culpa a quien se le efectúa el reclamo, unido por un nexo de causalidad con el perjuicio producido. Cfr. CNCom. Sala A, octubre 8-1997, re “Eledar S.A. c. Serer Jorge A.”, LL 1999-B, p. 120.

⁸⁷⁹ C. Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, mayo 16-989, re “Salgado Rodolfo c. Polleschi, Aldo”, en *Ley de sociedades comerciales*, de MON ADRIANA, NISSEN RICARDO y PARDINI MARTA, Ad Hoc, 1992, t. 2, p. 318.

⁸⁸⁰ Cfr. ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO JOSÉ, “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudio de Derecho Judicial, Madrid, 2000, p. 22.

⁸⁸¹ No se trata de un mero reflejo en el patrimonio social.

Además, en todos los casos la obligación de indemnizar abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante. El daño emergente – o daño actual– es el efectivamente producido por la gestión administrativa, y se trata de los perjuicios que se traducen en un empobrecimiento del contenido económico presente del sujeto, derivado de la destrucción, deterioro, privación de uso de bienes existentes al momento dañoso, con más los gastos en razón del evento realizados⁸⁸².

El lucro cesante –o daño futuro– que es la utilidad o ganancia cierta y no puramente eventual de la que es privada la sociedad⁸⁸³, puede traducirse en la falta de crecimiento del patrimonio social o del patrimonio de los terceros perjudicados, como consecuencia de la no ejecución –o ejecución defectuosa– de las obligaciones a cargo del administrador. Se trata del daño que se deriva de la no verificación de las expectativas verosímiles y probables que el debido cumplimiento de aquellas hubieran desencadenado⁸⁸⁴, tal la pérdida de chance, motivada por la frustración de la firma de un contrato⁸⁸⁵.

⁸⁸² Cfr. ZANNONI, EDUARDO, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 60.

⁸⁸³ Cfr. MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, t. 1, Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 153.

⁸⁸⁴ Cfr. PÉREZ CARRILLO, ELENA, *La administración de la sociedad anónima*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 143, quien agrega que el lucro cesante supone la privación de una utilidad no poseída, la que habría sido poseída sin la violación del vínculo; o el incremento patrimonial neto con que el dañado se hubiera beneficiado mediante la utilización de la prestación inejecutada; o las repercusiones positivas, valorables económicamente que hubiera obtenido la sociedad si el contrato no se hubiera perdido por causa imputable a los administradores; pero nunca “los sueños de las ganancias” (según términos del Tribunal Supremo español –SSTS del 03.11.1982– reseñados por la autora).

⁸⁸⁵ CNCom. Sala De, mayo 10-2004 re “Establecimientos Metalúrgicos Crespo S.A. c/ Carlisi Angel”, LL 2004-E, p. 841.

Un criterio más amplio es observado por parte de la doctrina italiana, que incluye aquellos daños consecuencia de la sobrevaluación o la disminución del valor de las acciones derivado de deficientes registraciones contables. Esta sobrevaluación puede tanto exponer a la sociedad al reclamo de utilidades inexistentes, o su distribución ficticia, como inducir a socios o terceros a efectuar suscripciones o adquisiciones de acciones que de otra forma no hubieran hecho a esos valores, perjudicando directamente sus patrimonios⁸⁸⁶ (el daño directo producto de la sub valuación –en este caso respecto del socio, por tanto motivo de acciones individuales– es más difícil de probar, ya que si las reservas ocultas han aumentado el valor de la sociedad, ello se refleja de manera directa en la participación del socio, y que en principio no sufriría daño⁸⁸⁷).

Esta posición que involucra el daño a terceros o accionistas derivado de suscripciones o adquisiciones a partir de precios supuestos era ya sostenida en nuestro derecho, si bien reservada a la acción individual, y que correspondía “a los accionistas o acreedores particularmente considerados (ut singuli); por ejemplo, en el caso de que por falsos informes o balances, un banquero haya hecho préstamos a la sociedad insolvente o haya decidido a una o más personas a suscribir o comprar acciones, el prestamista y los adquirentes o suscriptores de acciones tendrán una acción individual contra los directores o gerentes de la sociedad que con sus engaños o falsedades les han decidido a entrar en la ruinosa operación”⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ Cfr. BONELLI, FRANCO, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milan, 1992, p. 200. En nuestro ordenamiento tal supuesto da lugar a la acción individual de responsabilidad del art. 279 LSC.

⁸⁸⁷ Cfr. BONELLI, F., *La Responsabilità degli...*, cit., pp. 31 y 33.

⁸⁸⁸ SIBURU, J., *Comentario al código...*, cit., t. V, p. 129.

Ordenamientos como el español (artículo 240 Ley de Sociedades de Capital, de 2010⁸⁸⁹) prevén, en igual sentido, su ejercicio exclusivo por socios y terceros, ello porque su finalidad es la reparación patrimonial de daños directos. Aunque los daños al patrimonio social repercuten indirectamente en patrimonios de socios y acreedores, en cuanto disminuyen el valor de sus acciones, expectativas de ganancias o garantía de satisfacción de créditos, “esos daños indirectos están cubiertos por la acción social de responsabilidad, con el complejo sistema de legitimación subsidiaria para socios y acreedores”⁸⁹⁰..

Volviendo a la acción social propiamente dicha, ésta no comprende el resarcimiento por supuestos daños morales que los administradores pudieran haber infligido al ente. Habida cuenta que la persona jurídica no puede ser sujeto pasible de agravio moral en los términos del artículo 552 del Código Civil, no cabe tal reparación pues su capacidad jurídica se encuentra limitada por el principio de especialidad⁸⁹¹, por lo que todo aquello que pueda afectar su prestigio –o, en todo caso, su nombre comercial– o bien redunde en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, por tratarse de sujetos no susceptibles de sufrir padecimientos espirituales⁸⁹².

⁸⁸⁹ Artículo 240: “Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social. Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”.

⁸⁹⁰ VELASCO, G., “La acción social ...”, cit., p. 89.

⁸⁹¹ Código Civil, art. 35 y LSC, art. 2.

⁸⁹² CSJN re “Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy”, LL 1991 –A-50, n°: 89.071; en el mismo sentido CS, noviembre 3-992 re “De la Matta, Manuel H. y otro c. Gas del Estado y otros”; MOSSET ITURRASPE J., *Responsabilidad por daños*, cit., t. IV, p. 224; CIFUENTES, SANTOS, “El daño moral y la persona jurídica”, en *Derecho de daños, obra homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe*, pág. 393.

No obstante, no es siempre ésta la solución adoptada en derecho comparado⁸⁹³, en el que en ocasiones se ha aceptado que las actuaciones concretas de los administradores pueden afectar el buen nombre del ente, si bien exigiendo la posibilidad –aunque más no fuera remota– de realizar una valoración económica del daño que ello habría ocasionado⁸⁹⁴. Un criterio utilitarista a fin de evaluar conveniencia de la acción social parte de justipreciar previamente la serie de costos a asumir, “judiciales, costes de dirección técnica, costes derivados del tiempo y del esfuerzo que los nuevos administradores deben dedicar a esta labor” a repartirse entre los socios en proporción, los que solo se justificarán “cuando el volumen de la indemnización esperada multiplicado por la probabilidad de obtener una sentencia favorable exceda el volumen de los costes que debe soportar la mayoría⁸⁹⁵”.

Tal posición, común a cualquier reclamo, parecería omitir que sólo indirectamente las reparaciones a obtenerse beneficiarán al accionista –no se trata de utilidades netas–. Costos y beneficios corresponden directamente al ente, por lo que son soportados o aprovechados prima facie por este, sin que puedan traducirse, sin más, en beneficios indirectos.

⁸⁹³ En derecho español, puede verse, entre otros, GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 96.

⁸⁹⁴ Cfr. PÉREZ CARRILLO, E., *La administración...*, cit., pp. 144 y 145.

⁸⁹⁵ LLEBOT MAJÓ, JOSÉ ORIOL, “El sistema de la responsabilidad de los administradores”, en *Revista de Sociedades –Aranzadi*, año IV, n° 7, Navarra, 1996, p. 53.

5.5.3. Legitimación activa

5.5.3.1. *La sociedad*

El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas, cuya competencia para decidir sobre su inicio no cesa ni siquiera en etapa liquidativa⁸⁹⁶. Tal resolución puede adoptarse aún en el caso de que su tratamiento no constara en el orden del día⁸⁹⁷, si fuera consecuencia directa de un asunto sí incluido⁸⁹⁸. Esta posibilidad dota al accionista de un mecanismo más de control dentro del sistema de gobierno de la empresa, permitiéndole tomar decisiones al margen de los asuntos programados, lo que facilita vulnerar el bloqueo dilatorio que pudieran ejercer los administradores como encargados de redactar el orden del día⁸⁹⁹. El acuerdo asambleario constituye, entonces, un

⁸⁹⁶ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 327.

⁸⁹⁷ LS, art. 276. Previsión expresa en tal sentido puede encontrarse en la ley de sociedades anónimas española (art. 134.1), en cuanto dispone que la acción social de responsabilidad debe ser acordada por la Junta General, aunque el asunto no conste en el orden del día.

⁸⁹⁸ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 326. En este sentido, SASOT BETES y SASOT entienden que siquiera es aceptable pretender que la acción de responsabilidad pueda quedar subordinada a que la misma tenga conexión con asuntos incluidos en el orden del día. Cfr. SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *Las asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1987, p. 237, PÉREZ PÉREZ, CLARA LUZ, “Responsabilidad de los administradores de la sociedad”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n° 98, Medellín, 1997, p. 50.

⁸⁹⁹ Cfr. VELASCO, G., “La acción social ...”, cit., p. 65. En contra de esta posición puede verse el ordenamiento paraguayo –art. 1113 Cód. Civil– que exige como presupuesto que la decisión se adopte a partir del tratamiento de las cuentas anuales.

supuesto de cumplimiento ineludible para la procedencia de la acción⁹⁰⁰.

Si bien ello en ocasiones se deriva una carencia de tutela efectiva de la minoría, la que, al deber someterse a la decisión de una mayoría que usualmente ha seleccionado a los administradores cuestionados⁹⁰¹, puede ver convalidadas gestiones que juzga deficientes, tal recaudo tiene su razón de ser en que, en virtud del perjuicio directo sufrido por el ente, sea la propia sociedad la que deba procurar la reparación⁹⁰². De adoptarse la decisión de accionar contra los directores, esta conlleva en todos los casos su remoción (artículo 276 in fine LSC) y reemplazo⁹⁰³, aunque ello, obviamente, no habrá de figurar en el orden del día⁹⁰⁴. La legitimación activa

⁹⁰⁰ Si la asamblea no se pronuncia previamente en tal sentido, el directorio carecerá de legitimación para intentarla por sí, cualquiera fuera la conducta que el administrador involucrado observare. Cfr. HALPERÍN, I., *Curso ...*, cit., vol. II, p. 331. De allí que la resolución previa de la asamblea haya sido calificada como formalidad societaria insoslayable por GAGLIARDO (véase “Matices de la acción social de responsabilidad en la sociedad anónima”, JA-1992-II, p. 751).

⁹⁰¹ Cfr. BONELLI, F., *La responsabilidad degli...*, cit., p. 158, quien señala que el ejercicio de la acción suele estar precedido de la venta del paquete accionario de control de la sociedad.

⁹⁰² Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 54. “La titularidad de la acción social pertenece a la sociedad, porque la titularidad del patrimonio dañado por la conducta de los administradores corresponde también a la sociedad, y consecuentemente la indemnización que se obtenga sólo a la sociedad pertenece”, LLEBOT MAJÓ, J., “El sistema de responsabilidad...”, cit., p. 52; GÓMEZ CALERO, J., *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 117; CADENA ESCUER, ALBERTO, “Responsabilidad de los Administradores en el ámbito mercantil. Acciones civiles, sociales e individuales”, en *Obligaciones y responsabilidades de directivos y administradores*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996, p. 35.

⁹⁰³ Ello porque los directores pueden ser removidos –o revocados–, pero no suspendidos, ya que una de las características del cargo es la permanencia.

⁹⁰⁴ Ver MASCHERONI, FERNANDO, *El directorio en la sociedad anónima*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1978, p. 112; VERÓN, ALBERTO, *Sociedades anónimas de*

recae así primeramente iure proprio sobre la sociedad –única, originaria y verdadera titular de esta⁹⁰⁵–, quien debe decidir sobre su ejercicio.

Sin perjuicio de la salvedad apuntada en los párrafos anteriores, compete en principio a la asamblea ordinaria el tratamiento de la responsabilidad de los directores⁹⁰⁶, oportunidad en que usualmente se tratará el ejercicio de la acción. Se entiende que tal prescripción, que parecería inhibir su interposición cuando la misma hubiera sido decidida en una asamblea extraordinaria⁹⁰⁷, no debe ser interpretada con criterio excluyente.

Por el contrario –y según se refiriera–, si como consecuencia del tratamiento de cualquiera de los temas de competencia de la asamblea, cualquiera fuera su especie, resultara la responsabilidad

familia, Abaco, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 829, para quien “no habiendo directores suplentes, la asamblea que destituya al director responsable deberá proceder a la elección de su reemplazante, aunque el punto no figure en el orden del día, pues se trata de una consecuencia directa de la resolución adoptada.”

⁹⁰⁵ La sociedad afectada es, por propia definición del art. 276 LSC, el sujeto natural activo, ello habida cuenta de su calidad de víctima de los perjuicios. Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 394; GARRIGUES JOAQUÍN y URÍA RODRIGO, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, t. 2, 3ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 174; POLO, E., “Los administradores y el consejo...” de administración de la sociedad anónima” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1992, p. 298; URÍA RODRIGO, *Derecho mercantil*, 20ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 347.

⁹⁰⁶ LSC, art. 234 inc. 3º. La asamblea es, a decir de SASOT BETES, M. y SASOT, M., el juez natural de la gestión de los administradores, cfr. *El órgano...*, cit., p. 560-; MARTORELL, E., *Los directores...*, cit., p. 414.

⁹⁰⁷ Según la decisión de algún Tribunal “El ejercicio de la actio uti singuli (art. 176, párr. 2º ley 19.550) es un tema que debe ser debatido en la asamblea ordinaria; por ende, dicha acción no es procedente si fue tratada en una asamblea extraordinaria.” CNCom. Sala B, diciembre 15-1989, re “Barbará, Alfredo J. y otra c. Maryland S.A. y otros”, ED 141-127.

de los administradores de forma tal que fuera de aplicación la acción social de responsabilidad, esta podrá incorporarse⁹⁰⁸. En tal sentido y habida cuenta de lo expuesto, corresponde la aplicación genérica del artículo 276 LSC por sobre la supuesta limitación dispuesta por el artículo 234 LSC, en cuanto aquel –específicamente respecto de la acción social de responsabilidad–, refiere que la decisión puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de un asunto incluido en este⁹⁰⁹.

Consecuentemente, los quórum y mayorías requeridos para la aprobación de la resolución que habilite la acción social de responsabilidad, se corresponderán con aquellos previstos para la asamblea ordinaria o extraordinaria respectivamente, según sea el

⁹⁰⁸ Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 625, nota 1123 in fine y en “Matices de la acción social de responsabilidad en la sociedad anónima”, JA 1992-II, p. 751. A ello se puede agregar que la acción de responsabilidad contra los administradores como consecuencia de su mal desempeño, no depende de la desaprobación de los estados contables, y ni siquiera necesita de la impugnación de estos por vía judicial. CNCom., Sala D, abril 2-984, re “Alvarez, Manuel c. Guezeui, Julio y otros”, posición que, por otra parte, no hace más que coincidir con la previsión legal (art. 72 LSC) por la cual se dispone que la aprobación de balances no implica la liberación de la responsabilidad. Cfr. HALPERÍN, I., *Curso ...*, cit., vol. II, p. 331. De allí que no importa el tema –menos el tipo de asamblea–, si de aquel se verificara la existencia de responsabilidad del administrador por violación a la ley, el estatuto y el reglamento.

⁹⁰⁹ A favor de esta posición, véase NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 395. En contra, véase VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 326 y *Sociedades anónimas de familia*, cit., p. 828, para quien la resolución es competencia exclusiva de la asamblea ordinaria; VILLEGAS, CARLOS, *Derecho de las sociedades comerciales*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 448; MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 416 y 421; FARINA, JUAN, *Sociedades anónimas*, Zeus, Rosario, 1973, p. 235. En Paraguay, y por aplicación del art. 1079 c (análogo al 234 LS), véase PANGRAZIO, MIGUEL ANGEL, *Código civil paraguayo*, Intercontinental Editora, Asunción, 1998, p. 406. En Perú, cuando se derive del tratamiento del balance, ver BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO, *Comentario a la ley general de sociedades*, 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 455.

caso. Por expresa imposición legal (artículo 241 LSC), directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión ni en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa. No obstante, ello no les impide participar en la deliberación referente a estos temas⁹¹⁰. Asimismo, el ejercicio de la acción social corresponde a aquellos directores no involucrados que continúen en el cargo –de ejercerla la sociedad–, o a sus sucesores⁹¹¹.

Cabe tener presente que el ejercicio de la acción social por el propio ente obsta su posterior interposición por parte de los accionistas⁹¹², así como el ejercicio por estos inhibirá al ente del planteo, habida cuenta que el reconocimiento de la legitimación de unos excluye la de los otros⁹¹³, y de que estamos en ambos casos, frente a una misma acción.

⁹¹⁰ Lo que hace a su derecho de defensa –CNCom., Sala A, 30/12/76, ED 74-706, voto de ETCHEVERRY–, o a la seriedad del acto. Cfr. MARTORELL, E., *Los directores de ...*, cit., p. 422.

⁹¹¹ Cfr. MERLE, PHILIPPE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 17° ed., Dalloz, Paris, 2014, n° 462, p. 501.

⁹¹² “La duplicidad de la acción social, si se admitiese que a la vez la ejerciten la sociedad ut. universi y los accionistas ut. singuli, no sólo sería ilógica y anti jurídica, sino que por la diversidad de jurisdicciones en que podría caer y por la diversidad de criterios con que podría juzgarse, llevaría a un completo desorden que no ha podido jamás entrar en los designios de la ley.” SIBURU, J, *Comentario al código de comercio argentino*, t. V, J. Lajouane Editores, 1912, Buenos Aires, p.132.

⁹¹³ Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los...*, cit., p. 623; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1946, pp. 509 y 510, quien sostiene que, frente a tales casos, quien pretenda hacer valer la acción con posterioridad, deberá presentarse como tercero coadyuvante en el juicio ya iniciado.

5.5.3.2. *El accionista*

Dentro del interés colectivo de la sociedad se encuentra siempre el interés particular de los accionistas, quienes, por tal motivo, tienen una preocupación legítima en la prosecución –o inicio– de la acción social, cuyo ejercicio en definitiva repercutirá –aunque indirectamente– en su patrimonio⁹¹⁴. Se trata de un derecho individual de los socios, de carácter extraordinario⁹¹⁵, corporativo y subsidiario, que únicamente puede ser ejercido por éstos cuando la sociedad, de forma expresa o implícita, no haya ejercitado la acción contra los administradores⁹¹⁶ –ya que el socio nunca podrá ejercer la misma simultáneamente con el ente⁹¹⁷–.

Asimismo, debe tenerse presente que, si se legitimara únicamente a la sociedad a través de su órgano de administración a

⁹¹⁴ SIBURU, J., *Comentario al código de...*, cit., t. V, p. 130. Sin embargo, cabe tener presente que so pretexto de la defensa de intereses sociales (o individuales si se tratara de la acción del art. 279 LSC), el ejercicio de la acción de responsabilidad puede constituir un importante elemento de presión en poder de la minoría en contra de los administradores designados por la mayoría, pudiendo dar lugar a ejercicios abusivos o irresponsables de aquella. Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 7. A efectos de mitigar los perjuicios que al ente ocasionaría el abuso de las minorías por sobre las mayorías, sostiene LLEBOT MAJÓ que si el ejercicio de la acción intentada por los accionistas no resultara beneficioso para el conjunto de los socios porque la indemnización esperada no resulta suficiente para cubrir los costos del reclamo, y, no obstante, al ejercerla la minoría obtiene una compensación extrajudicial, la misma deberá ser –en función de la interpretación que el autor hace del art. 134.4 LSA española, luego sustituida por la LSC de 2010–, restituida a la sociedad. Cfr. LLEBOT MAJÓ, J., “El sistema de la responsabilidad...”, cit., p. 56.

⁹¹⁵ La legitimación es extraordinaria porque la titularidad de la acción no la ostentan los accionistas individualmente sino estos como grupo instrumentalmente unificado. Cfr. LLEBOT. MAJÓ, “El sistema de responsabilidad...”, cit., p. 53.

⁹¹⁶ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 232.

⁹¹⁷ Cfr. POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, cit., p. 344.

ejercer la acción, la tutela legal pretendida pudiera verse burlada –y desasistido el interés social– si la asamblea arbitrariamente optara por no ejercerla, o transara inconvenientemente con los directores, ya que son en definitiva los accionistas mayoritarios –que como tales imponen sus decisiones– los que de uso nombran a los administradores⁹¹⁸. No se trataría, igualmente, de una subrogación de los derechos de la sociedad en favor de los accionistas, toda vez que estos no son acreedores del ente ni peticionan nada para sí sino en beneficio directo de la sociedad⁹¹⁹.

Conforme prescribe el artículo 276 LSC in fine, la acción social de responsabilidad también puede ser ejercida ut singuli:

i.-) por accionistas que hubieran efectuado oposición a la gestión de los administradores en los términos del artículo 275 LSC⁹²⁰, en los casos en que la asamblea se hubiere pronunciado por la aprobación de aquella; ii.-) por cualquier accionista, en caso de aprobación del inicio de acciones por la asamblea, seguida de la omisión de tal deber por parte del nuevo directorio, y una vez transcurridos tres meses contados desde la fecha de acuerdo; iii.-) según parte de la doctrina, por aquellos accionistas ausentes en la asamblea que decidiera su promoción, por aplicación analógica del artículo 251 LSC⁹²¹; y

⁹¹⁸ Cfr. POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, cit., p. 299.

⁹¹⁹ En contra, véase VICENT CHULIÁ, FERNANDO, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, t. I, Vol. 1, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 659 y POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, cit., p. 298, para quien se trataría de una variante de la acción subrogatoria establecida en el art. 1111 del Código Civil español.

⁹²⁰ Accionistas que representen al menos el 5% del capital social.

⁹²¹ Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 639.

iv.-) cuando se afectaron derechos individuales del accionista o cuya impugnación le concede la ley⁹²².

A diferencia de la acción *ut universae*, que conlleva la remoción de los administradores involucrados, en la acción *ut singuli*, en sus modalidades referidas como i.-), iii.-) y iv.-), tal supuesto está sujeto al resultado de aquella.

Cabe tener presente que aún en los casos en que sea el accionista quien lleve adelante la acción social de responsabilidad, éste lo hace actuando en representación del interés social como si se tratara de la propia sociedad afectada⁹²³. Es la insuficiente decisión del órgano de gobierno (por no contar esta con las mayorías requeridas por la ley⁹²⁴), o la omisión del órgano de administración de su obligación de accionar, la que abre la legitimación en cascada de los restantes legitimados –por defecto– activos, y que por otra parte pone de manifiesto hasta que punto los intereses sociales integran también los del socio⁹²⁵.

De allí que el producido de la acción será en beneficio de la sociedad, sin que ello obste el previo reembolso de lo invertido por el

⁹²² Cfr. PERROTA, SALVADOR, “Responsabilidad de los administradores”, LI, 1970, XXI-1201; VERÓN A., *Sociedades comerciales.*, cit., p. 329. Por su parte, la ley mexicana (art. 163 Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934 –ref. DOF 13-06-2014-) tolera que la acción de responsabilidad incluya no solo el monto debido en favor de la sociedad sino también el personal de quien la promueva. Cfr. DE PINA VARA, RAFAEL, *Elementos de derecho mercantil mexicano*, 26ª edición, Porrúa, México, 1998, p. 131.

⁹²³ CNCom. Sala C, 2/5/87, re “Kuckiewicz Irene c. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A. y otro”, LL 1988-A, p. 64.

⁹²⁴ LSC, art. 275.

⁹²⁵ Cfr. VICENT CHULÍA, F., *Compendio crítico de derecho mercantil*, t. I, Vol. 1, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 657.

actor, lo cual se justifica por el empleo útil realizado.⁹²⁶ El rechazo de la acción –aún cuando quien la planteara fuera un accionista– tiene efecto de cosa juzgada para el ente y los demandados. Durante su desarrollo, ni la sociedad ni los otros accionistas podrán inmiscuirse en la acción promovida, aunque revieran su originaria postura de no demandar⁹²⁷. Lo dicho no obsta que los diversos socios disidentes –que sumaran más del cinco por ciento del capital social–, para el caso de plantear demandas contra idénticas personas por idénticas causas, deberán actuar en forma conjunta como un litis consorcio activo necesario.

El ejercicio de la acción por el socio tiende a corregir la pasividad de la sociedad que⁹²⁸, habiendo acordado su promoción, deja transcurrir más de tres meses sin iniciar el proceso⁹²⁹. Cuando esto sucede, la demanda –que cualquier socio promueva⁹³⁰– tendrá carácter subsidiario, por tratarse de una acción defectiva. Debido a que esta procura el mismo objetivo –pues se trata de la misma acción–, no se autoriza el posterior reclamo por el ente, en razón de que a partir de ello pudieran producirse sentencias dispares, con las consecuentes dificultades que ello acarrearía en los efectos materiales de la cosa juzgada⁹³¹. Nada obsta que, a partir de la falta

⁹²⁶ Cfr. HALPERÍN, I., *Curso...*, cit., vol. II, p. 333; GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 635.

⁹²⁷ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas...*, cit., p. 462.

⁹²⁸ Cfr. URÍA, RODRIGO, *Derecho mercantil*, 20ª edición, Marcial Pons, 1993, Madrid, p. 347; FARINA, J., *Sociedades anónimas...*, cit., p. 236.

⁹²⁹ Igual término prevé la ley de sociedades uruguaya, art. 394, y el Código Civil paraguayo, art. 1114.

⁹³⁰ Aún aquellos que no revistieran carácter de tal al tiempo de adoptarse el decisorio, por no tratarse de un daño directo a su patrimonio sino al del ente. En otra, Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 330.

⁹³¹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 329; SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *El órgano de administración*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 543; MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 421.

de promoción del pleito por parte de los administradores, pudiera derivarse una nueva acción contra estos por su reticencia culposa⁹³².

5.5.3.3. *El accionista que efectuó oposición (276 LSC in fine)*

Para el caso de que la asamblea no decidiera iniciar la acción social de responsabilidad contra los administradores, aquel accionista –o conjunto de accionistas que integran un grupo de socios⁹³³– que reúna al menos el cinco por ciento del capital social⁹³⁴, y que se hubiera opuesto a la aprobación de la gestión, podrá proponer la misma sin necesidad de aguardar los tres meses previstos por el artículo 277 LSC. Asume así la minoría la defensa del interés social renunciado expresamente por la mayoría⁹³⁵.

Dicho porcentaje indicaría a su vez la medida del interés minoritario digno de protección⁹³⁶, ello en procura de evitar que la acción sea ejercida en forma extorsiva por accionistas malintencionados. Sobre el particular, destacada doctrina ha sostenido que la ley no ha buscado establecer una mayoría especial, sino un verdadero derecho de veto de un porcentaje de los accionistas, por lo que su oposición debiera ser siempre expresa, no bastando la ausencia o abstención⁹³⁷. Aquellos accionistas que no reúnan el referido cinco por ciento sólo podrán ejercer, de corresponder, la acción individual prevista en el artículo 279 LSC.

⁹³² Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de comercio...*, cit., t. VI, p. 332.

⁹³³ En tales casos resultará forzosa la formación de un litisconsorcio activo.

⁹³⁴ Art. 330 del anteproyecto MALAGARRIGA y AZTIRIA fijaba un 20%.

⁹³⁵ Cfr. FARINA, J., *Sociedades anónimas*, cit., p. 236.

⁹³⁶ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 330.

⁹³⁷ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, p. 532.

Tratándose de una modalidad de ejercicio de la acción social, los accionistas demandantes actuarán como representantes del ente y en interés directo de éste, lo que habrá de beneficiar a la sociedad con la indemnización que en su caso se obtenga⁹³⁸. No obstante deberán atender, personalmente y de manera previa, la tasa de justicia que los tribunales fijen para la promoción de procedimientos con contenido patrimonial⁹³⁹, ello sin perjuicio de que el reclamo sea por otro y para otro –el ente–. Simultáneamente –o en forma conjunta–, y más allá de que no surge con claridad de la LSC, parecería prudente que junto con la acción social de responsabilidad los accionistas promuevan la de impugnación de la asamblea que pretendió eximir de responsabilidad al administrador⁹⁴⁰. La acción en estos casos deberá ejercerse contra los directores y la sociedad, ya que de estar estos aún en ejercicio de su cargo –la asamblea aprobó su gestión– se pretenderá obtener tanto el resarcimiento del perjuicio como el desplazamiento de los integrantes del órgano imputados⁹⁴¹.

La posesión del cinco por ciento del capital social deberá acreditarse al momento de presentar la demanda, como requisito de legitimación. La pérdida del carácter de accionista por parte del actor durante la tramitación del juicio no afecta su continuación y el adquirente de las acciones puede optar proseguir las actuaciones,

⁹³⁸ Cfr. URÍA, R., *Derecho mercantil*, cit., p. 347.

⁹³⁹ Ley 23.893, art. 4 inc. a); CNCom. Sala E, septiembre 20-2000 re “T.R.E. s. sucesión c. K.S. S.A.C.I.F.I.A. y M. y otro s. sumario s. incidente de pago de tasa de justicia”, ED 202, p. 86.

⁹⁴⁰ Cfr. OTAEGUI, JULIO, *Administración societaria*, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 394; DEN TOOM, MARCELO, “Acciones sociales de responsabilidad ut. singuli: las acciones derivadas”, en *El Directorio en las sociedades anónimas, Estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 312.

⁹⁴¹ Cfr. MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 422.

dado que se trata de una acción que tiende a beneficiar el patrimonio del ente⁹⁴², por lo que el interés del comprador se sobreentiende. La transferencia de los títulos representativos de la participación social implica, entonces, la cesión de tales derechos, que revisten el carácter de litigiosos en los términos del artículo 1455 del Código Civil⁹⁴³.

Resta por considerar que es lo que sucede si, planteado el supuesto de responsabilidad y no estando éste incluido en el orden del día, el mismo no es discutido por la asamblea. En tal caso, careciéndose de un requisito ineludible para la promoción de la acción –el tratamiento asambleario previo–, la minoría adolecerá de facultades a tales fines⁹⁴⁴.

5.5.3.4. Los tenedor de acciones preferidas

Conforme se dijera, aquellos accionistas que se hubieran opuesto a la aprobación de la gestión del directorio, y cumplieran con los recaudos del art. 275 LSC, podrán promover la acción social de responsabilidad. Tal supuesto incluso habrá de verificarse en los

⁹⁴² Ni el accionista está actuando en su propia cuenta o beneficio, ni el perjuicio que haya podido ocasionarse a la sociedad se ve modificado por la transmisión de las acciones a un tercero. Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El Ejercicio de las acciones de responsabilidad...*, cit., p. 272.

⁹⁴³ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 399.

⁹⁴⁴ Sin perjuicio de ello, autorizada doctrina extranjera se inclina por sostener la tesis contraria. Para SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, “Administradores”, en *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, t. IV, Madrid, 1994, p. 308, la negativa de la asamblea (Junta) a tratar el tema, al igual que una votación negativa, abre la posibilidad de accionar, en procura de evitar las inútiles dilaciones que implicaría la solicitud de convocatoria a tal efecto. En igual sentido, CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las...*, cit., p. 81.

casos de acciones que carezcan de voto en tanto excedan el cinco por ciento del capital social.

5.5.3.5. El interventor judicial

En determinadas circunstancias la ley pareciera otorgar al interventor judicial la posibilidad de intentar la acción social de responsabilidad, ello según el alcance de las funciones que se le asignen⁹⁴⁵. En tales casos, el administrador provisorio deberá solicitar, previo inicio de la acción, la autorización de la asamblea. Sólo en aquellos casos en que el órgano de gobierno estuviera suspendido en su funcionamiento, deberá requerir autorización judicial⁹⁴⁶.

5.5.3.6. Legitimación activa durante la etapa concursal

La sola petición de la formación de concurso preventivo no obsta el derecho que de uso asiste a la asamblea de decidir el inicio de acciones legales contra los administradores, por cuanto la concursada conserva la administración de sus bienes y la facultad de resolver todo lo atinente a los actos ordinarios sin necesidad de autorización de ninguna especie. Ello sin perjuicio de que del deber de vigilancia impuesto a la sindicatura⁹⁴⁷, pudiera derivarse que ésta desaconsejara la acción cuando entendiera que, por

⁹⁴⁵ LSC, art. 115.

⁹⁴⁶ Cfr. HALPERÍN I., *Curso ...*, cit., vol. II, p. 332; *Sociedades anónimas...*, cit., p. 459.

⁹⁴⁷ LCQ, art. 15: “El concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico”.

improcedente, pudiera ocasionar un perjuicio evidente para los acreedores.

5.5.3.7. Legitimación activa en caso de quiebra: cuestiones generales

Sin perjuicio de las disposiciones generales que la LCQ establece respecto de las acciones de responsabilidad concursal⁹⁴⁸, su artículo 175 pauta de manera específica la forma en que la acción social de responsabilidad, de la que la LCQ para parte de la doctrina, se apropia⁹⁴⁹, debe ser ejercida⁹⁵⁰. No se trata de la creación de una nueva acción concursal contra quienes tuvieron a su cargo la administración de la fallida, sino de revestir al síndico de la quiebra de la legitimación procesal para el ejercicio de un reclamo previsto en otro cuerpo legal⁹⁵¹. Se instrumenta así la LCQ – mínimamente y dentro de un marco de competencias que le son

⁹⁴⁸ LCQ, art. 173: “Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados. Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”.

⁹⁴⁹ Cfr. GAGLIARDO, MARIANO, “Responsabilidad falencial”, JA 1999 IV, p. 177. No obstante, tal apropiación no debe ser entendida en sentido estricto, según referiremos más adelante.

⁹⁵⁰ LCQ, art. 175: “El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico”.

⁹⁵¹ Cfr. CNCom. Sala B, noviembre 26-1998 re “Estructuras Elcora S.A. c. Yrcovich Rosa y otro”, en Revista de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Concursales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 99.

propias— algunos aspectos de la acción social de responsabilidad⁹⁵², disponiendo la forma en que esta debe ser ejercida en caso de falencia: la naturaleza de la acción social no muta por su sola apropiación por la quiebra, de allí la imposibilidad de aplicarle la mayor parte de las previsiones de la LCQ.

Tal extremo surge de cotejar su ejercicio *ut singuli*: cuando la acción es promovida subsidiariamente por un accionista⁹⁵³, éste lo hace por y para el ente, sin subrogarse —jamás— los derechos de la sociedad. Producida la quiebra, y sin perjuicio de la nueva radicación de la acción —producto del fuero de atracción— el socio no pierde su legitimación procesal: sólo cabe al síndico optar por hacerse parte coadyuvante o mantenerse fuera de la acción⁹⁵⁴. A diferencia de en la etapa *in bonis*, el producido de la acción servirá ahora para la atención de la masa acreedora —de allí que pudiera verse en el artículo 175 LCQ una suerte de apropiación de la acción social por el concurso—, sin que ello sirva para cambiar su naturaleza, ni que obste que, de existir a la postre remanente, el

⁹⁵² Cfr. ROUILLÓN, ADOLFO, *Régimen de concursos y quiebras*, 9ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 251; GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 651; DASSO ARIEL ANGEL, DASSO GUSTAVO y DASSO ARIEL, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 499. Calificada doctrina ha sostenido que el mantenimiento de un régimen de responsabilidad dual (concurso y societario) en la LCQ configura un desacierto legislativo, que no favorece la protección de terceros ni la recomposición patrimonial. Cfr. JUNYENT BAS, FRANCISCO, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en *La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 457.

⁹⁵³ LSC, arts. 275 y 276.

⁹⁵⁴ Según se verá más adelante, el socio continúa el trámite de la acción social —su versión *ut singuli*— previamente iniciada, pudiendo la sindicatura hacerse parte coadyuvante del proceso. Si, en cambio, la acción hubiera sido iniciada por el ente (*ut iniversae*), o decidiera promoverse después de la quiebra, el único legitimado es el síndico.

mismo beneficie al fallido, por tanto a sus socios, que gozan de un interés especial en la prosecución –y éxito– de las actuaciones⁹⁵⁵.

5.5.3.8. Legitimación activa en caso de quiebra: legitimación del síndico para su inicio, decretada la quiebra

En caso de quiebra de la sociedad la acción puede ser ejercida por el representante del concurso⁹⁵⁶, y, en su defecto, por los acreedores individualmente⁹⁵⁷. En tales supuestos, resultará inoponible al concurso la pretendida aprobación de la gestión de los directores, como así también la renuncia, transacción o prescripción⁹⁵⁸.

i.-) Tratándose de una misma acción –la social– considerada por ambos ordenamientos –concursal y societario–, de resultar que aquella hubiera sido intentada antes de la falencia por el ente –luego devenido fallido–, los accionistas opositores o cualquier accionista⁹⁵⁹, su rechazo surtirá el efecto de cosa juzgada, inhibiendo al síndico concursal de plantear ulteriormente la misma en los términos del artículo 175 LCQ. Cabe recordar que la previsión del artículo 278 LSC sólo se verificará una vez que se hubiera declarado

⁹⁵⁵ Cfr. GULMINELLI, RICARDO, “Continuación de las acciones de responsabilidad promovidas con anterioridad a la quiebra”, en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 468.

⁹⁵⁶ La legitimación procesal del síndico referida en el art. 175 LCQ no resulta reiterativa de la consagrada en el art. 174 LCQ, habida cuenta que las acciones en aquel previstas no son sólo, como se dijera, las del 173 LCQ. Cfr. FASSI, SANTIAGO y GEBHARD, MARCELO, *Concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 389; DASSO, A. y otros, *Quiebras...*, cit., t. I, p. 500.

⁹⁵⁷ LCQ, art. 175 y LSC, art. 278.

⁹⁵⁸ Cfr. MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 424.

⁹⁵⁹ LSC, arts. 276 y 277.

la falencia del ente. Si, en cambio, esta se encontrara en trámite al momento de declararse la falencia, la misma habrá de continuar por ante el Juzgado del concurso, y el representante del concurso o síndico podrá optar entre hacerse parte coadyuvante del proceso⁹⁶⁰, o mantenerse al margen del mismo y deducir las acciones que correspondan, por separado⁹⁶¹, en cuyo caso ambas acciones habrán de acumularse. Va de suyo que corresponde al síndico iniciarla si tal recaudo no hubiere sido ya adoptado por el propio ente antes de su falencia. Frente a su omisión, y transcurridos treinta días, los acreedores pueden asumir en subsidio tal función.

ii.-) Resulta dudoso que sea necesario requerir la conformidad de la asamblea de accionistas –en los términos del artículo 276 LSC– a fin de ejercer la acción social de responsabilidad una vez decretada la quiebra, ello no obstante que su competencia para decidir sobre su producción no cesa ni siquiera en etapa liquidativa⁹⁶². En función de su apropiación por el concurso, parece lógico eximirlo de tal recaudo, dado que la asamblea no podría resolver negativamente e inhibir una acción ya incautada en favor ahora de los acreedores por efecto de la declaración de quiebra⁹⁶³, lo que torna inconducente su celebración⁹⁶⁴. Tal apropiación tampoco

⁹⁶⁰ La opción de hacerse parte coadyuvante en los procesos o mantenerse fuera de ellos, debe fundarse en la naturaleza de la acción promovida. Pero si fue la sociedad la que la promovió, el síndico reemplazará a ésta en su ejercicio. Cfr. VERÓN, ALBERTO, *Sociedades anónimas de familia*, Abaco, Buenos Aires 1979, p. 834; DASSO A. y otros, *Quiebras...*, t. I, cit., p. 500.

⁹⁶¹ LSC, art. 278 y LCQ, art. 175.

⁹⁶² Cfr. VERÓN, A., *Sociedades Comerciales...*, cit., t. 4, p. 327.

⁹⁶³ Incautación con los alcances limitados a los que ya se aludiera más arriba.

⁹⁶⁴ Cfr. QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y ALBERTI, EDGARDO, *Concursos. Ley 19.550 comentada, anotada y concordada*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, p. 259; JUNYENT BAS, FRANCISCO, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en *La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 517; BERGEL, SALVADOR “Responsabilidad de terceros en la quiebra”,

impone a la sindicatura requerir de los acreedores, para la prosecución –o inicio– de la acción social, las conformidades previstas en el artículo 119 LCQ⁹⁶⁵, no sólo en razón de su distinta naturaleza –y procedencia– sino de la falta de remisión expresa –sí existente en el artículo 174 respecto del artículo 173 –ambos LCQ–.

JA 81-I-742; NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1995, p. 408; BORETTO, MAURICIO, “Responsabilidad de terceros en el proceso ...”, cit., p. 335. En contra, GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 651, para quien no puede prescindirse de la decisión asamblearia, pues la legitimación del representante del concurso no puede conducir a soslayar las exigencias del art. 276 LSC, quedando siempre a este último la alternativa de cuestionar la decisión asamblearia.

⁹⁶⁵ Tal la posición que se sostiene, sin perjuicio de las dificultades que esta observa en razón del –en apariencia– inconexo final del art. 176 LCQ. En igual sentido se expiden JUNYENT BAS, F., “Responsabilidad de terceros...”, cit., pp. 78 y 79; JUNYENT BAS, FRANCISCO y MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Ley de concursos y quiebras, comentada*, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 348; CONIL PAZ, ALBERTO, “La acción pauliana. Una solución, comentario al fallo de la CSJN “Distribuidora Cabal s/ Quiebra c/ Banco Buen Ayre S.A.””, ED 176-617; RIVERA, JULIO, *Instituciones de derecho concursal*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 331; BORETTO, MAURICIO, “Responsabilidad de terceros en el proceso falencial” *Derecho concursal aplicado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 335. En contra, parte de la doctrina entiende de aplicación la remisión genérica del 176 in fine, y que forzaría a la sindicatura a requerir el régimen de conformidades del art. 119 LCQ también en el caso de las acciones sociales (tanto para su inicio como prosecución). Cfr. ROUILLÓN, A., *Régimen de...*, cit., p. 266; ROITMAN, HORACIO “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, DP y C n° 11, 1996, p. 52; ESTEVEZ, JORGE ALBERTO, “Responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad”, LL 2000-B, p. 1232.

5.5.3.9. Legitimación activa en caso de quiebra: plazos para el ejercicio de la acción frente a los supuestos de intervención de la sindicatura

Cuando sea la sindicatura la que deba promover la acción, en razón de su apropiación por el concurso⁹⁶⁶, cabrá también distinguir diversos supuestos, sin olvidar que producto de su particular naturaleza la aplicación lisa y llana de la normativa concursal deviene improponible⁹⁶⁷:

i.-) cuando la asamblea hubiera decidido la promoción de la acción, y esta aún no se hubiere iniciado por no haber transcurrido el plazo del artículo 277 LSC al decretarse la falencia: frente a tal evento, el síndico de la quiebra –quien ha sustituido procesalmente al fallido– cuenta para iniciar la acción con el plazo que restaba al ente a tal efecto, computable desde la fecha de acuerdo (tres años menos los meses efectivamente transcurridos desde la fecha de este);

ii.-) cuando la asamblea hubiere decidido su promoción y aún no se hubiere interpuesto la misma, no obstante haber transcurrido el plazo de los artículos 276 y 277 LSC: Al igual que en el supuesto anterior, el síndico de la quiebra cuenta para iniciar la acción con el plazo que restaba al ente a tal efecto, computable desde la fecha de acuerdo (tres años menos los meses efectivamente transcurridos desde la fecha de este);

⁹⁶⁶ LCQ, art. 175.

⁹⁶⁷ En las acciones del art. 173 LCQ el bien jurídico tutelado es el interés de los acreedores del quebrado, mientras que la acción del art. 276 LSC tutela el del propio fallido. Si la quiebra concluye por haber sido desinteresados los acreedores mediante un mecanismo no liquidativo (v.gr. avenimiento), cesan las acciones concursales, pero no las propias de otros ordenamientos (v.gr. las sociales). Cfr. BORETTO, M., “Responsabilidad de terceros en ...”, cit., pp. 306 y 307.

iii.-) cuando la asamblea hubiera rechazado su iniciación, y los accionistas que formularan oposición en los términos del artículo 275 LSC aún no hubieran interpuesto la acción: estando expedita la acción para el ente, atento la falta de extinción de responsabilidad a partir de la no aprobación asamblearia, el síndico ha quedado automáticamente legitimado (artículos 275 y 278 LSC), ello con más la referida apropiación del art. 175 LCQ;

iv.-) por el síndico, cuando hubiera quiebra sin que la asamblea previamente decidiera la iniciación de acciones. Tal insoluta hipótesis presenta equívocas respuestas. Resulta dudoso –según se dijera– que sea necesario requerir la conformidad de la asamblea de accionistas o la de los acreedores –en los términos de los artículos 276 LSC o 119 LCQ–, a fin de ejercer la acción social de responsabilidad una vez decretada la quiebra. Frente a tal evento, entonces, parecería que el plazo de prescripción de la acción comienza a correr desde que la conducta dañosa atribuida al órgano de administración fue o pudo razonablemente ser conocida por la sindicatura⁹⁶⁸ –al igual que para el ente, en caso de inexistencia de falencia-⁹⁶⁹.

5.5.3.10. Liquidador

También cabría el ejercicio de la acción al liquidador, a poco que se repare en que ésta puede ser promovida incluso cuando la

⁹⁶⁸ Tres años; Código de Comercio, art. 848 inc. 1°.

⁹⁶⁹ Se rectifica así la anterior posición expuesta en ED 195-972. En contra, y a favor de que la acción social promovida por la sindicatura principia su plazo de prescripción desde la declaración de quiebra, véase ROUGES, JULIO, “Prescripción de la acción de responsabilidad social promovida por el síndico concursal”, en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 235.

sociedad se encuentra en liquidación⁹⁷⁰. En cuanto a la necesidad de que la asamblea se exprese previamente sobre su procedencia, legislaciones como la italiana y paraguaya así lo prevén expresamente (artículos 2393 Código Civil y 1113 Código Civil, respectivamente).

5.5.3.11. Terceros

A partir de su no inclusión en la LSC, se ha sostenido que no cabe a los terceros el ejercicio de la acción social⁹⁷¹. No obstante, nada parece indicar que esta sea la solución adecuada, ni que, una vez decidido el ejercicio de la acción, pueda distinguirse a la social de responsabilidad de cualquier otra con contenido económico subrogable por los terceros en los términos del artículo 1196 del Código Civil⁹⁷². Lo que sí cabe entender es que estos –los terceros– no se encuentran habilitados para resolver su procedencia de

⁹⁷⁰ LSC, art. 102 y 105.

Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 395. En forma coincidente se ha expedido la doctrina española. Cfr. CALBACHO LOSADA, FERNANDO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 177.

⁹⁷¹ Cfr. GUDULICH, GRACIELA, “Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas. El ejercicio de responsabilidad. En caso de terceros”, en VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y Empresa, t. II, p. 240.

⁹⁷² Código Civil, art. 1195. “Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros”. Art. 1196: “Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona”.

acuerdo a la disposición de la LSC⁹⁷³, extremo únicamente previsto para el ente (a través de la decisión de la mayoría del capital social) o ciertas minorías.

En este sentido la ley paraguaya autoriza a los acreedores del ente –terceros– a promover la acción social decidida asambleariamente cuando el patrimonio social resuelve insuficiente para la satisfacción de sus créditos⁹⁷⁴. Análogas disposiciones se pueden encontrar en la Ley de Sociedades Comerciales uruguaya⁹⁷⁵ y en la española, que les reconoce tal derecho, siempre y cuando la acción no haya sido ejercitada por la sociedad o los accionistas, y siempre que el patrimonio social resultara insuficiente para la satisfacción de sus créditos⁹⁷⁶.

5.5.4. Legitimación pasiva

Cuando la acción social de responsabilidad es ejercida por el ente, o por un accionista frente a la demora del órgano de administración, la misma habrá de dirigirse contra la persona de los ex directores responsables del perjuicio, removidos automáticamente de sus cargos, según dispone el artículo 276 LSC. Sin embargo, puede darse el caso de que el director imputado

⁹⁷³ LSC, arts. 275 y 276.

⁹⁷⁴ Código Civil, arts. 1113 y 1115. Cfr. VELÁZQUEZ, GUIDO ERNESTO, *Manual de derecho societario*, Intercontinental Editora, Asunción, 2003, p. 175; PANGRAZIO, MIGUEL ANGEL, *Código civil paraguayo comentado*, libro tercero, Intercontinental Editora, Asunción, 1998, p. 408.

⁹⁷⁵ LSC 16.060, art. 395.

⁹⁷⁶ Cfr. MAGRO SERVET, VICENTE, “La responsabilidad civil de los administradores de Sociedades. Especial referencia a la prescripción de la acción para exigirles responsabilidad civil”, en *Revista de Actualidad Civil* n° 48, LXXVII, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2000, p. 1637.

permanezca en su cargo, por haber recibido la aprobación de una parte de la asamblea. Frente a tales casos, aquellos que hubieran efectuado oposición –si hubieran alcanzado el cinco por ciento previsto por el artículo 275 LSC, o, de no haberlo alcanzado, acumularan la acción a la de nulidad de asamblea–, deberán dirigir su reclamo contra la sociedad y los directores, ya que la declaración judicial de responsabilidad de estos últimos acarreará su remoción y obligará al ente a su reemplazo, ello con más la que pudiera surgir respecto de los socios en los términos del artículo 254 LSC.

5.5.5. Prescripción de la acción

5.5.5.1. Cuestiones generales

El plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad no se encuentra previsto en la LSC⁹⁷⁷, por lo que resulta necesario remitirse sobre el particular al régimen contemplado en el Código de Comercio, y, en su caso y por reenvío de este⁹⁷⁸, al Código Civil. El Código de Comercio dispone de un plazo genérico de prescripción de diez años, salvo el caso de supuestos determinados en que se ha legislado específicamente (artículo 846), tal el caso de las acciones que se deriven del contrato de sociedad y de las operaciones sociales, en que la prescripción es de tres años (artículo 848 párr. 1°).

⁹⁷⁷ Conforme ya se viera, en términos generales la LSC no contiene disposiciones generales respecto de la prescripción, con la salvedad hecha sobre suscripción preferente (art. 195 y 196) e impugnación de decisiones asamblearias (art. 251), ambos casos dudosos en cuanto se trataría de plazos de prescripción o de caducidad.

⁹⁷⁸ La prescripción mercantil está sujeta a las reglas establecidas para las prescripciones en el Código Civil, en cuanto ello no se opusiera a los específicamente reglado por el Código de Comercio (art. 844 Cód. Com.).

En lo pertinente, el Código Civil –al que supletoriamente remite el artículo 844 Código de Comercio– establece un plazo de prescripción de diez años para cuando se tratara de acciones personales y de dos en supuestos de responsabilidad extracontractual⁹⁷⁹. Ello debe a su vez conjugarse con el carácter de la función del órgano de administración y con el servicio que el director –si se lo considera individualmente– presta al ente. Para parte de la doctrina comercialista, y como principio liminar, la responsabilidad de los directores es de naturaleza contractual⁹⁸⁰, mientras que calificada doctrina se inclina por atribuir a la misma carácter extracontractual⁹⁸¹.

Esta distinción no resulta menor a poco que se repare en que, en función de ella habrán de variar –entre otras cosas– los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad. No obstante, aún dentro de quienes se enrolan en una u otra posición no existe consenso en cuanto al plazo aplicable, por lo que para un mejor ordenamiento se opta por agrupar las posiciones de la doctrina y jurisprudencia según la norma positiva que juzguen aplicable:

i.-) plazo de prescripción de dos años, por aplicación del artículo 4037 del Código Civil: parte de la doctrina se inclina por la aplicación una prescripción de dos años, en razón de atribuir naturaleza extracontractual a la relación del administrador con el ente⁹⁸²; ii.-) plazo de prescripción de tres

⁹⁷⁹ Código Civil, arts. 4023 y 4037.

⁹⁸⁰ GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 660; id. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, p. 526 cuando el mal desempeño del cargo o la violación a la ley o los estatutos refiera a cuestiones societarias específicamente; PÉREZ CARRILLO, E., *La administración...*, cit., p. 211.

⁹⁸¹ Cfr. OTAEGUI, J., *Administración societaria*, cit., pp. 408/9, JUNYENT BAS, F. y RODRÍGUEZ DE LA PUENTE, LUIS, “Responsabilidad de los administradores societarios” en *Derecho societario y de la empresa*, Advocatus, t. II, 1992.

⁹⁸² Cfr. OTAEGUI, J., *Administración societaria*, cit., p. 407.

años, por aplicación del artículo 848 inc. 1° del Código de Comercio: La casi totalidad de los autores asignan a la responsabilidad del administrador respecto del ente un carácter contractual, optando por la prescripción trienal del artículo 848 inc. 1° Código de Comercio⁹⁸³. Es esta la posición que se entiende debe aplicarse⁹⁸⁴; iii.-) Plazo de prescripción de

⁹⁸³ Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 660; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *El órgano...*, cit., p. 549; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario. Parte general. Los órganos societarios*, t. 4, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 428; FERRÉ, GERMÁN LUIS, “Prescripción de la acción social de responsabilidad de directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 22, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 155 –aunque con independencia del carácter contractual o no de la relación–; FARINA, J., *Sociedades anónimas*, cit., p. 237; NISSEN, R., *Curso de derecho societario*, cit., p. 483 y *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 400; ALEGRÍA, HÉCTOR, “Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas”, en *RDPyC*, n° 22, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 263; CNCom. Sala A, re “Eledar S.A. c. Serer Jorge Antonio s. Sumario”, ED 178-470. También por la prescripción trienal, aunque sin reconocer carácter contractual al vínculo ante el administrador y la sociedad –se trataría de un acto interno unilateral de integración a un órgano–, RANGUGNI, DIEGO EMILIO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los directores de S.A.”, LL 1999-B, p. 122.

⁹⁸⁴ En Bolivia la acción de responsabilidad contra los directores prescribe “a los tres años de haber fenecido el mandato respectivo” (art. 323 Cód. Com), lo que equivale a la aprobación de la gestión si la misma no fuera eficaz, o a una vez decidida la acción, si no se plateara en dicho lapso –cfr. CABEZAS CABALLERO, DAVID, *Nociones de derecho comercial*, 1° edición, Tupac Katari, Sucre, 1999, p. 110–. En España, la acción social de responsabilidad prescribe –al igual que la responsabilidad de los administradores– “a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo –los socios, gerentes y administradores– cesaren en el ejercicio de la administración” (art. 949 Código de Comercio) –cfr. CARRERA GIRAL, JUAN, *Ley de sociedades anónimas*, t. 3, Bosch, Barcelona, 1991, p. 1046–. Si la realización del daño ha tenido lugar antes del cese del administrador, la prescripción de la acción queda en suspenso en tanto el administrador continúe en el ejercicio de sus funciones; por el contrario, si la lesión patrimonial a la sociedad se produce luego de que el administrador hubiera cesado en su cargo, será a partir de ese momento y no del cese cuando haya que contar el plazo de prescripción. Cfr. POLO, EDUARDO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima” en

diez años, por aplicación del artículo 846 del Código de Comercio: Sobre el punto, alguna doctrina entiende que rige para el caso el artículo 846 del Código de Comercio, que establece la prescripción ordinaria en materia mercantil de diez años⁹⁸⁵. Ello en virtud de que siendo su titular la sociedad, la vinculación con el director no es en la LSC una relación social, sino un contrato independiente, sujeto a reglas propias, que hace inaplicable el artículo 848 Código de Comercio.

Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, t. VI, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1992, p. 329. En Francia, la prescripción es de tres años tanto para la acción social como la individual. Si la violación de la ley implicara la comisión de un delito penal, la prescripción será de diez años –cfr. Cfr. RIPERT, G. Y ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*, cit., p. 1310–. En México, pese al silencio de la LGSM, mayormente se acepta el decenal del art. 1047 del Código Civil –cfr. BARRERA GRAF, JORGE, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, 7ª reimpresión, México, 2008, p. 594–, frente al de cinco años del art. 1045, y que refiere únicamente a derechos y obligaciones “de la sociedad para con los socios, de los socios para con la sociedad y de los socios entre sí”. En Perú la ley de 1998 innova respecto de sus pares, al establecer que las pretensiones del socio –o cualquier tercero– contra la sociedad o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por la LGS respecto de los cuales no se haya previsto expresamente un plazo, caducan a los dos años computables desde la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión (art. 49). En concordancia con ellos, el art. 184 prevé que “la responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño”. Esta distinción –respecto de la prescripción dispuesta en los demás ordenamientos– no es menor, ya que el transcurso del plazo legal, que no se suspende ni interrumpe, habrá de extinguir tanto la acción como el derecho, pudiendo la caducidad operada ser declarada aún de oficio.

⁹⁸⁵ HALPERÍN, I., *Curso...*, cit., vol. II, p. 333 y *Sociedades anónimas...*, cit., p. 462; VERÓN, A., *Sociedades anónimas de...*, cit., t. 2, p. 836.

5.5.5.2. *Aplicación de plazos*

Sobre el particular, es necesario efectuar una triple distinción en cuanto⁹⁸⁶:

i.-) plazo que transcurre desde que la conducta dañosa cometida es conocida o pudo ser conocida por la asamblea:

el plazo de prescripción de la acción comienza a correr desde que la conducta dañosa atribuida al órgano de administración es conocida –o debió ser conocida– por la asamblea⁹⁸⁷. Antes de ello no corre el plazo de prescripción general dispuesto por el artículo 848 inc. 1° del Código de Comercio, que en el caso particular beneficia a la sociedad –y no al administrador que es quien ha permitido o facilitado que el daño permanezca oculto–, por no existir posibilidad para el ente de iniciar la acción;

ii.-) el plazo que transcurre desde que, conocida la conducta dañosa, la asamblea resuelve el inicio –o no– de la acción social:

según referimos en i.-), el cómputo del plazo de prescripción sólo comienza desde que la sociedad (o en su caso los accionistas opositores en los términos del artículo 275 LSC)

⁹⁸⁶ Se revé en este apartado y en los siguientes la anterior posición que fuera seguida en ED 195-972.

⁹⁸⁷ Cfr. FERRER, GERMÁN, “Prescripción de la acción social de responsabilidad de directores de sociedades anónimas”, en RDPyC, n° 22, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 155, para quien “la eventual falta de conocimiento que obstaría al inicio del curso de prescripción debe encontrarse debidamente justificada, conforme las circunstancias particulares del caso. No se trata de proteger al accionista negligente [en realidad, al ente], sino a aquel que efectivamente se encontraba en dificultades serias de tomar conocimiento del perjuicio sufrido por la sociedad. El debido cuidado, previsión o diligencia, deberán juzgarse conforme las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar, en un todo de acuerdo con el concepto de culpa que establece el artículo 512 del Código Civil”.

toma cuenta del daño. No obstante, es posible –en especial si quienes movilizarán el reclamo detentan una pequeña porción del capital social⁹⁸⁸– que, desde la toma de conocimiento hasta la resolución asamblearia, pudiera transcurrir un plazo mayor que el previsto para las acciones de responsabilidad –contractual– del administrador (tres años; artículo 848 inc. 1° Código de Comercio), ello producto de la inacción de los administradores involucrados y las mayoría –cómplices– reticentes. Frente a tal supuesto, la responsabilidad del administrador se encontrará, cuando finalmente sea tratada, prescripta, y la demanda, por tanto, será improponible. En todos los casos, la solicitud judicial de convocatoria a asamblea de la mencionada minoría, para tratar el caso, interrumpe la prescripción. Cabe señalar una particularidad: sólo si el inicio de acciones hubiera sido resuelto por la asamblea antes de que transcurra dicho plazo –tres años–, quedará expedita la acción social de responsabilidad (artículo 276 LSC). El ente contará para su ejercicio con idéntico término: tres años (artículo 848 inc. 1° Código de Comercio)⁹⁸⁹. Tal solución, que corresponde dar al tema de acuerdo a las previsiones legales existentes, no obstante ajustada a derecho, no luce justa: atento la coincidencia entre el hecho generador del daño y la causa petendi, podría en cambio sostenerse que se estaría siempre frente a una misma acción (no obstante su ejercicio se supedita al tratamiento asambleario), por lo que se duplicaría de este modo el plazo de prescripción en desmedro del administrador⁹⁹⁰;

⁹⁸⁸ De más del 5% del mismo, art. 175 LSC.

⁹⁸⁹ Lo que importa mantener vigente el ejercicio de la acción, en tal supuesto, hasta 6 años de conocido el daño.

⁹⁹⁰ Repárese que el plazo de prescripción principia con la decisión asamblearia (escindida del momento de la ocurrencia del evento y sí relacionada con su

iii.-) plazo que transcurre desde que tal decisión asamblearia se adopta, hasta que la acción social efectivamente se inicia:

iii.a.-) Cuando la acción es ejercida por la sociedad⁹⁹¹, el plazo comienza a computarse desde la fecha en que la asamblea declaró al director incurso en responsabilidad⁹⁹²;

iii.b.-) Adoptada la decisión asamblearia de iniciar la acción social de responsabilidad, el directorio cuenta con un plazo de exclusividad de tres meses para interponerla. Caso contrario, cualquier accionista puede promoverla –por y para el ente–, ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran incurrido los actuales directores por el incumplimiento de la medida ordenada⁹⁹³. El plazo en todos los casos comenzará a computarse desde la fecha en que la gestión fue reprobada, por lo que, si la sociedad hubiere decidido ejercer la acción y no obstante ello su directorio dejara transcurrir tres meses sin interponerla, dicho plazo de exclusividad –no de espera– no interrumpirá ni suspenderá el término de la prescripción⁹⁹⁴,

conocimiento), sin que nada permita hacer distingos en cuanto a que, adoptada esta, corresponda restarle a los 3 años previstos por el art. 848 inc. 1° Cód. Com., el tiempo transcurrido.

⁹⁹¹ LSC, art. 276 1° párr.

⁹⁹² Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 462, ALEGRÍA, HÉCTOR, “Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas”, en RDPyC, n° 22, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 293; CNCom. Sala A, octubre 9-1997 re “Eledar S.A. c. Serer Jorge”, LL 1999-B, p. 124.

⁹⁹³ LSC, arts. 276 y 277.

⁹⁹⁴ LSC; art. 277. Ello es así porque la acción se ha dispuesto en beneficio del ente, aún cuando quien la ejerza –por y para el ente– sea un socio. Lo contrario importaría un alargamiento injustificado (y no previsto) de los plazos legales, en beneficio del ente –y no del socio– como equivocadamente pueda considerarse. En contra, véase VILLEGAS, CARLOS, *Derecho de las sociedades comerciales*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 449; GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 660.

habida cuenta que sólo transcurrido el mismo, y en forma subsidiaria, los accionistas se encuentran habilitados para ejercerla;

iii.c.-) En caso de quiebra de la sociedad, si la acción se ejerce en los términos del artículo 275 LSC la prescripción será inoponible al concurso, porque la inacción de la sociedad no podría alegarse contra la quiebra, por los mismos motivos por los que tampoco le son oponibles la renuncia o la transacción⁹⁹⁵. Así, los tribunales han resuelto que cuando la acción es ejercida por el síndico concursal, ésta ni siquiera está sujeta a la prescripción corta –dos años– del artículo 174 LCQ, sino a la larga de diez años prevista por el artículo 846 del Código de Comercio, ello “en la medida en que el síndico es un tercero en relación a la sociedad y actúa en representación de la masa”⁹⁹⁶. No se considera aquí que ésta sea la solución correcta. Siendo que el concurso ejercerá, por apropiación, una acción de diversa naturaleza (social) que las previstas en el artículo 173 LCQ, en sustitución del ente damnificado –la acción es siempre por y para este aunque beneficie a la masa–, cabe aplicar la prescripción trienal prevista para los supuestos de responsabilidad de los administradores. Habida cuenta de que el plazo de prescripción principia (siempre, tanto para el ente como para el síndico) desde que el daño fue conocido, tendrá el concurso tres años desde entonces para su interposición;

iii.d.-) En los casos en que la sociedad hubiera decidido –con la anuencia de más del noventa y cinco por ciento del capital social– en forma negativa sobre el inicio de la acción social, nos

⁹⁹⁵ LSC, art. 275. Cfr. HALPERÍN, I., *Curso...*, vol. II, cit., p. 332.

⁹⁹⁶ CNCom. Sala E, marzo 21-2000, re “Crear Crédito Arg. S.A. c/Campos Antonio y otros”, LL 12/09/00,

encontraremos no ya frente al plazo de prescripción de la acción social –trienal–, habida cuenta de su improponibilidad⁹⁹⁷, sino frente a un plazo de caducidad: el de tres meses que indica el artículo 251 LSC y con que cuentan los socios (todos, no sólo los opositores que hacían menos del cinco por ciento del capital social) para impugnar la resolución asamblearia. Este extremo no se verifica en caso de quiebra, por aplicación del artículo 275 LSC;

iv.e.-) No habiéndose aprobado la gestión de los administradores, por no haberse reunido las mayorías legales (más del noventa y cinco por ciento del capital social), su responsabilidad no se extingue, por lo que queda la acción expedita, sólo que ejercida a favor del ente por accionistas opositores. De allí que cabría considerar que, ateniéndose a las previsiones legales la pretensión pudiera platearse hasta tres años vista de la asamblea en cuestión⁹⁹⁸. No obstante, parecería que si la resolución asamblearia –de la que ni siquiera puede ab initio inferirse que sea contraria a derecho⁹⁹⁹– no es impugnada de nulidad dentro de los tres meses (artículo 251 LSC), el directorio se encontraría a resguardo de ulteriores reclamaciones¹⁰⁰⁰, por lo que resulta prudente que junto con la acción social de responsabilidad los accionistas promuevan la impugnación de aquella.

⁹⁹⁷ LSC, art. 275.

⁹⁹⁸ LSC, arts. 274, 275 y Código de Comercio, art. 848 inc. 1º.

⁹⁹⁹ La expresión asamblearia sobre la conveniencia de los medios utilizados por los administradores no predica sobre su legitimidad o ilegitimidad.

¹⁰⁰⁰ OTAEGUI, J., *Administración societaria*, cit., p. 394; DEN TOOM, M., “Acciones sociales...”, cit., p. 312.

5.5.6. Director empleado y ejercicio de la acción social de responsabilidad

Sin perjuicio de la particular naturaleza del vínculo que se crea entre el director y el ente cuando aquel se integra al órgano de administración, no existe, en principio, inconveniente legal para que el mismo sea además dependiente de la sociedad. Tal criterio es el mayormente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia¹⁰⁰¹, siempre y cuando sus labores excedan aquellas propias del directorio e importen la realización de trabajos subordinados¹⁰⁰².

No obstante, el empleo de ésta forma de contratación suele encubrir otros fines. Si bien el cargo de director resulta rentado, al cierre del ejercicio y producto de insuficientes resultados, la asamblea podría omitir retribuirlo, con lo que para asegurarse un ingreso el director –especialmente cuando no es accionista– en oportunidades suscribe con la sociedad contratos de índole laboral (mal llamados acuerdos de management), que perviven a su remoción del órgano. Es la realidad de los negocios la que no hace posible –ni razonable– desconocer la probabilidad de la existencia de directores empleados¹⁰⁰³, lo que lleva a considerar cuanto menos dos aspectos:

¹⁰⁰¹ Cfr. ANAYA, JAIME LUIS, “El socio empleado”, L.T. XVI, p. 97.

¹⁰⁰² “No existe óbice para la reunión en una sola persona de las calidades de director y empleado de la persona jurídica cuyo directorio integra, en la medida que se acredite que la labor del titular excede las naturales y necesarias para cumplir su cometido de socio y director, puesto que si por esa sola razón se convirtiera sin más en dependiente de la sociedad se estaría desnaturalizando la causa misma del contrato social, ya que no puede aceptarse un directorio prescindiendo de la actuación de las personas físicas que lo integran”; CNTrab. Sala V, mayo 31-1984, re “Oscar Lanfranchi S.A.”, DT 984 (XLIV)-B, p. 1511.

¹⁰⁰³ Cfr. SILVERSTEIN, ISIDORO, *Contratación del director con la sociedad anónima*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 55, quien propone la necesidad de

i.-) El directorio recibe en retribución de sus tareas (una vez cerrado el ejercicio y evaluada sus responsabilidades) un monto máximo que por todo concepto (lo que incluye sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente) no puede exceder del veinticinco por ciento de las ganancias, según criterio de los accionistas¹⁰⁰⁴. A partir de esto se ha sostenido –cuestión que se entiende dudosa– que al deber someterse el director empleado a todas las limitaciones impuestas por la LSC, esto incluye el tope del veinticinco por ciento de la referida norma¹⁰⁰⁵. Planteado y decidido favorablemente el ejercicio de la acción social de responsabilidad, lo que conlleva la remoción automática del director¹⁰⁰⁶, es probable que el ente se niegue a reconocer remuneración alguna al director saliente –aún si la misma estuviera prevista estatutariamente–, so pretexto del primigenio incumplimiento de sus obligaciones y que derivara en su reclamo. En tales circunstancias, es lógico que los administradores rechacen que su actuación hubiera causado perjuicio alguno al ente y pretendan cobrar las cantidades que entiendan debidas, para lo cual no tendrán otra alternativa que demandar a la sociedad, o bien reconvenir al ente por los reclamos de perjuicios que invocare¹⁰⁰⁷.

ii.-) De existir un contrato de gerenciamiento entre uno o todos los directores con el ente, cabe preguntarse si la resolución

encontrar alguna solución legislativa a tal realidad, a fin de evitar abusos o excesos, atendiendo el interés contrario que pudiera plantear tal relación.

¹⁰⁰⁴ LSC, art. 261.

¹⁰⁰⁵ Cfr. RANGUGNI D., “Algunos aspectos de la responsabilidad...”, cit., LL 1999-B, p. 122.

¹⁰⁰⁶ LSC, art. 276.

¹⁰⁰⁷ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 128. Esto traerá inconvenientes en la práctica, atento la distinta naturaleza de los reclamos.

asamblearia que decide la remoción e inicio de acciones sociales de responsabilidad bastará para que la sociedad pueda despedir al director-dependiente por su exclusiva culpa, evitando su indemnización. Se sostiene aquí que el mero cese del sujeto como director, en virtud –o como consecuencia– del ejercicio de acciones sociales, no tiene porque necesariamente afectar la relación de carácter laboral que vincule a aquel –en más– con la sociedad. Ni siquiera la terminación del contrato de trabajo a través de la fórmula del despido, cuando no fuera causado, perjudica la indemnización a la que el sujeto pudiera tener derecho¹⁰⁰⁸.

5.6. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA GERENTES

Los gerentes de las sociedades anónimas son designados por el directorio de acuerdo a sus facultades discrecionales¹⁰⁰⁹, por lo que la acción será ejercida por el directorio sin que se requiera autorización asamblearia previa¹⁰¹⁰, debiendo luego aquel dar cuenta de su

¹⁰⁰⁸ Cfr. CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p.136.

¹⁰⁰⁹ GARRONE, JOSÉ y CASTRO SAMMARTINO, MARIO, *Manual de derecho comercial*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, 1996, p. 429. Id. “Si bien se ha entendido corrientemente que la acción social contra los gerentes no depende del requisito de la voluntad declarada de la asamblea en razón de que el art. 276 de la ley 19.550 se refiere solamente a los directores, es indudable que el presupuesto de la ley gira alrededor del art. 270 que habla de los gerentes designados por el directorio y revocables libremente por ellos, de donde se sigue que el órgano que nombra y revoca ejerce también la acción social de responsabilidad que eventualmente deba ponerse en marcha; pero si la revocación la resuelve la asamblea en ejercicio de sus poderes de órgano social sólo puede ejercerla la sociedad por decisión de la asamblea en los términos del art. 276”, C. 1ª CC Bahía Blanca, marzo 8-979, re “Juan B. Istilar Ltda. S.A. c. Soumousou Juan B.”, en *Ley de sociedades comerciales*, de MON ADRIANA y otros, t. 2, Ad Hoc, 1992, p. 320.

¹⁰¹⁰ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 326 y SCBA, 18/11/80, DJBA 120-50 y JA 1981-I-508.

iniciación al órgano de gobierno¹⁰¹¹. Si se trata de un director-gerente estatutario, estaríamos frente a un administrador al que sí le caben los mismos deberes y responsabilidades que al director¹⁰¹². Como contrapartida, el gerente se eximirá de responsabilidad si éste hubiere ejecutado acuerdos dispuestos por el directorio, los cuales se ajustaran a normas legales y estatutarias¹⁰¹³. No obstante, suele ser tan grande su influencia, que aún ejerciendo las funciones bajo la autoridad y vigilancia inmediata del directorio, “en la práctica su opinión es la que predomina y sus actos son difícilmente controlados por los directores o administradores”¹⁰¹⁴.

5.7. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA SÍNDICOS (ARTÍCULO 298 LSC)

La imputación de responsabilidad al síndico respecto del ente debe ser precedida por su tratamiento en asamblea. Decidido su ejercicio, procede la remoción, quedando expedita la acción social de responsabilidad¹⁰¹⁵. Dado su carácter social, el producido tiende a reconstituir el capital social o a reparar su perjuicio¹⁰¹⁶. Según ya se

¹⁰¹¹ Cfr. HALPERÍN, I., *Curso de derecho comercial*, Depalma, 1977, vol. II, p. 334.

¹⁰¹² URÍA, RODRIGO, *Derecho mercantil*, 20ª edición, Marcial Pons, 1993, Madrid, p. 349.

¹⁰¹³ Cfr. MEGNA, PEDRO, *La gerencia de la sociedad anónima*, Editorial Cangallo, 1970, p. 146.

¹⁰¹⁴ CASTILLO, R., *Curso de derecho comercial*, cit., t. 3, p. 260.

¹⁰¹⁵ LSC, art. 296: “Los síndicos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento, Su responsabilidad se hará efectiva por decisión de la asamblea. La decisión de la asamblea que declare la responsabilidad importa la remoción del síndico”. LSC, art. 298: “Se aplica a los síndicos lo dispuesto en los artículos 271 y 279”.

¹⁰¹⁶ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 324; FARINA, J., *Sociedades anónimas*, cit., p. 235.

apuntara, la responsabilidad de los síndicos –de encontrarse frente a una sindicatura plural; artículo 284 LSC– será ilimitada y solidaria, extremo que no se verá afectado porque la conducta de unos sea culposa y la de otros dolosa. La ley impone la solidaridad sin distinción¹⁰¹⁷. Cabe reparar que no bastará con demostrar la realización de tales conductas, sino que a ello deben concurrir los presupuestos de la teoría general de la representación civil, esto es, la prueba de que el incumplimiento o comportamiento generó un perjuicio al patrimonio social, y la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño causado¹⁰¹⁸.

Los artículos 276 a 279 de la LSC prevén cuatro formas de ejercicio de la acción de responsabilidad¹⁰¹⁹. De estas, tres corresponden a la especie social,¹⁰²⁰ y pueden ser ejercidas por la propia sociedad, en forma individual por los accionistas, o por el concurso de acreedores. Esto ya ha sido referido al tratarse el régimen de responsabilidad de los directores. Sí se dice aquí que por expresa imposición legal¹⁰²¹, los síndicos y miembros del consejo de vigilancia no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión ni en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa. No obstante, ello no impide a los mismos participar en la deliberación referente a estos temas¹⁰²².

¹⁰¹⁷ LSC, art. 297.

¹⁰¹⁸ Relación de causa a efecto en la opinión de CASTILLO, R., *Curso de derecho comercial*, cit., t. 3, p. 256, aunque refiriéndose al directorio.

¹⁰¹⁹ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, p. 533.

¹⁰²⁰ Por contraposición a la individual.

¹⁰²¹ LSC, art. 241.

¹⁰²² Lo que hace a su derecho de defensa (cfr. CNCom., Sala A, 30/12/76, ED 74-706, voto de ETCHEVERRY), o a la seriedad del acto (cfr. MARTORELL, E., *Los directores de...*, cit., p. 422).

5.8. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD ANÓMALA DE LA LEY 26.831

A partir de la sanción del decreto 677/01 y aún luego de sus sustitución por ley 26.831¹⁰²³, se ha incorporado –creado– una nueva especie de acción, erróneamente identificada como la social del artículo 276 LSC. La norma dispone que, para el caso de sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, el artículo 75 de la ley 26.831 dispone que cuando la acción social de responsabilidad sea ejercida –en los términos del artículo 276 LSC– individualmente por un accionista, esta podrá procurar el resarcimiento del daño total sufrido por el ente o bien el “resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio.”

Más aún, la norma dispone que “cuando el demandado por responsabilidad lo haya sido por el total del perjuicio que se alega sufrido por la sociedad, podrá optar por allanarse al pago a los accionistas demandantes del resarcimiento del perjuicio indirecto que se determine como sufrido por aquellos, en proporción a su tenencia accionaria.” Este precepto conjuga –confunde– de manera irresoluta la acción social con la individual¹⁰²⁴, consagrando una excepción a los criterios doctrinarios mayormente aceptados a los que previamente se aludiera, y que permitía distinguir aquellas conforme sus naturalezas y según la reparación del perjuicio –colectivo o individual– que atiendan, dando vida a un nuevo tipo de acción sui generis de carácter indeterminado¹⁰²⁵.

¹⁰²³ Véase la nota anteriormente publicada en R.D.C.O. 2003, p. 877.

¹⁰²⁴ LSC, arts. 274 y 279.

¹⁰²⁵ No se trata de la acción social acumulada a la individual, extremo que pudiera darse cuando de la misma actuación del administrador se derivara daño

El art. 74 de la ley 26.831 refiere al ejercicio de la acción del artículo 276 LSC “por los accionistas en forma individual”. Tales supuestos se resumen –para el caso– en:

- i.-) accionistas que hubieran efectuado oposición a la gestión de los administradores en los términos del artículo 275 LSC; o
- ii.-) cualquier accionista, en caso de aprobación del inicio de acciones por la asamblea seguida de la omisión de tal deber por parte del directorio, y una vez transcurridos tres meses contados desde la fecha de acuerdo (artículo 277 LSC).

Quedan así excluidos los demás sujetos activos que, eventualmente, pudieran ejercerla. Para el caso del ejercicio de la acción *sui generis* del art. 75 ley 26.831, y atento su pretendida asimilación a la del artículo 276 LSC, también será necesario agotar, previamente, las vías societarias.

directo tanto a la sociedad como a los accionistas. Frente a tal circunstancia nada impide al socio encarar en forma simultánea el ejercicio de ambos reclamos, sin perjuicio de que, al dictarse sentencia, deberá distinguirse qué corresponde ingresar al peculio del ente y qué al del accionista accionante. En contra de la acumulación, véase CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las...*, cit., p. 367, para quien, “a pesar de que una misma actuación de los administradores pueda dar lugar tanto al ejercicio de la acción social de responsabilidad como a la acción individual, no es posible sin embargo el ejercicio simultáneo de ambas acciones. Si la sociedad ejercitara la acción social de responsabilidad y al mismo tiempo los accionistas, respecto de los mismos hechos lesivos, pretendieran ejercitar la acción individual con el fin de resarcirse del perjuicio ocasionado por los administradores, éstos podrían verse obligados a indemnizar dos veces a dos sujetos distintos por una misma actuación, lo cual no es admisible”. No se comparte esta opinión. Lo que se procura es la indemnización de distintos daños directos ocasionados por una misma actuación.

5.8.1. Alcances de la norma

La sanción de la ley 26.831 –en realidad desde el DL 677/01– abre al socio –en el caso de las sociedades que cotizan– la posibilidad de optar al ejercer la acción del artículo 276 LSC entre:

- i.-) reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento del daño total por ésta sufrido –acción social propiamente dicha;
- ii.-) o reclamar aquel que indirectamente lo afecta en razón del perjuicio causado al ente, atendiendo su participación –tenencia proporcional– en el capital social. En este último caso, que habría de “facilitar el planteo y resolución de cuestiones vinculadas a la responsabilidad de los órganos de las emisoras¹⁰²⁶”, el producido de la acción ingresará directamente al patrimonio del actor.

Ésta segunda variante presupone claramente una nueva categoría de acción societaria de responsabilidad, toda vez que permite al socio apartarse, según su criterio, de las previsiones y fines de la acción social –y aún de la individual–, para hacerse de manera directa del producido resultante de dividir el importe del perjuicio causado al ente por la cantidad de acciones en que se divida el capital social, multiplicado por el número de acciones que el socio –supuesto actor– posea. No obstante, esta fórmula –al igual que otras– resulta inaplicable, según se dirá más adelante.

También innova la ley 26.831 –y en concordancia con su antecesor, DL 677/01– respecto de los derechos del demandado, al que permite “allanarse al pago a –respecto de– los accionistas demandantes del resarcimiento del perjuicio indirecto que se determine por aquellos, en proporción a su tenencia accionaria”. Tal elección –su ejercicio– permite al accionado desnaturalizar un reclamo originado –al menos aparentemente– en una acción social

¹⁰²⁶ Según refería la Exposición de Motivos del –derogado– Decreto 677/01.

de responsabilidad, asimilándolo al derivado de una suerte de individual anómala en la que comulgan caracteres propios y ajenos de ambas especies.

No obstante los términos de la ley 26.831, no parece posible que dicho allanamiento y pago, siempre parcial frente al total reclamado –y que representa la totalidad del perjuicio sufrido por el ente– pueda tener efectos liberatorios respecto de la sociedad, representada para el caso por el accionista *ut singuli* que con carácter corporativo y subsidiario ha accionado por y para el ente¹⁰²⁷. Es que del hecho de que la sociedad no haya reclamado a través de su órgano de administración, no puede inferirse consentimiento o dispensa¹⁰²⁸, toda vez que la omisión del ente fue suplida por el socio. Lo contrario importaría un enriquecimiento sin causa –lícita– a favor del administrador y en perjuicio del ente, conculcatorio del derecho de propiedad de este último¹⁰²⁹.

5.8.2. Naturaleza

Según se dijera, si bien el interés colectivo de la sociedad incluye interés particular de los accionistas, este es siempre subsidiario, por lo que el ejercicio de la acción social –que requiere ineludiblemente para su promoción del tratamiento asambleario previo¹⁰³⁰– solo corresponde al socio –*ut singuli*¹⁰³¹– cuando la

¹⁰²⁷ Tanto es así que, para el caso de que la acción no prosperara, y siendo que su ejercicio *ut. singuli* por el socio se debe únicamente al abandono que de aquella ha realizado el ente, cabe a éste la atención de las costas.

¹⁰²⁸ Cfr. GAGLIARDO, MARIANO, “Régimen de transparencia de la oferta pública (decreto 677/2001) y ciertos alcances de la ley 19.550”, LL 2001-E, p. 869.

¹⁰²⁹ Código Civil, art. 599 y Constitución Nacional, art. 17.

¹⁰³⁰ Con excepción del supuesto de las sociedades intervenidas con desplazamiento del órgano de administración y suspensión temporánea del funcionamiento del de gobierno.

sociedad, de manera expresa o implícita, no haya ejercitado por sí la acción contra los administradores.

No obstante, ni siquiera en estos casos nos encontramos frente a una subrogación de los derechos de la sociedad en favor de los accionistas, toda vez que estos no son acreedores del ente ni peticionan nada para sí, sino en beneficio directo de la sociedad cuyo capital parcialmente detentan. No obstante, contrariando la normativa que invoca, el artículo 75 –párrafo 1º– ley 26.831 habilita al accionista a reclamar “en los términos del art. 276 LSC” el daño parcial que este sufriera indirectamente en proporción a sus tenencias, ingresando la correspondiente indemnización de manera directa a su peculio. Esto parecería más bien concordar –aunque de manera incompleta–, con la acción individual del artículo 279 LSC. Más aún, a tenor de lo dispuesto en la ley 26.831, interpuesta la acción social *ut singuli*, el directorio demandado cuenta con la posibilidad de, allanándose, transformar el reclamo en una suerte de acción individual (artículo 279 LSC), resarciendo de manera directa el perjuicio indirecto sufrido por el accionista. Tal transformación operará, a tenor del texto legal, sin el consentimiento del actor, el ente, representado *ad hoc* por el socio.

Así las cosas, la acción *sui generis* del artículo 75 ley 26.831 resulta una creación legal con naturaleza propia, y en la que los intereses del ente –reducidos por decisión legislativa a los de los propios socios– se subordinan –se someten– a la voluntad parcialmente conciliatoria del administrador saliente, lo que conlleva un castigo a la sociedad derivada de la reticencia del nuevo órgano de administración (recordemos que la decisión asamblearia

¹⁰³¹ Cabe tener presente que, aún en los casos en que es el accionista quien lleva adelante la acción social de responsabilidad, éste lo hace actuando en representación del interés social como si se tratara de la propia sociedad afectada.

de ejercer la acción social conlleva la remoción de los integrantes del órgano; artículo 274 LSC) con más la opción del accionado.

Solo quedará a la sociedad, entonces, la posibilidad de reclamar a los nuevos administradores por su falta de diligencia (artículo 59 LSC), y ya no a los salientes –accionados– cuya conducta motivara la promoción de la acción. Resulta ser entonces una acción que se presenta ab initio como social, por tanto contractual, de la que luego podrán las partes alejarse para encauzar el reclamo en una nueva acción con naturaleza propia.

En cuanto a su plazo de prescripción, siendo que la acción del artículo 75 ley 26.831 se origina en el ejercicio de la social de responsabilidad del artículo 276 LSC, sin perjuicio de su posterior desnaturalización, a la que se aludiera, tiene naturaleza contractual cuando de la responsabilidad del administrador para con el ente, por lo que el plazo de prescripción para su ejercicio será el trienal previsto en el artículo 848 1° párr. Código de Comercio.

5.8.3. Conclusiones sobre la acción anómala de la ley 26.831

Existe a partir de la sanción del DL 677/01, luego refrendada por la ley 26.831, una nueva acción societaria de responsabilidad, sui generis, originada en el ejercicio anómalo de la preexistente acción del artículo 276 LSC y a la que dicho ley alude. Esta acción – su artículo 75– violenta tanto la naturaleza de la acción social como la de la individual¹⁰³² a las que equívocamente parece emparentarse. A ello se suma que, a partir del modo de aplicación de la acción del artículo 276 LSC previsto en la ley 26.831, se deriva un cúmulo de incongruencias que sella negativamente el sano intento legislativo que tuvo en miras equilibrar “los derechos de los accionistas

¹⁰³² LSC, arts. 276 y 279.

minoritarios respecto de los controlantes, evitando posibles situaciones de abuso de las minorías”¹⁰³³.

Pareciera haberse escogido el medio equivocado para tal propósito: si el socio *ut singuli* no se subroga en los derechos del ente, únicos derechos que por vía del artículo 276 LSC se reclaman, deviene improponible tanto la pretendida atención por el director accionado del perjuicio indirecto ocasionado al accionista –y al que la ley 26.831 confunde así con la propia sociedad actora–, como del reclamo –ahora sí– por este último de un porcentaje del supuesto perjuicio que se dice causado.

Aún si se aceptara sin cortapisas la hipótesis prevista en la ley 26.831, no se liberará *per se* al administrador de la obligación de atender el daño ocasionado a la sociedad. Ello se aprecia mejor si se repara en el objeto de la pretensión actora¹⁰³⁴ (un perjuicio colectivo que afecta directamente a la sociedad) y se lo confronta con el objeto de la pretensión del accionado (la satisfacción de un daño por éste cuantificado a partir de inferencias, y en la persona de un sujeto diverso del actor).

Si la pretensión que da vida al proceso civil se circunscribe a una relación de derecho material que generalmente no trasciende el interés privado de las partes, lo que permite al actor desistir o renunciar de aquella, al demandado allanarse, y a ambos a transigir –lo que se conoce como disponibilidad del objeto¹⁰³⁵–, este no es el

¹⁰³³ Tal los postulados que reza la Exposición de Motivos del –derogado– DL 677/01 al tratar su art. 75.

¹⁰³⁴ Entendido como la materia sobre la que gira la iniciación, desenvolvimiento y extinción del proceso (para el caso que aquí se trata, tanto su elemento inmediato –condena– como mediato –suma de dinero pretendida–. Cfr. ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, parte general*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1963, pp. 352 y 353.

¹⁰³⁵ Cfr. PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. I, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 228.

caso previsto en la ley 26.831. La norma autoriza al administrador a allanarse no ya respecto del objeto de la demanda, sino de un nuevo objeto, el de su propia elección, dando lugar a una auto descalificatoria incongruencia procesal.

Esta incongruencia se reitera si se repara en la causa de pedir originaria –causa petendi–. Hemos dicho que cuando la pretensión actora es la del artículo 276 LSC –ejercido según la primera parte del artículo 75 ley 26.381–, el administrador se allana sobre un objeto que no es, ni siquiera parcialmente, el de aquella. Por su parte, y en cuanto al socio actor concierne, este no tiene legitimación para allanarse en beneficio propio, por haber reclamado por y en beneficio de terceros –el ente–. La causa petendi es la razón de la pretensión, o sea el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. No se trata de la simple enumeración de las disposiciones legales aludidas por el litigante, sino del fundamento mismo del derecho que se ventila y que no es sólo el invocado sino el que rige a la especie litigiosa, y al que la ley 26.381 ha desatendido¹⁰³⁶, consagrando una –otra– incongruencia procesal.

Por último, el precepto legal dispone que el daño indirecto se determinará en proporción a la tenencia accionaria del accionista demandante. Sin perjuicio de la apuntada confusión respecto del sujeto actor, objeto y causa petendi, el cálculo dispuesto por la ley 26.831 resulta improponible, en tanto se contrapone abiertamente con el régimen previsto en la LSC para la participación del socio en los beneficios (artículo 1 LSC). Cabe reparar que el accionista cuenta con derecho a acceder a beneficios sociales económicamente cuantificados, lo que se traduce en su participación en las utilidades, derecho abstracto sin contenido económico determinado, que se concreta en la práctica en el derecho al dividendo como

¹⁰³⁶ Cfr. COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 435.

derecho de crédito contingente y condicionado que implica el acuerdo previo de la asamblea¹⁰³⁷. El dividendo debe ser entendido como parte de la ganancia social a repartir entre los accionistas, según la porción del capital que cada uno detente, una vez cerrado y aprobado el ejercicio. De allí que el artículo 68 LSC refiera que aquel no puede ser aprobado ni distribuido a los socios sino por ganancias realizadas y líquidas –utilidad neta– debidamente aprobadas por el órgano de gobierno. Sólo así nace el derecho de crédito del accionista contra la sociedad¹⁰³⁸. No será posible, entonces, calcular el referido perjuicio indirecto, ni siquiera al cierre del ejercicio, el que incluso pudiera arrojar pérdidas¹⁰³⁹.

¹⁰³⁷ Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Derecho mercantil*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1995, p. 230 y *Lecciones de derecho mercantil*, 4º edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 185.

¹⁰³⁸ Acordado el reparto, nace el derecho al dividendo con un contenido concreto y definido que coloca al accionista en posición irrevocable de acreedor de la sociedad. A partir de allí el socio puede comportarse como un tercero frente a la sociedad, capaz de ceder su derecho, transmitirlo o gravarlo. Cfr. CSJN 9/10/68 re “S.A. Adúriz”, Fallos 272:25; HEREDIA, PABLO, *Tratado exegético de derecho concursal*, t. 3, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 866. Por lo tanto, “y esencialmente, el derecho al dividendo es un derecho de crédito que obliga a la sociedad a satisfacer al accionista la parte de ganancia correspondiente a las acciones que posea”, SÁNCHEZ, ANIBAL, “Las acciones y los derechos del accionista” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, t. IV, Civitas, Madrid, 1994, p. 122; VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al derecho mercantil*, 13ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 248.

¹⁰³⁹ En tal caso se estarían otorgando beneficios –hipotéticos al menos hasta el cierre del ejercicio– a un socio en desmedro del resto.

5.9. PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR POR OCULTACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 299 LSC

Según prevé el artículo 305 LSC, los directores –también los síndicos– son ilimitada y solidariamente responsables en el caso de que, teniendo conocimiento de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 299 LSC, omitieran comunicarlo a la autoridad de contralor. La LSC procura controlar el eventual ingreso del ente al especial status correspondiente a las sociedades que decidan emitir debentures (artículo 325 LSC), alcancen un capital social mínimo previsto por el Estado, o cuando con posterioridad a su constitución sea el propio Estado el que adquiera una participación mayoritaria en el mismo.

Siendo que se trata de responsabilidades orgánicas, ese tener conocimiento al que alude el artículo 305 LSC recae indistintamente sobre todos los integrantes del órgano, por lo que sólo cabe exonerar al administrador o síndico que, teniendo noticia de la infracción, la hubiera puesto de manifiesto a sus pares o socios –ya fuera peticionando su corrección o bien denunciándola– en la forma prevista en el artículo 274 LSC. No obstante, habida cuenta la naturaleza de la sanción en defecto impuesta –multa¹⁰⁴⁰–, pudiera ser más adecuado atender el real conocimiento –o el desconocimiento– que de los hechos en cada caso tuvieron administradores y síndicos, sin aplicar como único eximente de responsabilidad la citada norma.

¹⁰⁴⁰ Eludida la fiscalización de la autoridad de contralor dispuesta en el art. 299 LSC, los directores y síndicos –en realidad la norma alude a los responsables– son pasibles de las sanciones que determina el inc. 3º del art. 302 LSC. Éste otorga a la autoridad de contralor la facultad de aplicar multas a la sociedad, sus directores y síndicos, variables según la gravedad de la infracción y el capital de la sociedad.

Es que, sobre el particular, cabe reparar que no se trata de una multa derivada del incumplimiento de una obligación estrictamente civil ¹⁰⁴¹, sino más bien vinculada a la administración, quien evalúa su procedencia y la impone dentro de ciertos parámetros prefijados por el Poder Ejecutivo. En tanto multa administrativa, ésta se impone al transgresor de una disposición administrativa¹⁰⁴² –en el caso, quien omite denunciar a la autoridad de contralor la ocurrencia de alguno de los hechos descriptos en el artículo 299 LSC–, con abstracción hecha del daño material que la infracción haya causado o pudiera causar, y se funda en el poder de policía de quien la aplica¹⁰⁴³, por lo que tiene por tanto carácter análogo al penal, si bien es ante todo de naturaleza disciplinaria. Súmese a ello que la competencia de la Inspección General de Justicia –o su equivalente en el ámbito provincial– es de carácter policial, con funciones de fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales y tributarios¹⁰⁴⁴.

Las resoluciones que adoptara la autoridad de contralor –tal el caso de multas aquí referido– son apelables (artículo 306 LSC¹⁰⁴⁵)

¹⁰⁴¹ De hecho, las multas civiles son muy escasas, y se circunscriben a algunas materias vinculadas con locaciones urbanas o rurales y las leyes de emergencia que en torno a éstas suelen sancionarse. Cfr. REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, vol. 1º, 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1964, pp. 281 y 282.

¹⁰⁴² Cuando la multa sea aplicada a los administradores o a la sindicatura, la sociedad no puede hacerse cargo de la misma bajo pena de nulidad (art. 302 LSC).

¹⁰⁴³ Cfr. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. IV, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 77.

¹⁰⁴⁴ Cfr. ROMERO, JOSÉ IGNACIO, “Fiscalización o control externo de las sociedades por acciones”, R.D.C.O. año 17, 1984, p. 524.

¹⁰⁴⁵ Se ha señalado que no se trata ni de un recurso ni de una apelación, sino de una verdadera y propia acción de impugnación contra un acto administrativo. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 560, con cita a OLCESE.

ante el tribunal competente en materia comercial¹⁰⁴⁶, entendiéndose en el ámbito de la Capital Federal que sólo pueden ser apeladas las resoluciones definitivas de la Inspección General de Justicia, y no los dictámenes de sus departamentos (Res. IGJ 241/83). La apelación debe interponerse de manera fundada, precisándose los errores del decisorio impugnado, dentro del quinto día corrido de notificada la resolución ante la autoridad de contralor¹⁰⁴⁷ —en el ámbito de la Capital Federal ese plazo es de quince días— y se concede con efecto suspensivo. Elevadas las actuaciones al tribunal de apelación, corresponde correr traslado —por cinco días— a la Inspección General de Justicia o al Ministerio de Justicia de la Nación (artículos 169 LSC y 17 párr. 1º y 2º ley 22.315).¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁶ La ley utiliza incorrectamente el término recurso, ya que este se utiliza para el planteamiento que se hace ante una autoridad de nivel superior dentro del mismo poder del Estado, lo que no sucede aquí. Cfr. ROMERO, J., “Fiscalización o control externo...”, cit., p. 538.

¹⁰⁴⁷ LSC, art. 307. Aunque resulte a primera vista contradictorio, se entiende que debe seguirse sobre el particular la posición de VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 562, que hace suya la de OLCESE, en cuanto a que “si se juzga que la regulación del plazo para recurrir : cinco días (arts. 169 y 307 LSC) es constitucionalmente legítima, se de concluir que ese término debe computarse en la forma que disponen los arts. 24 y 27 del Código Civil, es decir, por cinco días corridos, ya que se trata de un plazo establecido por una ley de fondo, y no por una ley formal.”

¹⁰⁴⁸ LSC, art. 169: “Las resoluciones administrativas del artículo 167 así como las que se dicten en la constitución por suscripción pública, son recurribles ante el Tribunal de apelación que conoce de los recursos contra las decisiones del juez de Registro. La apelación se interpondrá fundada, dentro del quinto día de notificada la resolución administrativa y las actuaciones se elevarán en los cinco (5) días posteriores”. Ley 22.315, art. 16: “Las resoluciones de la Inspección General de Justicia son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, cuando se refieran a comerciantes o sociedades comerciales. Cuando dichas resoluciones o las del Ministerio de Justicia de la Nación, se refieran a asociaciones civiles y fundaciones, serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal”. Ley 22.315, art. 17: “El recurso debe

5.10. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

Conforme dispone el artículo 279 LSC, tanto los accionistas como los terceros conservan siempre sus acciones individuales¹⁰⁴⁹ contra los directores¹⁰⁵⁰. De esta forma refiere la ley a aquella acción tendiente a reparar el daño que se infiera al accionista individual o a terceros¹⁰⁵¹, en forma personal y directa en sus patrimonios¹⁰⁵², con

interponerse fundado, ante la Inspección General de Justicia, o el Ministerio de Justicia de la Nación en su caso, dentro de los QUINCE (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la Cámara respectiva dentro de los CINCO (5) días de interpuesto el recurso, y ésta dará traslado por otros CINCO (5) días a la Inspección General de Justicia o al Ministerio de Justicia de la Nación”.

¹⁰⁴⁹ Concordancias: art. 241 Ley de Sociedades de Capital española de 2010; art. 2395 Código Civil italiano.

¹⁰⁵⁰ Cuando el derecho material o sustancial afectado por actos de los directores corresponde individualmente a los accionistas, en su carácter de tales y con independencia del de miembros de la sociedad y del perjuicio que puedan sufrir indirectamente como integrantes de esta, la acción será individual. Cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, t. I, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1946, p. 504.

¹⁰⁵¹ Cfr. HALPERÍN, I., *Curso de derecho...*, cit., vol. II, p. 332; o como integrante de una clase de acciones, según entienden GARRONE, JOSÉ y CASTRO SAMMARTINO, MARIO, *Manual de derecho comercial*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 429. Se trata de un daño causado al socio como tercero. Cfr. ARECHA, M. y GARCÍA CUERVA, H., *Sociedades comerciales...*, cit., p. 247.

¹⁰⁵² Cfr. VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 334; “La acción de responsabilidad prevista por el art. 279 de la ley 19.551, requiere la invocación de lesión al patrimonio personal de los actores”, re “Barbará Alfredo c. Hayland S.A.”, CNCom., Sala B, diciembre 15-989, ED 141-127; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Principios de derecho mercantil*, 3ª edición, Mc Graw Hill, 1998, p. 179 (id. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 201); FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, *Elementos de derecho mercantil*, 3ª edición, Deusto, Madrid, 1999, p. 173; CADENA ESCUER, ALBERTO, “Responsabilidad de los Administradores en el ámbito mercantil. Acciones civiles, sociales e individuales”, en *Obligaciones y responsabilidades de directivos y administradores*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996, p. 35;

motivo de la actuación de los directores. Ahora bien, la principal dificultad que plantea esta acción no es su distinción de la social de responsabilidad a partir de la determinación de sus beneficiarios, sino la de aislar el supuesto de hecho contemplado en la norma, para, a partir de allí, determinar si el régimen jurídico aplicable a la acción indemnizatoria es o no el de la LSC¹⁰⁵³. Ello por cuanto la acción individual de responsabilidad tiene para calificada doctrina – mayormente extranjera– una naturaleza bifronte¹⁰⁵⁴, contractual o extracontractual¹⁰⁵⁵, según el acto lesivo realizado por el administrador, o incluso cual sea el bien jurídico lesionado y la persona de su titular¹⁰⁵⁶.

Más allá del criterio distintivo apuntado, mayormente aceptado desde antaño¹⁰⁵⁷, parte de la doctrina también diferencia la acción social de la individual a partir de su causa, es decir del hecho jurídico violatorio del derecho que se trata de restablecer, por lo que será social cuando la falta sea de gestión, o bien individual cuando

BONELLI, F., *La responsabilità degli...*, cit., p. 199; BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 306; de JUGLART, MICHEL e IPPOLITO, BENJAMÍN, *Cours de droit commercial, les sociétés commerciales*, t. 2, Montchrestien, Paris, 1988, p. 514.

¹⁰⁵³ Cfr. POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, cit., p. 371. Si se aceptara como única la naturaleza extracontractual de esta acción, las normas atinentes a la responsabilidad del administrador sólo podrían hallarse fuera de las específicamente previstas en la LSC.

¹⁰⁵⁴ Resulta dificultoso atribuir una naturaleza unívoca a la acción individual, habida cuenta que, si bien en principio es la persona jurídica –y no los integrantes de sus órganos– quien responde frente a terceros, será la ilicitud del acto cometido por el director –y no eventuales faltas de organicidad– de la que se derivará la responsabilidad por los daños.

¹⁰⁵⁵ Cfr. BONELLI, F., *La responsabilità degli...*, cit., p. 208.

¹⁰⁵⁶ Cfr. POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, cit., p. 372.

¹⁰⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., t. I, p. 337.

el hecho importe un delito o cuasi delito impropio del órgano¹⁰⁵⁸. Otra forma de cotejar las diferencias entre ambos tipos de acciones puede hallarse en el carácter individual o colectivo de los deberes infringidos por la conducta de los administradores.

5.10.1. Procedencia

La acción social será procedente siempre que los directores violen un deber que integra el contenido de una relación obligatoria cuya titularidad está atribuida a la sociedad, mientras que la acción individual solo corresponderá –por el contrario– cuando la conducta de aquellos vulnere un deber que integre el contenido de una relación obligatoria cuya titularidad se atribuya individualmente a cada uno de las socios¹⁰⁵⁹ o a un tercero¹⁰⁶⁰.

Ello no significa que la acción social o la individual no puedan derivar de un mismo hecho dañoso¹⁰⁶¹. Tal el caso de la distribución

¹⁰⁵⁸ Sobre el particular, véase la reseña efectuada por SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *El órgano de administración*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 539 y ss.

¹⁰⁵⁹ Cfr. LLEBOT MAJÓ, JOSÉ ORIOL, “El sistema de la responsabilidad de los administradores”, en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, año IV, n° 7, Navarra, 1996, p. 49.

¹⁰⁶⁰ Así como la acción para exigir responsabilidad a los directores por actos que dañan a la sociedad en su conjunto, es privativa de la sociedad misma, la acción resulta individual cuando no habiendo daño al ente, el accionar del director vulnera el patrimonio del socio o del tercero. Cfr. SASOT BETES, M. y SASOT, M., *El órgano de administración*, cit., p. 542. Es decir que, independientemente del marco de la acción social, se acuerda a acreedores, no acreedores y socios del ente en cuanto terceros, una acción individual, directa y autónoma y no subrogatoria de la sociedad, tendiente a reparar los perjuicios directos sufridos en su patrimonio en razón del accionar del directorio, la que puede ejercitarse sin necesidad de venia social. Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 639.

¹⁰⁶¹ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas...*, cit., p. 460.

de dividendos ficticios que origina simultáneamente una acción de responsabilidad a favor de la sociedad por los daños a ésta causados y una acción individual a favor de accionistas o terceros quienes, en virtud de tal distribución, suscribieran acciones u otorgaran créditos al ente en razón de una solvencia sólo supuesta. Cabe colegir que el daño no será el único elemento diferencial entre las acciones¹⁰⁶².

Del carácter orgánico del directorio se deriva que toda relación de accionistas y terceros queda— en principio— establecida con la sociedad, y no con los integrantes del órgano¹⁰⁶³. Pero la acción del artículo 279 LSC no se refiere a la acciones de accionistas y terceros contra la sociedad por actos de esta, sino a aquellos que los directores realizan en su rol de administradores, aunque sin obrar como órgano social¹⁰⁶⁴, por tanto, sin vincular a la sociedad. Respecto de terceros, la responsabilidad de los administradores siempre será extracontractual, y esta nacerá de aquellas actuaciones culpables de los administradores, tanto si son puramente personales como orgánicas, siempre que —en este último caso— se trate de actos de gestión y no de representación¹⁰⁶⁵, en cuyo caso el resarcimiento del daño sólo sería exigible a la sociedad.

¹⁰⁶² Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 620 y en “Aspectos de la acción social de responsabilidad”, ED 141-127.

¹⁰⁶³ Cfr. ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO, “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudio de Derecho Judicial, Madrid, 2000, p. 22.

¹⁰⁶⁴ Cfr. URÍA, R., *Derecho mercantil...*, cit., p. 344.

¹⁰⁶⁵ Cfr. MAGRO SERVET, VICENTE, “La responsabilidad civil de los administradores de sociedades. Especial referencia a la prescripción de la acción para exigirles responsabilidad civil”, en *Revista de Actualidad Civil* n° 48, LXXVII, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, La Ley Actualidad, Madrid, 2000, p. 1643. En cambio, frente a los accionistas, “la organicidad o no del acto lesivo o su pertenencia, o no, a la esfera de competencias orgánicas, influirá directamente

En cambio, frente a los accionistas, la organicidad o no del acto lesivo o su pertenencia o no pertenencia a la esfera de competencias orgánicas de los administradores influirá directamente sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad¹⁰⁶⁶. Si los actos lesivos del directorio pertenecen a la esfera de su competencia, la responsabilidad será contractual, mientras que por aquellos actos que realicen investidos del cargo, pero ajenos al ejercicio de las facultades atribuidas a su competencia orgánica, la responsabilidad será extracontractual¹⁰⁶⁷.

Ahora bien, lo dicho en nada empece que, aunque –como se dijera– la actuación del administrador en el ejercicio de su cargo sea imputable al ente, en algunas ocasiones no pueda distinguirse “una línea de causalidad directa entre la actuación negligente del administrador y el daño directo causado al patrimonio de socios y

sobre la –naturaleza contractual o extracontractual– de la responsabilidad de los administradores.”

¹⁰⁶⁶ Cfr. POLO, E., “Los administradores y el consejo...”, cit., p. 375.

¹⁰⁶⁷ En contra de la necesidad de distinguir entre conductas orgánicas e inorgánicas, y respecto de la ley española, véase VELASCO, para quien esta “refiere a la responsabilidad de los administradores llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones de administrador –actividad orgánica, comprensiva de las distintas facetas de las funciones inherentes al cargo, ya sea la actividad empresarial o la intrasocietaria– y no en el ámbito de su esfera personal ajena a la gestión societaria. En otro caso, cuando el administrador causa daños al margen de esa condición, es decir, en cuanto conserva su propia esfera de actividad individual y extraorgánica, entra en juego la responsabilidad extracontractual impuesta a cualquier persona por hecho dañoso a tercero ... en este supuesto de actividad extraorgánica no se produce ninguna implicación (responsabilidad) para la sociedad y para nada tiene sentido invocar [la ley de sociedades] y sus implicaciones societarias Otra cosa sucede si lo enmarcamos funcionalmente, como entendemos que debe hacerse, en el terreno de la actividad de organización societaria y de gestión de la empresa, que incumbe institucionalmente a los administradores”. VELASCO GAUDENCIO, ESTEBAN, “La acción social y” en *La responsabilidad de los....*, cit., p. 81.

terceros: la esencia de esta acción no debe buscarse en la naturaleza contractual o extracontractual, sino en cual sea el patrimonio dañado, y en distinguir cuál es la línea de imputabilidad (social) y causalidad”¹⁰⁶⁸. Cualquiera sea la naturaleza que se atribuya a la acción individual –contractual o mixta respecto de los accionistas y extracontractual respecto de terceros–, es claro que esta viene a romper el molde tradicional (el ente por un lado, accionistas y terceros por el otro), permitiendo a terceras partes –incluimos en ellos a los accionistas considerados como tales– reclamar directamente contra los administradores, pasando por alto a la sociedad¹⁰⁶⁹.

Esta acción es independiente de la acción social, por lo que, según se señalara, “la sociedad no tiene intervención alguna en su planteamiento, en su desarrollo o en sus resultados; que es indiferente que la apruebe o la desapruebe; que ninguna renuncia ni transacción por parte de la sociedad puede ser obstáculo al ejercicio de la acción; y que tal acción no puede estar condicionada ni limitada por ningún acuerdo de la asamblea general ni por ninguna cláusula estatutaria”¹⁰⁷⁰. Ello porque la acción individual no coincide –ni debe confundirse– con la acción social ejercida *ut singuli* por el accionista, por lo que no puede ser afectado por la actitud de la sociedad otorgando un *quitus* al director responsable, renunciando a la acción social o transigiendo, por lo cual es indiferente cualquier resolución de la Asamblea o de los directores al respecto.

¹⁰⁶⁸ PÉREZ CARRILLO, E., *La administración...*, cit., p. 215.

¹⁰⁶⁹ Se trata de actos de los administradores realizados en su función o cargo, pero no obrando como órgano social que vincula al ente en su actuación, sino personalmente a los administradores. Cfr. VELASCO GAUDENCIO, ESTEBAN, en *Revista de Sociedades*, año IV, n° 7, Aranzadi, Navarra, 1996, p. 355.

¹⁰⁷⁰ GARRIGUES, JOAQUÍN y URÍA, RODRIGO, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, t. II, 3ª edición, imprenta Aguirre, Madrid, 1976, p. 185; NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 409.

Se trata de un derecho personal del cual no puede disponer la sociedad¹⁰⁷¹, y que exige la existencia de un daño directo en el patrimonio de socios y terceros, producto de una actuación antijurídica o culpable de los administradores en el ejercicio de sus cargos¹⁰⁷². La doctrina consigna como ejemplos –entre otros– supuestos que habilitan la acción individual, a aquellos casos en que se niega al accionista el acceso a la asamblea general; o cuando se le impidió ejercer su derecho de voto; o a suscribir preferentemente; cuando se dilata indebidamente la inscripción de cesiones accionarias, permitiendo la anotación de una cautelar por los acreedores del vendedor¹⁰⁷³; cuando no se le permita, en condiciones de igualdad suscribir acciones¹⁰⁷⁴; cuando se impide el pago de dividendos aprobados¹⁰⁷⁵; o se induzca al sujeto a comprar acciones en base a un balance falso o inexacto¹⁰⁷⁶; o a aprobar aumentos de

¹⁰⁷¹ Cfr. FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., t. I, p. 507, quien cita en apoyo de esta posición a la doctrina francesa de su época: ARTHUYS, THALLER, MOURET, FLOUCARD-PÉVARDILLE, LYON-CAEN Y RNAULT, ROUSSEAU, PERROUD, y COPPER ROYER.

¹⁰⁷² Cfr. MAGRO SERVET, VICENTE, “La responsabilidad civil de los administradores de Sociedades. Especial referencia a la prescripción de la acción para exigirles responsabilidad civil”, en *Revista de Actualidad Civil* n° 48, LXXVII, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2000, p. 1641.

¹⁰⁷³ NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 411.

¹⁰⁷⁴ Cfr. MEZZERA ALVAREZ, RODOLFO y RIPPE, SIEGBERT, *Curso de derecho comercial*, t. II 2, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 99.

¹⁰⁷⁵ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., 4, p. 335; ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, p. 534.

¹⁰⁷⁶ Cfr. ARECHA, M. y GARCÍA CUEVA, H., *Sociedades comerciales...*, cit., p. 247; FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., t. I, p. 505, “la acción suele ponerse como ejemplo, iniciado por quien adquirió acciones falsas o depreciadas, engañando por una propaganda dolosa, en realidad no corresponde al interesado como accionista sino como tercero, ya que cuando se puso en juego la maniobra o se cometió el delito aún no revestía carácter de accionista, el cual adquirió precisamente con la compra

capital por igual motivo¹⁰⁷⁷; o se distribuyan dividendos ficticios, o no se entreguen los certificados o la documentación que acredite la condición de socio¹⁰⁷⁸.

5.10.2. Legitimación activa

La acción individual puede ser ejercida tanto por el accionista¹⁰⁷⁹, en calidad de tal cuando este fuera damnificado individualmente y sin importar cual sea su porcentaje accionario, como por dicho accionista ya en calidad de tercero, cuando sus derechos se vean afectados. También, va de suyo, puede ser ejercida por cualquier tercero. Por terceros debe entenderse cualquier persona que no sea la sociedad o los accionistas o socios, y que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de actos del administrador contrarios a la ley, a los estatutos o los realizados sin la debida diligencia¹⁰⁸⁰.

Estos terceros tienen a su disposición todas las acciones que el ordenamiento jurídico general les otorga para tutelar sus intereses, por lo que cabe reparar que la acción individual contra los

de las acciones, y tan es así que si los títulos accionarios son falsos –como ocurrió en el caso publicado en JA, 7, 471 –no le confieren esa calidad. En estos supuestos, sólo puede hablarse de acciones de terceros, gobernadas por los principios relativos a las mismas”.

¹⁰⁷⁷ Cfr. JUGLART, MICHEL e IPPOLITO, BENJAMÍN, *Traité de droit commercial, les sociétés*, vol. 12, 3ª edición, Montchrestien, Paris, 1982, p. 508.

¹⁰⁷⁸ Cfr. VELASCO, G., “La acción social y la...” en *La responsabilidad de los...*, cit., p. 94.

¹⁰⁷⁹ La voz accionista debe ser interpretada en sentido amplio, incluyendo a los titulares de acciones preferidas, partes de fundador, bonos de goce, etc. Cfr. MARTORELL, E., *Los directores de sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 425.

¹⁰⁸⁰ Cfr. CABALCHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 369.

administradores de la sociedad no puede ser utilizada si no se pretende reparar el daño que hubiera ocasionado la conducta omisiva de aquellos respecto de deberes que la LSC les impone en interés de terceros¹⁰⁸¹, por lo que se trata de –como se dijera– una acción societaria, y no una supuesta acción que se confunde con cualquiera del ordenamiento positivo.

Siendo que el derecho vulnerado –y cuyo resarcimiento se pretenda– surge del perjuicio individualmente sufrido por el reclamante, se adhiere a la posición que sostiene que este tipo de acciones puede ser ejercida aún por un ex accionista¹⁰⁸², habida cuenta que el resarcimiento, en cuanto configura un derecho de naturaleza creditoria, nace con motivo del daño irrogado en su propio patrimonio¹⁰⁸³. En sentido inverso, y en relación a las acciones sociales, la cesión por un ex accionista “no impide que el nuevo adquirente esté legitimado para cuestionar hechos anteriores, aún cuando su calidad fuese posterior, pues la transmisión importa la adquisición de los derechos inherentes al estado de socio”¹⁰⁸⁴.

Así, será suficiente con probar que se era accionista al momento en que se experimentó el perjuicio, dado que en realidad el derecho al resarcimiento –más que la cualidad de accionista– surge de la condición de damnificado. Para estos autores “no tendría asidero ni fundamento jurídico suficiente pretender que se trata de un derecho inherente al título acción que circula con él, pues el fin que se persigue con este derecho es el resarcimiento de un daño, derecho que no pasa al eventual nuevo adquirente de la acción, pues

¹⁰⁸¹ Cfr. LLEBOT MAJÓ, JOSÉ ORIOL, “El sistema de la responsabilidad de los administradores”, en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, año IV, n° 7, Navarra, 1996, p. 60.

¹⁰⁸² VERÓN, A., *Sociedades comerciales ...*, cit., t. 4, P. 335.

¹⁰⁸³ Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los...*, cit., p. 645.

¹⁰⁸⁴ GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los...*, cit., p. 645.

el perjuicio lo sufrió el patrimonio de quien era poseedor de la acción a la fecha en la que el director, o directorio rechazó el acto engendrador del daño”¹⁰⁸⁵.

5.10.3. Prescripción

Atento el carácter aquiliano o extracontractual de la acción individual de responsabilidad, ésta prescribe a los dos años de acaecido el hecho generador de responsabilidad, por aplicación del artículo 4037 del Código Civil, siendo indiferente la adopción de acuerdos asamblearios que hubiesen declarado tal responsabilidad, con lo que el plazo corre desde que se produjo el daño¹⁰⁸⁶.

5.10.4. Arbitraje

Cuando la acción individual contra los administradores es ejercida por terceros o socios, por haberles ocasionado la actuación de aquellos un perjuicio directo en sus patrimonios, no puede oponerse la cláusula arbitral por se la responsabilidad exigible extracontractual y resultar ajenos al estatuto –y sus cláusulas–. “No existe relación contractual entre los socios (a título individual) y los administradores. Ese distinto matiz (en relación con la acción social) pudiera llevar a negar la utilidad de la cláusula arbitral estatutaria para dirimir este tipo de controversias, por cuanto el litigio surge entre los socios a título particular y los administradores. Si el ámbito objetivo del convenio arbitral estatutario son las relaciones litigiosas entre los socios entre sí o entre éstos con la sociedad por razón del contrato social, y si defendemos el carácter

¹⁰⁸⁵ Cfr. SASOT BETES M. y SASOT M., *El órgano de administración...*, cit., p. 548.

¹⁰⁸⁶ VILLEGAS, C., *Derecho de las sociedades...*, cit., p. 451.

extracontractual de esta responsabilidad, parece difícil encauzar este tipo de litigios por el arbitraje. En definitiva, creemos que en la acción individual de responsabilidad no tiene encuadre el arbitraje societario estipulado, dejando a salvo, evidentemente, la posibilidad de que las partes afectadas puedan acordar, a título privado como pacto parasocial, un convenio arbitral para dirimir sus controversias”¹⁰⁸⁷.

5.11. ACCIÓN SOCIAL ACUMULADA A LA INDIVIDUAL

Se ha dicho que, en el caso de la acción social de responsabilidad, esta tiene su origen en el daño al patrimonio social provocado por la actuación de su órgano de administración. También se ha señalado que dicha acción puede, en ocasiones, ser llevada adelante por un accionista. Por su parte, la acción individual de responsabilidad atiende el daño causado a un accionista –o tercero– por la actuación del directorio. Ahora bien, puede suceder que de la misma actuación del administrador se derive tanto un daño a la sociedad como a accionistas y terceros, pudiéndose en tal caso acumular la acción social de responsabilidad con la individual¹⁰⁸⁸.

De allí que nada impide a estos últimos encarar en forma simultánea el ejercicio de ambos reclamos, sin perjuicio de que, al dictarse sentencia, deberá el Tribunal cuidarse de no condenar dos veces por idéntico concepto al administrador, distinguiendo qué

¹⁰⁸⁷ CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El Arbitraje Societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 190; CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, “El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado”, en *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, vol. 22 Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2013, pp. 296 y 297.

¹⁰⁸⁸ Sala C, 17-III-80, ED 25-VI-80; GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 637 y “Aspectos de la acción social de responsabilidad”, ED 141-127.

corresponde ingresar al peculio del ente, y que al del accionista accionante¹⁰⁸⁹. Para el caso de que el accionista decidiera acumular a la acción de responsabilidad (ut singuli) la acción individual de responsabilidad prevista en el artículo 279 LSC, y sólo prosperara la primera de ellas, el accionista se verá obligado a soportar las costas que correspondan a su petición particular.

La independencia entre ambas acciones (la individual y la social) entre sí, “implica que si, por ejemplo, los acreedores han ejercitado la acción social con carácter subsidiario, la sentencia no podrá condenar a los administradores a indemnizar directamente a dichos acreedores, como si lo que se hubiera ejercitado fuera la acción individual; es decir, el principio iura novit curia no alcanza a los tribunales para resolver la cuestión litigiosa modificando la causa de pedir, lo cual supondría incurrir en incongruencia con lo solicitado por el demandante en el suplico de la demanda (en la medida en que, si está ejercitando la acción social, habría debido solicitar que se indemnice directamente a la sociedad, por cuya cuenta está actuando)”¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁹ En contra, véase CABALCHO LOSADA, F., *El ejercicio de las...*, cit., p. 367, para quien, “a pesar de que una misma actuación de los administradores pueda dar lugar tanto al ejercicio de la acción social de responsabilidad como a la acción individual, no es posible sin embargo el ejercicio simultáneo de ambas acciones. Si la sociedad ejercitara la acción social de responsabilidad y al mismo tiempo los accionistas, respecto de los mismos hechos lesivos, pretendieran ejercitar la acción individual con el fin de resarcirse del perjuicio ocasionado por los administradores, éstos podrían verse obligados a indemnizar dos veces a dos sujetos distintos por una misma actuación, lo cual no es admisible”. Consideramos que ello no es así en la medida que se indemnicen distintos daños ocasionados por un mismo accionar.

¹⁰⁹⁰ CABALCHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones....cit.*, p. 336.

CAPÍTULO SEXTO

LAS ACCIONES SOCIETARIAS DE NULIDAD E IMPUGNACIÓN

6.1. ACCIÓN DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA

6.1.1. El acto jurídico societario y su relación con el régimen general de nulidades societarias

Acto jurídico es todo acto humano, voluntario y lícito, que tiene una finalidad inmediata específicamente jurídica, esto es, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (artículo 944 Código Civil)¹⁰⁹¹, siendo

¹⁰⁹¹ Corresponde aclarar que “la denominación de acto jurídico, que emplea el Cód. Civil argentino, y que también es utilizada en el derecho francés, se corresponde con el concepto de ‘negocio jurídico’ expuesto en la ley positiva y en la ciencia jurídica italiana y alemana, así como también por la mayor parte de la doctrina española. En cambio, cuando en estos países se emplea el nombre de acto jurídico, tiene el sentido que entre nosotros se suele relacionar con el concepto de simple acto voluntario lícito, que regula el art. 899” –CIFUENTES, SANTOS, en BELLUSCIO, AUGUSTO y otros, *Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. 4, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 262– y que es aquel que no tiene por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.

sus elementos esenciales¹⁰⁹², sujeto¹⁰⁹³, objeto¹⁰⁹⁴ y forma¹⁰⁹⁵ –alguna doctrina agrega la causa¹⁰⁹⁶–. Por definición es lícito, o sea, objetivamente conforme a derecho, ya que no se concebiría que el ordenamiento tutelara actos contrarios al mismo, por lo que la voluntad del sujeto debe siempre subordinarse a la norma¹⁰⁹⁷.

Que el acto resulte producto de un procedimiento reglado, dentro de un medio técnico –centro de imputación normativa– como una sociedad comercial, no importa que no se trate de un acto humano, con lo que el acuerdo social, producto de la voluntad de los socios expresada a través de los procedimientos legales prescriptos, es también un acto jurídico, sólo que interno¹⁰⁹⁸, propio no ya de estos sino de una persona jurídica¹⁰⁹⁹, aún cuando provenga de un

¹⁰⁹² Sin que la presente afirmación, meramente introductoria e instrumental al tema que nos ocupa, importe opinión contraria respecto de otras clasificaciones que aluden a elementos esenciales particulares, elementos naturales, elementos accidentales, ya sean abstractos o concretos.

¹⁰⁹³ La capacidad del sujeto no es sólo un atributo de la persona, sino un elemento del acto jurídico, el cual, para ser válido, tiene que ser otorgado por una persona capaz de cambiar el estado de su derecho. Cfr. CIFUENTES, S., *Código civil y leyes...*, cit., t. 4, p. 282.

¹⁰⁹⁴ El objeto del acto jurídico deben ser –además de cosas que estén en el comercio– hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero.

¹⁰⁹⁵ Ver LLAMBÍAS, J., *Código civil, parte general*, cit., II, n° 1453.

¹⁰⁹⁶ Ver BORDA, G., *Tratado de derecho, parte general...*, cit., vol. II, n° 842, 855, 872 y 919.

¹⁰⁹⁷ Cfr. CIFUENTES, S., *Código civil y leyes...*, cit., t. 4, p. 264.

¹⁰⁹⁸ Cfr. MANÓVIL, RAFAEL, “Impugnación de las decisiones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción”, V Congreso de Derecho Societario, t. II, p. 310.

¹⁰⁹⁹ Cfr. OTAEGUI, JULIO, “La responsabilidad resarcitoria del accionista por acuerdo nulo”, ED 156-120.

acto plurilateral orgánico interno propio del ámbito societario. Tal voluntad proveniente de un acto plurilateral orgánico es el resultado de un acto colectivo tendiente a llevar a cabo un intento final común¹¹⁰⁰ y colegial por cuanto se decide según el principio mayoritario¹¹⁰¹.

Es además un acto único –busca alcanzar una decisión única¹¹⁰²–, unilateral y complejo –la voluntad que se exterioriza es la suma de muchas voluntades–. Al igual que para el acto jurídico en general, el acto jurídico societario requiere para su validez el cumplimiento de los requisitos prescriptos por la ley: sujeto, objeto¹¹⁰³ y forma. Ello sin omitir restricciones propias de la intromisión de la eventual colisión que las decisiones orgánicas pudieran tener con el orden público. En cuanto a la declaración de la voluntad, consecuencias y objeto fin social, en general se procura su estabilidad, lo que no quiere decir que esta se imponga a la regla

¹¹⁰⁰ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO “La naturaleza jurídica de la deliberación de las sociedades anónimas”, JA 1956-III sec. Doctrina p. 144; HALPERÍN, ISAAC, *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1975 p. 559.

¹¹⁰¹ Cfr. OTAEGUI, J., “La responsabilidad resarcitoria...”, cit., ED 156-120.

¹¹⁰² Cfr. VIVANTE, CÉSARE, *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, Vallardi, Milán, 1932, n°488.

¹¹⁰³ El objeto del acto jurídico interno, genera derechos entre socios a partir de la suscripción del contrato plurilateral que da origen a la sociedad, deben ser cosas que estén en el comercio, o que no se hubiese prohibido que sea objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto (artículo 953 del Código Civil). El objeto del acto jurídico interno con proyección hacia terceros debe ser no prohibido como acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto (artículo 953 del Código Civil).

moral¹¹⁰⁴, siendo las cláusulas leoninas del derecho societario un ejemplo de ello.

La nulidad es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico –aunque eventualmente no de todos sus efectos¹¹⁰⁵–, en virtud de una causa originaria, es decir, existente al momento de su celebración¹¹⁰⁶. El Código distingue los actos así afectados en dos categorías, nulos y anulables, sin definir los mismos y recurriendo a su enumeración –no taxativa– en los artículos 1041 a 1044 y 1045 respectivamente¹¹⁰⁷. A los fines de éste trabajo se considera:

¹¹⁰⁴ Código Civil, art. 953. Cfr. SPOTA, ALBERTO, *Tratado de derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1960, t. I, Vol. 1, pp. 48 y 60.

¹¹⁰⁵ Dada su mayor aceptación en doctrina, se utiliza aquí el término nulidad. No obstante, parecería más apropiado referirse a la invalidez de los actos, por ser esta comprensiva de nulidades y anulabilidades, absolutas y relativas.

¹¹⁰⁶ Código Civil, art. 1037. Esta posición –nulidad como sanción– es aceptada por la generalidad de los autores. Cfr. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil, parte general*, 12ª edición, vol. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 374; SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de derecho civil argentino, parte general*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1964, n° 2583 p. 701; GARIBOTTO, JUAN CARLOS, *Teoría general del acto jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1991, pp. 280 y 282. Otra corriente de pensamiento, minoritaria, entiende que la invalidez del acto no resulta de una sanción, por inexistencia de ilicitud, sino más bien de “la no producción de los efectos queridos por disposición de la ley, en virtud de defectos constitutivos. Cfr. LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ, “Clasificación de las nulidades”, LL 147-p. 875.

¹¹⁰⁷ Son nulos los actos otorgados por incapaces de hecho (art. 1041) y de derecho (art. 1042 y 1043), o se presumiera fraude o simulación ilícita, estuviera prohibido su objeto, no observara la forma legal sacramental prevista (art. 1044). Son anulables cuando la incapacidad del agente fuera accidental o desconocida por la ley al tiempo de celebrarse el acto, o la ilicitud del objeto sólo surgiera de una investigación, o cuando existiera una voluntad viciada por simulación, error, violencia o fraude (art. 1045).

i.-) actos nulos son aquellos actos jurídicos en los que el vicio que los afecta es manifiesto¹¹⁰⁸. En tales casos, el papel del juez es pasivo y se limita a comprobar la existencia de una invalidez declarada de pleno derecho por la ley, se trata de “una nulidad precisa, rígida, insuceptible de estimación cuantitativa, determinada por la ley”¹¹⁰⁹. A su vez, los actos nulos lo serán de forma absoluta o relativa –lo mismo sucede respecto de la otra categoría de actos, los anulables–, según la misma hubiere sido consagrada en defensa del orden público¹¹¹⁰, o el interés particular de las partes, respectivamente¹¹¹¹. De allí que la nulidad absoluta puede ser peticionada por cualquiera –en nuestro caso, juez¹¹¹², accionista o tercero¹¹¹³– y resulta inconfirmable –por tanto

¹¹⁰⁸ Sin perjuicio de ser ésta la manera más generalizada en doctrina de distinguir el acto nulo –del anulable–, y la que aquí se sigue, cabe destacar que existiendo también actos nulos con vicios ocultos (piénsese en el padre que adquiere bienes de su hijo menor por interpósita persona), alguna calificada doctrina contemporánea se aparta de este criterio, concluyendo que el acto nulo es aquel que acusa una falla rígida y legalmente determinada con respecto al sujeto –su capacidad–, la causa, el objeto o la forma. Cfr. CIFUENTES, S., *Código civil...*, cit., t. 4p. 699.

¹¹⁰⁹ Cfr. BORDA, G., *Tratado de derecho, parte general...*, cit., Vol. II, p. 380.

¹¹¹⁰ Como criterio orientador –y sin perjuicio de que se habrá de volver sobre el particular– puede decirse que se dará la violación del orden público cuando el acuerdo lesione derechos y libertades constitucionales del socio, “y quizás también cuando lesione los principios configuradores del Derecho contable, o de la sociedad anónima (por ej., si se acuerda la revalorización libre de activos, o la celebración de junta universal –asamblea unánime– sin asistencia de todo el capital)”. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al derecho mercantil*, cit., p. 297.

¹¹¹¹ Cfr. BORDA, G., *Tratado de derecho, parte general*, cit., vol. II, p. 385.

¹¹¹² Si fuera manifiesta, debe ser declarada de oficio (art. 1047 Código Civil).

¹¹¹³ No obstante que la nulidad absoluta puede ser pedida por cualquiera que tuviera interés en tal sentido, el art. 1047 del Código Civil exceptúa –como sanción– a aquel que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Si bien esto inhibiría al socio de formular la petición orientada a la declaración de nulidad, el ámbito de aplicación de la norma es muy reducido habida

imprescriptible¹¹¹⁴— si fuera manifiesta. Por el contrario, la nulidad relativa solo procede a pedido de parte legitimada y es prescriptible. La ley también diferencia si la nulidad es total o parcial, según afecte el todo o parte del acto viciado (arg. artículo 1039 Código Civil), en cuyo caso —nulidad parcial— el acto permanece válido respecto de sus partes no afectadas. La asamblea, en principio, no constituye un acto jurídico particular, sino que se trata de una conjunción de ellos, por lo que resulta posible escindir cuál o cuales de estos se encuentran viciados de nulidad¹¹¹⁵. De allí que la nulidad

cuenta la obligación del juez de declararla de oficio cuando fuera manifiesta. “Ejemplo: si un miembro de una sociedad constituida para ejercer el contrabando se presenta pidiendo la nulidad del contrato social, el juez, no obstante la torpeza del accionante, debe declararla si aquel objeto apareciere expresado en el instrumento acompañado en la demanda; en cambio, si el contrato fuere aparentemente regular y la parte manifestara que, pese a esa apariencia, el verdadero objeto es el contrabando, el juez debería desestimar la demanda, porque el vicio no aparece manifiesto en el acto y se hace necesaria una investigación de hecho que el magistrado no está autorizado a hacer de oficio”; BORDA, G., *Tratado de derecho, parte general...*, cit., vol. II, p. 374. Cuando la sociedad tuviera objeto lícito pero su actividad no lo fuera (art. 19 LSC), la ley expresamente prevé que la petición de nulidad podrá ser efectuada a pedido de parte o de oficio, aclaración que —según refiere HALPERÍN— no resulta ociosa pese a tratarse de una nulidad absoluta, ya que la determinación de la existencia de actividad ilícita requiere de su previa investigación, lo que haría inaplicable el art. 1047 del Código Civil. Cfr. HALPERÍN, ISAAC y BUTTY, ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 286.

¹¹¹⁴ El carácter inmoral de los actos no se pierde por el mero transcurso del tiempo.

¹¹¹⁵ Cfr. FARRÉS, DANIEL, “La impugnación asamblearia en las cooperativas”, LL 23/07/01. Las causas generadoras de irregularidad asamblearia no son todas de igual importancia —van desde la irregularidad subsanable hasta la nulidad—, pudiendo afectar a toda la asamblea “o sólo a algunos de los asuntos sometidos a su consideración, y, en fin, la apreciación de irregularidad se constata plenamente una vez concluido el acto asambleario (pues la integración de su procedimiento —la serie de actos partes—, puede ser inobjetable individualmente considerado, mientras que conjuntamente adolezca de vicios, o viceversa)”. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 901.

de un acto asambleario puede ser declarada respecto de sólo algunos de sus puntos del orden del día.

ii.-) los actos jurídicos anulables son aquellos en los que el vicio permanece ab initio oculto, necesitándose prueba de su existencia, con lo que se mantienen válidos hasta tanto sean judicialmente anulados¹¹¹⁶. No se trata de un nullus en sí, sino que el acto producirá sus efectos hasta la declaración de invalidez¹¹¹⁷, precedida de una labor de investigación o apreciación por parte del juez. Por sí misma la ley es impotente para aniquilar el acto, cuya anulación depende de circunstancias de hecho –flexibles, variables y susceptibles de apreciación¹¹¹⁸–.

iii.-) Parte de la doctrina incluye una tercera categoría de actos –o no actos– denominados inexistentes¹¹¹⁹, a los que no son

¹¹¹⁶ Por su parte, la ley de sociedades de capital española de 2010 (arts. 204 y 205) define a los acuerdos nulos como aquellos contrarios a la ley, e impugnables a aquellos que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Ahora bien, aún pese a la claridad con que el criterio nulificante fue –en apariencia– resuelto, la doctrina española no coincide en cuanto a los alcances del término ley, distinguiendo entre preceptos dispositivos (podrían ser dejados de lado sin que se torne nulo el acuerdo) y preceptos imperativos (su violación acarrea la nulidad insalvable). Dentro de la posición radical que no habilita a distinguir grados dentro de las normas –en razón del silencio de la LSA–, puede verse a JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1805. Por el contrario, parecería haber consenso en cuanto a que no corresponde efectuar distinción entre cláusula estatutaria imperativa y dispositiva, cabiendo considerar a todas dentro de esta última categoría, por tanto, anulables.

¹¹¹⁷ Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de derecho societario*, cit., p. 170.

¹¹¹⁸ Art. 1045 Código Civil; Cfr. BORDA, G., *Tratado de derecho civil, parte general*, cit., vol. II, p. 380.

¹¹¹⁹ “No obstante, hay que distinguir las resoluciones inexistentes (que, no sólo no producen efectos jurídicos, sino que en ningún caso podrían producirlos), de las

resoluciones nulas (que no producen efectos jurídicos, aunque en ciertas condiciones podrían producirlos), y de las resoluciones anulables (que son las irregularidades o deficiencias imputables, que no producen la nulidad de las resoluciones). De ello se sigue que los actos inexistentes no se confirman ni prescriben; los actos nulos no se confirman si son de nulidad absoluta; y los actos anulables tienen existencia jurídica mientras no sean anulados por sentencia, pudiendo ser anulados y prescriptos. Los actos inexistentes se dan en los casos de falta efectiva de la reunión o de las formas esenciales para la convocatoria o la votación; la nulidad absoluta afecta a normas de orden público o a derechos inderogables de los accionistas; la nulidad relativa se da cuando hay vicios formales en el funcionamiento, en la deliberación, o en el interés particular o grupal de accionistas”. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 904, con apoyo en FERRARA, GARO, CARNELUTTI y BRUNETTI. Por su parte HALPERÍN, y respecto del acta de asamblea, refiere a la inexistencia del acto cuando se careciera de aquella –criterio que no compartimos, como más adelante se dirá–. Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 705; CNCom. Sala C, mayo 22-987, re “Kukiewicz I. C. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A.”, *Revista de Doctrina Societaria y Concursal*, t. I, p. 404, donde se declarara la inexistencia de una asamblea por defectos de redacción en el acta, Cfr. LÓPEZ TILLI, ALEJANDRO, *Las asambleas de accionistas*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 326. En la misma corriente, y para el derecho portugués, DE OLIVEIRA, ASENSAO, *Dereito comercial*, Vol. IV, Lisboa, 2000, p. 395– sostiene que no obstante la normativa societaria no parecería dejar espacio para la inexistencia, en supuestos tales como la transcripción de una asamblea jamás convocada o celebrada, estaríamos frente a un acto que escapa del régimen de nulidades sociales. En derecho mexicano, suele referirse con el término asambleas de papel a aquellas que realmente no se han celebrado, y que sin embargo se vuelcan a libros. No obstante su inexistencia, se las considera válidas –producen sus efectos– si ningún socio, administrador, comisario o tercero interesado reclamara temporáneamente su nulidad. Cfr. BARRERA GRAF, JORGE, *Instituciones de derecho mercantil*, 7ª reimpresión, Porrúa, México, 2008, p. 561. “Se dice que una deliberación es inexistente cuando el órgano del cual se supone que proviene no existe, es decir, cuando la asamblea no se celebra, ya sea porque la reunión de los socios no haya sido en el lugar preestablecido o bien porque la reunión haya resultado sólo de un encuentro casual, sin que haya mediado la convocatoria o cualquier otra forma idónea para comunicar a los socios acerca de la celebración de una asamblea. Como puede apreciarse, la falta de órgano deliberante determina la inexistencia de la deliberación; es natural que para que se tome un acuerdo se requiere la existencia del órgano que deba tomar dicho acuerdo, por eso muy acertadamente se ha dicho que la inexistencia se refiere a los elementos indispensables para la formación del

aplicables las reglas de los actos nulos o anulables y cuya aceptación rechazo resulta de particular interés, habida cuenta de que entre sus efectos encontramos que los derechos aparentemente transmitidos a terceros no tienen valor¹¹²⁰, resultando la acción que así lo declare imprescriptible¹¹²¹. El concepto de inexistencia, de origen francés, encierra claras ventajas de orden práctico: toda vez que en aquel ordenamiento y en materia de nulidades rige el principio “pas nullité sans texte”, es sólo a través de la inexistencia que los tribunales han podido resolver los casos en que, pese a no preverse la nulidad, no era posible mantener la eficacia del acuerdo¹¹²². No obstante y según el actual ordenamiento argentino, las resoluciones asamblearias podrán ser nulas o anulables, según su caso, más no inexistentes¹¹²³. Esta conclusión resulta trascendente a poco que se repare en que, a diferencia de la acción de nulidad cuando ésta fuera relativa, la acción de inexistencia no

órgano que delibera”. Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 10ª ed., Porrúa, México, 2006, n° 1, p. 242.

¹¹²⁰ Arg. art. 1051 Código Civil.

¹¹²¹ Según BORDA –quien se refiere y acepta con fines prácticos esta categoría– sólo puede hablarse de actos inexistentes frente a algunos supuestos extremos: la falta de acuerdo de voluntades o disentimiento entre las partes; la inexistencia del objeto del acuerdo; la falta de cumplimiento de las formalidades legales del acto, sólo cuando este debe necesariamente integrarse con la actuación de un oficial público –matrimonio celebrado en ausencia dl oficial–. Cfr. BORDA, G., *Tratado de derecho...*, cit., vol. II, pp. 393 y 395.

¹¹²² Cfr. ALCALÁ DÍAZ, MARÍA ANGELES, *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998, p. 102, n° 53.

¹¹²³ Cfr. CNCom. Sala A, febrero 26-980, re “Tallería Luis A. C. Martínez Valderrama y Cía. S.A.”, ED, 87-504, fallo 32.885. “La ley de sociedades no contiene ningún supuesto de acto inexistente”.

prescribe ni precluye y la cosa juzgada no obsta su planteamiento¹¹²⁴.

6.1.2. Aplicación supletoria del Código Civil por especificidad

En materia de nulidades societarias, el legislador de 1972 tuvo en cuenta el Código Civil italiano de 1942, que fijaba un régimen propio con más un reenvío supletorio a las normas generales y según el tipo de violación: si la nulidad involucraba la ley o el acto constitutivo se aplicaba la especialidad societaria, mientras que si aquella se derivaba de la ilicitud o imposibilidad del objeto se sujetaba a las disposiciones del derecho común¹¹²⁵. No obstante, la LSC no consagró un régimen de característica dual, apartándose deliberadamente del derecho común, siendo la intención del legislador aplicar excluyentemente el derecho societario¹¹²⁶.

Así, mientras el derogado artículo 2379 del Código Civil italiano que fuera fuente de nuestra ley determinaba por exclusión aquellas deliberaciones que debían ser consideradas nulas (las que

¹¹²⁴ Cfr. BORDA, G., *Tratado de derecho, parte general...*, cit., vol. II, p. 397.

¹¹²⁵ En el Código Civil italiano vigente (decretos legislativos nros. 5 y 6 del 17 de enero de 2004, nro. 37 del 6 de febrero de 2004 y nro. 10 del 28 de diciembre de 2004), los arts. 2377 a 2379 regulan la anulabilidad de las deliberaciones, el procedimiento de impugnación y la nulidad de la deliberación, respectivamente, de una manera más acabada que su antecesor.

¹¹²⁶ Cfr. BAZÁN, JORGE, “Acerca de las nulidades asamblearias, del derecho societario y del orden público”, trabajo inédito difundido en el marco de las VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 1998. Esta es también, aunque con algunas diferencias, la posición de WILLIAMS, JORGE, “La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el artículo 251 de la ley 19.550”, LL 1983-C, p. 1047– y de FARGOSI, HORACIO, “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones, LL 1975-A, p. 1061.

tengan objeto imposible o ilícito) siendo el resto sólo anulable, la LSC no sólo no contiene normativa sino que por el contrario reputa nula –atacable de– toda decisión asamblearia contraria a la ley, estatuto o reglamento (lo que incluye tanto las decisiones nulas como anulables). Ello responde al propósito de no dejar supeditados los actos decididos por las asambleas a la eventual contingencia de la promoción de acciones de nulidad absoluta que afectaría la continuación o subsistencia de la sociedad atento el carácter de imprescriptibles de estas acciones y sus efectos retroactivos¹¹²⁷.

De allí que parte de la doctrina entiende que la LSC ha instaurado un régimen de nulidades propio, apartado del ámbito de regulación del Código Civil¹¹²⁸, ya que lo contrario importaría la abrogación del sistema especial del artículo 251 LSC por el Código, pasando por alto tres cuestiones¹¹²⁹:

i.-) el carácter del derecho comercial, categoría histórica creada para regular la conducta de sujetos especiales¹¹³⁰; ii.-) la

¹¹²⁷ Cfr. WILLIAMS, J., “La impugnación de decisiones...”, cit., LL 1983-C, p. 1046; quien incluso afirma que debe advertirse “al respecto que el art. 2379 del Cód. Civil italiano [fuente de nuestro ordenamiento], en forma expresa, remite [remitía] a las normas del derecho común en materia de nulidades (arts. 1421, 1422 y 1423) y sólo para deliberaciones nulas por imposibilidad o ilicitud del objeto, mientras que el art. 251 no formula distinción alguna y su texto justifica la interpretación efectuada en el sentido de que quedan sujetas al plazo y procedimiento por él previstos, tanto las acciones por nulidad absoluta como por nulidad relativa quedando excluidas de la disposición legal las disposiciones absolutas o relativas referentes a supuestos distintos o que nada tengan que ver con las decisiones asamblearias.”

¹¹²⁸ Cfr. FARGOSI, HORACIO y GIRALDI, PEDRO, “Nuevamente sobre la nulidad de asambleas de sociedades anónimas”, ED 174, p. 996.

¹¹²⁹ Se sigue en ello a FARGOSI, H. y GIRALDI, P., “Nuevamente sobre la nulidad...”, cit., ED 174, p. 996.

¹¹³⁰ Tal posición, por cierto que mayoritaria entre la doctrina comercialista, rechaza la concepción del derecho mercantil a partir del derecho civil.

especificidad del régimen societario; iii.-) la falta de norma expresa en el Código Civil que efectivamente consagre la imprescriptibilidad de las nulidades absolutas¹¹³¹.

No obstante la mayor practicidad de tal posición, lo cierto es que la LSC sólo impone la nulidad, sin especificar modos ni alcances¹¹³², con lo que opera la integración con el Código de Comercio prescripta por el artículo 384 LSC y la aplicación del Código Civil en razón de la remisión por aquel efectuada en el artículo I del Título Preliminar. Empero, con referencia a la nulidad de las deliberaciones y decisiones de órganos colegiados resulta de aplicación un régimen especial y no normado de manera directa que se aparta del establecido en un Código Civil que regula la nulidad del acto jurídico en general sin prever el acto jurídico colegial¹¹³³.

Empero, a diferencia del régimen de nulidades del Código Civil, el restringido –pero prioritario– de la LSC no prevé la producción de una consecuencia típica de aquel: la retroactividad. En efecto, “la ley de sociedades tiende en general a la subordinación, y a limitar la invalidez de los negocios societarios. En consistencia con ello se expide el artículo 16 LSC referido a la nulidad vincular¹¹³⁴, el artículo 17 in fine LSC el cual contempla la omisión

¹¹³¹ Para esta corriente sólo son imprescriptibles las acciones enumeradas en el art. 4019 del Código Civil. Cfr. AGUIAR, HENOCH, *Hechos y actos jurídicos*, t. III, Buenos Aires, 1950, p. 417.

¹¹³² LSC, arts. 29, 32, 69, 91, 185, 199, 200, 202, 207, 227, 240, 245, 246, 251, 271, 284, 287, 322, 337 y 350 y salvo las disposiciones de los arts. 16, 17, 18, 19 y 20.

¹¹³³ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 639. El fin buscado por el régimen societario es el fortalecimiento de la estabilidad y fuerza vinculante de las decisiones asamblearias, lo que no impide que el principio ceda ante el orden público, que orienta todo el ordenamiento, no solo el mercantil. Cfr. FARGOSI, H. y GIRALDI, P., “Nuevamente sobre la nulidad...”, cit., ED 174, p. 1003

¹¹³⁴ “En el supuesto de incapacidad de uno de los contrayentes de una sociedad accidental, el vicio sólo afecta al vínculo pero no compromete ni conmueve la

de requisitos esenciales no tipificantes, el artículo 195 LSC que prevé la cancelación de las suscripciones que únicamente hubieran correspondido al accionista privado del derecho de suscripción preferente, etc.; restringiendo la invalidez y protegiendo la subsistencia del acto en cuanto fuera convalidable”¹¹³⁵.

Es decir, que sólo cuando la nulidad invocada afectare el orden público, podría eludirse la normativa de la LSC en cuanto a plazos para la interposición de la acción (artículos 251 LSC y 848 inc. 1º Código de Comercio) reclamo y la pauta general de preservación de los actos (y del propio ente; artículo 100 LSC). Así, cuando se invoque la existencia de una nulidad absoluta, deberá acreditarse que la resolución del ente pone en juego la organización social, la moral o las instituciones fundamentales del Estado, esto es, intereses superiores a los meramente patrimoniales de la sociedad y de sus socios¹¹³⁶.

6.1.3. El orden público y su relación con el derecho societario

Mayoritariamente se sostiene la imprescriptibilidad de la acción de nulidad contra todo acto jurídico violatorio del orden

subsistencia del contrato, pues como lo estatuye la LSC (art. 16) que recoge los principios consagrados por la legislación italiana (CC 1942), en materia de nulidades de negocios plurilaterales, la nulidad del vínculo no produce la nulidad del contrato. Ello quiere decir que las consecuencias que genera la nulidad del vínculo deben ser encauzadas a través de la regulación prevista para la resolución parcial en la ls: 92, a fin de materializar la exclusión del incapaz, sin que caiga la sociedad.” Cám. Com., Sala C, Lexis N° 11/4700.

¹¹³⁵ RALLÓ, MARÍA GABRIELA, “Impugnación de asambleas en la S.A.”, LL 2004-B, p. 1244.

¹¹³⁶ Cfr. CNCom. Sala A, 15 febrero-1999, re “Pie Fabián L. c. Corhoma S.R.L.”, LL 1999-C, p. 423.

público¹¹³⁷, por lo tanto, de toda decisión asamblearia contraria a éste¹¹³⁸. Si la nulidad del acto jurídico se origina en la violación de

¹¹³⁷ En términos generales, se denomina orden público al conjunto de principios eminentes –fundamentales– a los cuales se vincula –y en los cuales se cimienta– la digna subsistencia de la organización social establecida. Cfr. LLAMBÍAS, J, *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., t. I, pp. 158 y 163. Para este autor –noción que se comparte–, la noción de orden público resulta “fluida y relativamente imprecisa” en cuanto a su contenido concreto, por exigencia de su propia naturaleza. Tal aparente laxitud no debiera invocarse en procura de amparo de situaciones ajenas a él, máxime en el ámbito societario, donde el orden público difícilmente se vea involucrado. Obviamente, la positivación del orden público dista de ser pacífica. No obstante asociarse exclusivamente al derecho civil e internacional, el tema del orden público en el derecho argentino tuvo su origen en el Código de Comercio. “Cuando se sancionó para el Estado argentino en 1862 el Código de Comercio dado para la provincia de Buenos Aires en 1859 y hasta la promulgación en 1869, CCiv., la legislación privada que había comenzado a instaurarse de acuerdo con los dictados del art. 67, inc. 11, CN, no tenía otro objeto de examen en el problema que me ocupa –orden público– que los preceptos de aquél. O sea que se hace necesario puntualizar dos cosas: 1º) Que durante siete años la teoría del orden público en el derecho privado obligacional y contractual argentino, no tuvo otro punto de partida que el Código Mercantil. 2º) Que cuando se sancionó el *Código de Comercio*, sus normas no fueron primigenias, sino reformadoras” (COLOMBRES, G., “El orden público”, cit., JA 1964-II-23, 24 y 26). El art. 18 de aquel Código es, aunque Vélez Sarsfield omitiera su mención al tiempo de redactar el art. 21, CCiv., su fuente más directa. Así se ha apuntado que el orden público, en tanto fórmula general, importa para la dogmática jurídica una seria perturbación, un mero recurso tendiente a resolver —o a no resolver— necesidades derivadas de la ausencia de esquemas jurídicos sólidos, y que debe ser desterrada, como lo hace Colombres en el trabajo citado, y para quien “cuando el fundamento técnico legal sonaba inalcanzable, y cuando era menester abrogar un derecho que no se hacía conveniente defender, allí aparecía el vacío concepto de ‘orden público’ para restañar un interés que se antojaba inderogable. Y al acierto judicial seguía el apoyo doctrinario en mil logradas explicaciones de lo que el propio sistema jurídico era impotente de fundamentar”. No obstante, señala el autor que ello no implica que el orden público adolezca de sustancia: ésta es exclusiva del propio derecho positivo, por el cual existe. Lo que debe desterrarse es la fórmula orden público. Pese a tales posiciones, la supresión del orden público ha resultado imposible. “Debemos rendirnos ante una evidencia, el orden público, al margen de los esfuerzos por definirlo, retorcerlo,

una norma de orden público, aquélla es absoluta, por lo tanto, imprescriptible¹¹³⁹. Contrariamente, no toda nulidad absoluta importa per se la violación de reglas de orden público¹¹⁴⁰. El orden público societario, según aquí se trata, no sería una especie del género orden público, sino una mera categoría doctrinaria de reducido ámbito de aplicación y contorno general indefinido¹¹⁴¹, tendiente a simplificar su estudio.

enmarcarlo, limitarlo, negarlo o preverlo, existe”, RUCHELLI, HUMBERTO y FERRER, HORACIO, *El orden público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 11.

¹¹³⁸ El carácter inmoral de los actos no se pierde por el mero transcurso del tiempo. “Si la nulidad es absoluta, la acción de impugnación de las decisiones assemblearias es imprescriptible”. Cám. Com., sala B, ED, 91-492; “El plazo de caducidad que prevé el art. 251, LSC, no resulta aplicable en caso de nulidad absoluta de la decisión assemblearia sujeta a los arts. 18 y 1047, CCiv.” (Cám. Com., sala C, ED, 142-244).

¹¹³⁹ No obstante, alguna doctrina ha sostenido la prescriptibilidad de las nulidades absolutas, por aplicación del plazo decenal del art. 4023, CCiv., y a partir de las diferencias existentes entre el art. 1047 y el art. 809 del Esbozo de Freitas, supuesta fuente de aquél –en defecto del Código Napoleón, lo que haría inaplicables doctrina y jurisprudencia francesa–, y por no estar contemplada –la invalidez absoluta– entre los supuestos del art. 4019, CCiv. Cfr. GARIBOTTO, JUAN CARLOS, *Teoría general del acto jurídico*, Buenos Aires, 1991, pp. 291 y 292.

¹¹⁴⁰ Ligar nulidades absolutas con violaciones al orden público es propio del derecho civil, “donde adquiere fuerza de verdad irrefutable, no obstante no existir ninguna norma que así lo exprese”. BAZÁN, J., “Acerca de las nulidades assemblearias...”, cit.,

¹¹⁴¹ Así en el campo del derecho público societario pueden distinguirse un principio de derecho privado rector, la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar: ambos de interés público y rango constitucional. Bastaría identificar el otro objeto de interés público cuyo desconocimiento afectaría el orden público, para, sopesando ambos términos de la ecuación, determinar la razonabilidad del sacrificio del primero en aras del segundo. Cfr. BAKMAS, I., “Sociedades anónimas y orden público. La normativa constitucional. Las sociedades cerradas”, LL 2001-F-1448.

No obstante, a partir de la apuntada especificidad del derecho societario y la particular naturaleza jurídica del contrato de sociedad, se ha llegado a sostener la imposibilidad de que una decisión societaria lesione el orden público, por cuanto ésta propende al logro del interés particular del socio –aunque a través del ente–, no pudiendo una resolución social atentar contra normas de tal carácter. De allí que calificada doctrina sostenga la inexistencia de tal orden público societario, lo que se explica en el interés particular que se persigue a través de un instrumento de contenido estrictamente patrimonial –el contrato social–, sumado a la especificidad de la materia societaria¹¹⁴². Por el contrario, la mayoría de la doctrina se inclina por reconocer la existencia en el derecho societario de ciertas previsiones legales que hacen al orden público¹¹⁴³, si bien con diferencias en cuanto a ellas y a sus alcances.

¹¹⁴² Cfr. BAZÁN, J., “Acerca de las nulidades asamblearias...”, cit.; FARGOSI, para quien “la ley, para mí, no tiene absolutamente ninguna norma de orden público; es una ley que regula relaciones de contenido patrimonial y no otra cosa que relaciones de contenido patrimonial. De este modo, lo que podrá haber son normas imperativas o indisponibles, pero eso es una materia distinta del orden público” – FARGOSI, HÉCTOR, *Temas de derecho societario, ciclo mesas redondas*, Colegio de Abogados de Capital Federal, 1990, p. 18. En igual sentido, BAKMAS, I., “Sociedades anónimas y orden..”, cit., LL 2001-F-1448. Para Colombres nada hay de orden público en la Ley de Sociedades, por lo que “en derecho societario adquiere primordial interés la fijación del alcance de la imperatividad, o sea la determinación de cuáles son las estipulaciones de la ley que pueden ser derogadas por convención. Ello se debe a la naturaleza del contrato de organización que el acto constitutivo inviste. La compleja normación del vínculo societario en el contrato o estatuto y sus efectos a terceros, da lugar a múltiples problemas frente a textos legales, cuyo carácter imperativo o supletorio, será de gran utilidad práctica”. Conf. COLOMBRES, G., “El orden público..”, cit., p. 28. La tipicidad es, para el autor, un caso igual que la facultad de revisión de libros por el socio.

¹¹⁴³ Cfr. HALPERÍN, I., *Manual de sociedades anónimas*, cit., p. 756; OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Invalidez de actos societarios*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 395 y 421; MANÓVIL, RAFAEL, “Impugnación de las decisiones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción”,

Empero, más allá de la existencia de dispersas disposiciones de orden público, el ordenamiento societario se estructura en torno a normas imperativas¹¹⁴⁴, inderogables o indisponibles, destinadas a la protección de derechos e intereses individuales, cuya violación no acarrea una nulidad absoluta. Leyes de orden público y normas imperativas no deben ser confundidas¹¹⁴⁵, por no existir identidad conceptual entre ambas, y que trasuntan una formalidad lógica diferente. “La imperatividad sólo se predica de las leyes cuya observancia no pueden dejar de lado las convenciones de los particulares, en tanto que el carácter de orden público alude a los momentos o fundamentos por los cuales se comunica esa imperatividad a la ley.

t. II, V Congreso de Derecho Societario, *Advocatus*, Córdoba, 1992, p. 305. VERÓN refiere como criterio distintivo que la nulidad absoluta afecta a normas de orden público o a derechos inderogables de los accionistas, y que la nulidad relativa se da cuando hay vicios formales en el funcionamiento, en la deliberación, o en el interés particular o grupal de accionistas. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. III, p. 904, con apoyo en FERRARA, GARO, CARNELUTTI y BRUNETTI.

¹¹⁴⁴ Y que no deben ser confundidas con las normas imperativas contractuales a las que refieren autores clásicos —tal el caso de Colombres—, como aquellas que, insertas en el contrato constitutivo o incorporadas por una posterior reforma, no pueden ser suprimidas durante la duración del ente por fijar una nota peculiar y constante del tipo. Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de derecho...*, cit., p. 93. En contra y por el carácter de orden público de la mayoría de la normativa societaria, cfr. ZALDÍVAR, ENRIQUE, “Arbitraje” LL 1997-D, 1049, si bien este autor refiere que “debe tenerse presente que las sociedades ‘cerradas’ son gran mayoría en nuestro país y, entre éstas, las de reducido número de socios, son una cantidad apreciable; de ello se concluye que obviado el reparo [normas de orden público], en la mayor parte de nuestras anónimas sería posible la ‘arbitrabilidad’ de sus conflictos.

¹¹⁴⁵ En contra, BORDA, G., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. I, 6ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, nro. 47, pp. 58 y 59; una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general y colectivo, por oposición a las cuestiones de derecho privado, que sólo involucran intereses particulares. Así, toda ley imperativa sería de orden público, conceptos por lo tanto sinónimos.

En otros términos, cuando se habla de ‘orden público’ se mira en la causa que produce la imperatividad irrefragable de ciertas leyes, mientras que cuando se contempla esa imperatividad sólo se verifica el efecto que aquella causa ha provocado. De ahí que cuando ambas calificaciones correspondan, de hecho, a las mismas sanciones legales, no es posible por esa circunstancia admitir una identificación de dos conceptos formalmente diferentes, de los cuales uno es efecto del otro¹¹⁴⁶. Desarticulada la inexistente sinonimia, el problema se centrará en determinar cuáles normas son de cumplimiento imperativo y cuáles no¹¹⁴⁷.

Que la ley sea obligatoria no necesariamente implica que sea imperativa. La obligatoriedad importa el deber de acatamiento de la norma, mientras que la imperatividad significa que no puede ser dejado sin efecto el precepto por ella contenido por ninguna estipulación contraria, legal o convencional, sino a costa de la pérdida de tal calidad a través de un proceso de sustitución¹¹⁴⁸. “La inderogabilidad e indisponibilidad contractual de las normas imperativas impone la renuncia in abstracto a la protección de las mismas.

Pero ante una resolución asamblearia que fuera contraria a una norma imperativa, surge un derecho concreto de hacer valer aquella protección. Este derecho es disponible por el sujeto protegido: está en juego únicamente su particular interés referido al caso concreto y podría renunciarlo o transar sobre él. Por lo tanto, para ejercerlo, es legítimo y lógico que la ley disponga que tiene la carga de hacerlo conforme al régimen (artículos 251 y ss.) y antes de expirar el plazo de caducidad que ella fija¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁶ LLAMBÍAS, J., *Tratado...*, cit., t. I, pp. 162 y 163.

¹¹⁴⁷ Cfr. COLOMBRES, G., *El orden público...*, cit., p. 24.

¹¹⁴⁸ Cfr. COLOMBRES, G., *El orden público...*, cit., p. 26.

¹¹⁴⁹ MANÓVIL, R., “Impugnación de las decisiones...”, cit., p. 305.

Otra doctrina distingue el orden público del interés público, que hace a la conveniencia de un país en un momento determinado, pero que no se identifica con aquél. El interés público prevalece sobre el interés privado, pero no sobre el orden público. Para estos autores, el régimen de las sociedades comerciales es de interés público y no de orden público¹¹⁵⁰. Así, los derechos de voto acumulativo, de receso y la estabilidad de los acuerdos asamblearios son indisponibles por ser de interés público, son ajenos al orden público y pueden suprimirse sin afectar a las garantías constitucionales o a la moral o las buenas costumbres. El plazo del artículo 251 LSC protege el interés público y prevalece sobre el interés privado de la sociedad y de los impugnantes, por ello es de caducidad. Empero, si bien la caducidad como instituto destinado a salvaguardar el interés público prima sobre el interés privado, no puede contrariar el orden público¹¹⁵¹.

A partir del dictado del fallo ABRECHT V. CACIQUE CAMPING S.A.¹¹⁵², alguna doctrina ha señalado la existencia de una nueva categoría de supuestos en que aquellas normas, destinadas al conflicto en la formación intrasubjetiva de la voluntad, no corresponde que sean aplicadas al régimen de impugnación del artículo 251, LSC, por ser ajenas a él. En el caso de marras, ciertos

¹¹⁵⁰ OTAEGUI, JULIO CÉSAR, “Caducidad y prescripción de la impugnación de acuerdos asamblearios a la luz de dos fallos”, ED 148-262, e “Invalidez de actos societarios...”, cit., p. 46, quien se refiere en el trabajo que citamos a la sociedad anónima exclusivamente.

¹¹⁵¹ El interés público fincante en la estabilidad de los acuerdos asamblearios está supeditado a que estos respeten el orden público, “por ello es que interpreto [OTAEGUI] que el plazo de caducidad del artículo 251, LS, sólo es aplicable a resoluciones asamblearias nulas por lesionar un interés privado o sea de nulidad relativa (artículo 1048, Código Civil) pero no a las resoluciones asamblearias nulas por afectar el orden público (artículo 1047, Código Civil)”. Cfr. OTAEGUI, J., “Caducidad y prescripción...”, cit., p. 262 e Invalidez de actos societarios, cit., p. 46

¹¹⁵² Cám. Com., sala D, ED 168-544.

accionistas encubrieron mediante una maquinación el despojo al resto de los socios de sus tenencias bajo el ropaje de un aumento de capital, formalmente válido, supuesto de acto jurídico realizado con dolo y falsa causa –un acto jurídico societario sólo aparentemente destinado reglar relaciones internas de la sociedad– usado para finalidades extrasocietarias¹¹⁵³.

La individualización de normas de orden público en el régimen societario encierra una dificultad no menor. Si bien la tipicidad parecería ser una de ellas¹¹⁵⁴, alguna doctrina se inclina por ver en ésta sólo una regla destinada a mejorar la organización de los entes asociativos que la LSC pretende regular¹¹⁵⁵. En cuanto a las nulidades dispuestas en el artículo 13 LSC, éstas parecen también involucrar el orden público por exceder su finalidad la mera protección de intereses particulares¹¹⁵⁶, si bien será distinto el

¹¹⁵³ MANÓVIL, RAFAEL, “El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251, LS, en un fallo que marca un hito”, ED 168-545. Continúa el autor –extremo con el que se concuerda– que “esta nueva categoría no abarca tampoco supuestos de violación del orden público (...) ni determina que las nulidades consiguientes sean absolutas. Son casos de nulidades relativas, susceptibles de confirmación y prescripción, y comprendidas por el art. 1045, CCiv. Por ello es acertada la doctrina del fallo cuando a este supuesto le aplica la prescripción bianual del art. 4030, CCiv.”.

¹¹⁵⁴ LSC, arts. 1, 3 y 17.

¹¹⁵⁵ La duplicidad referida en el art. 17C, LS, parecería surgir de que, al mencionar el texto legal a la sociedad nula, en realidad se está aludiendo a una nulidad relativa, por lo tanto subsanable, por lo que en concordancia con ello, cuando la ley quiso decir nula de nulidad absoluta, lo hizo expresamente (arts. 18 y 20 LSC). Así interpretado, el alcance de la tipicidad vendría a integrar, aun teniendo en cuenta su naturaleza de norma de orden, un esquema con preponderancia marcada de la idea de validez y mantenimiento del sujeto sociedad comercial. Cfr. ETCHEVERRY, RAÚL, “Sociedades comerciales: replanteo doctrinal de los efectos de su acto creativo”, R.D.C.O. 1979-II-732.

¹¹⁵⁶ Cfr. ROITMAN, HORACIO, *Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 269.

planteo cuando nos refiramos a la nulidad de normas estatutarias que cuando lo hagamos respecto de resoluciones de asamblea violatorias de aquellos principios.

6.1.4. La imperatividad en el derecho comparado

El Código de Comercio francés determina la nulidad de toda decisión orgánica que contraríe una norma imperativa¹¹⁵⁷. Pero los alcances de tal imperatividad, al igual que en nuestro derecho, no han tenido una pacífica lectura.

“Así [se ha] considerado que se trata de toda norma que no admite disposición o actuación de hecho en contrario, completando el concepto con aquellas normas cuyas disposiciones son calificadas como de orden público. [Otros] consideran que en el derecho de sociedades el concepto de norma imperativa en el sentido del art. 360.2 [actual L1235-1], incluiría no sólo aquella de orden público o cuya disposición en contrario es prohibida, sino también aquellos casos en los que aun cuando no exista norma que prevea una sanción expresa, la irregularidad cometida vulnera intereses dignos de protección jurídica. En este caso, la imperatividad de la ley se derivará de los intereses que la misma pretende proteger.

¹¹⁵⁷ Código de Comercio, art. 1235-1 –versión consolidada 22 dic. 2014– “*La nullité d'une société ou d'un acte modifiant. les statuts ne peut. résulter que d'une disposition expresse du présent. livre ou des lois qui régissent. la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et. les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut. résulter ni d'un vice de consentement. ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut. non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil. La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent. ne peut. résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent. livre ou des lois qui régissent. les contrats*”.

[también hay sostenedores] a favor de deducir la imperatividad de la norma a partir de los intereses que pretende protegidos, [quienes conectan] la nulidad radical con la infracción de la norma imperativa considerando que la nulidad absoluta se deriva de la violación de norma dictada en protección de intereses públicos, frente a la nulidad relativa como sanción aplicable a los casos de infracción de normas dictadas en protección de los intereses de una persona o grupo de personas”¹¹⁵⁸.

La cuestión también ha sido abordada por la Ley General de Sociedades peruana –LGS–, que en su artículo 150 trata la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas, o que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil. Por su parte, el artículo VIII, Proyecto de Título Preliminar de Código Civil, define la norma imperativa como “aquella disposición legislativa que establece un mandato que debe ser necesariamente cumplido por quienes caen en su supuesto, sin que puedan expresar válidamente voluntad distinta o en contrario”.

6.1.5. Orden público y la acción de nulidad de decisiones assemblearias del artículo 251 LSC

Se ha dicho que existe consenso en la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de una decisión assemblearia, cuando ésta afecte el orden público¹¹⁵⁹. Empero, una parte importante de la doctrina, si

¹¹⁵⁸ ALCALÁ DÍAZ, M., *La impugnación de acuerdos...*, cit., p. 51, nota 27, con apoyo en BÉZARD, P., *La société anonyme*, Paris, 1986, pp. 326 y ss.; MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Sociétés commerciales*, 20^a ed., Paris, 1990, pp. 1108 y ss.; MERLE, P., *Droit. commercial. Sociétés commerciales*, 10^a ed., Dalloz, Paris, 2005, p. 453, y GOURLAY, P. G., *Le conseil de administration de la société anonyme*, p. 225.

¹¹⁵⁹ Cfr. OTAEGUI, J., *Invalidez del Acto...*, cit., p. 144.

bien minoritaria, se inclina por la aplicación irrestricta del artículo 251 LSC a todo supuesto de nulidad, incluso absoluta¹¹⁶⁰. Para estos autores no cabe la invocación de normas de derecho común con propósitos nulidicentes, razón mayormente fundada en la salvaguarda de la seguridad jurídica y estabilidad que debe primar en las resoluciones de los órganos sociales. En cuanto a la violación de normas imperativas, resulta mayormente aceptado que la inderogabilidad e indisponibilidad de las mismas impide la renuncia in abstracto a su protección, ante una resolución asamblearia contraria surge un derecho concreto, aunque disponible, a hacer valer aquella defensa.

Estando en juego únicamente el particular interés del accionista –referido al caso concreto– este podrá ejercerlo, renunciarlo o transar sobre él, antes de que expire el plazo de caducidad que fija el artículo 251 LSC¹¹⁶¹. Transcurridos los tres meses previstos por la norma, la resolución asamblearia violatoria de una disposición de contenido imperativo queda firme¹¹⁶²,

¹¹⁶⁰ Cfr. BAZÁN, J., “Acerca de las nulidades asamblearias...”, cit.; WILLIAMS J, “La impugnación de decisiones...”, cit., LL 1983-C, p. 1047; FARGOSI, HÉCTOR, “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones, LL 1975-A, p. 1061.

¹¹⁶¹ Cfr. MANÓVIL R., “Impugnación de resoluciones asamblearias...”, cit., p. 305.

¹¹⁶² “El art. 251 de la ley –LSC–, al seguir esencialmente el sistema italiano, dispuso un régimen de impugnación específico para las resoluciones asamblearias, teniendo en mira su carácter interno, intrasocietario y el modo colegial y orgánico de formar la voluntad social; se apartó de las normas de derecho común y estableció un mecanismo que quiso idóneo para la protección de los interesados internos de la sociedad, pero teniendo en cuenta también, el interés de la sociedad en la estabilidad de sus actos internos, y el interés general en preservar el valor seguridad jurídica. Por ello se justifica el exiguo plazo de caducidad para ejercer la acción de impugnación. Y esto explica que la norma citada incluya en su régimen los supuestos de impugnación fundados en la violación de la ley. Esta violación de normas legales, por fuerza del razonamiento lógico comprende la violación de las normas legales imperativas: las normas dispositivas pueden ser dejadas de lado por

insusceptible de ser atacada en el futuro, atento así haberlo consentido la parte interesada al no ejercer temporáneamente una eventual petición en defensa de sus derechos¹¹⁶³. Existen entonces dos clases de acciones contra acuerdos asamblearios:

i.-) la propiamente societaria –aunque rige su fondo por las normas del Código Civil–, que surge del artículo 251 LSC para el caso de resoluciones nulas de nulidad relativa, acuerdos que sin la correspondiente declaración de invalidez –motivada por una temporánea impugnación judicial– se estiman válidos. Las causas generadoras de irregularidad asamblearia no son todas de igual importancia –van desde la irregularidad subsanable hasta la nulidad–, pudiendo afectar a toda la asamblea “o sólo a algunos de los asuntos sometidos a su consideración, y, en fin, la apreciación de irregularidad se constata plenamente una vez concluido el acto asambleario (pues la integración de su procedimiento –la serie de actos partes–, puede ser inobjetable individualmente considerado, mientras que conjuntamente adolezca de vicios , o viceversa)”¹¹⁶⁴; y

ii.-) aquellas decisiones asamblearias alcanzadas por nulidades absolutas escapan al régimen del artículo 251 LSC¹¹⁶⁵, resultando inconfirmables, por tanto, imprescriptibles. Esta acción

los interesados y es casi inconcebible que el apartamiento de las mismas pueda fundar impugnación.” MANÓVIL, R., “El uso desviado de los mecanismos societarios...”, cit., , ED 168-545.

¹¹⁶³ Es en defensa de los derechos sociales del accionista y no de las instituciones, de la paz social o del Estado que se consagran las normas imperativas –por lo que no debe confundírselas con las de orden público–.

¹¹⁶⁴ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 901.

¹¹⁶⁵ Siguiendo básicamente el sistema italiano, la LSC dispuso un régimen de impugnación específico temiendo en cuenta el carácter interno e intrasocietario de las decisiones asamblearias y el modo colegial de formación de la voluntad social, excluyendo únicamente toda resolución cuyo contenido viole el orden público. Cfr. MANÓVIL, R., “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias...”, cit., p. 305.

tiende a obtener la declaración de nulidad absoluta o –para quienes sostienen esa categoría– la inexistencia del acto asambleario, y puede ser iniciada por cualquier interesado siempre que demuestre la existencia de un interés en sentido jurídico, resultando la misma imprescriptible¹¹⁶⁶. No obstante, estos supuestos son

¹¹⁶⁶ Art. 4023 Código Civil. Sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad cuando el acto afecte el orden público, en general, véase SALERNO, MARCELO URBANO, *Nulidad absoluta y prescripción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968. En el ámbito societario en particular, véase HALPERÍN, I., , *Sociedades Anónimas*, cit., p. 642; OTAEGUI, J., *Invalidez de Actos...*, cit., p. 395; ROITMAN, HORACIO, “Impugnación a las decisiones asamblearias, estudios sobre la reforma”, R.D.C.O. año 1984, Depalma, Buenos Aires, p. 99; NISSEN, RICARDO, *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 84 y *Ley de sociedades comerciales, anotada, comentada y concordada*, t. II, Abaco, Buenos Aires, 1983, p. 612; AGUINIS, ANA MARÍA, “Un avance ponderable en la jurisprudencia”, ED 85-520; FARINA, JUAN, *Tratado de sociedades comerciales*, t. II-B, p. 298; CNCom. Sala A, octubre 5-979, re “Sporetta Nazareno c. F. González e Hijos Comercial e Industrial S.A.”, ED 85-520. En contra de esta posición se había manifestado MATTA Y TREJO, para quien la acción de impugnación de nulidad reglamentada por el art. 251 LSC comprendía tanto a las decisiones asamblearias viciadas de nulidad relativa como a las viciadas de nulidad absoluta, excluyéndose por lo tanto toda otra acción de nulidad prevista en otros ordenamientos. Según entendía este autor, el legislador no había querido diferenciar entre plazos según se tratara de decisiones viciadas de nulidad absoluta o relativa a los fines de promover la acción, por lo que cualquiera fuera el tenor de la nulidad, el plazo de promoción de la acción sería el del art. 251 LSC, y no el del art. 1047 del Código Civil. La justificación de tal criterio se encontraba en la inexistencia de lagunas en la LSC, según el criterio del autor, que permitieran la remisión al derecho civil, y la inseguridad que acarrearía al tráfico mercantil la imprescriptibilidad de las acciones. Cfr. MATTA Y TREJO, GUILLERMO, “Imposibilidad de impugnar de nulidad decisiones asamblearias de sociedades anónimas una vez vencido el plazo establecido por el artículo 251 de la Ley de Sociedades Comerciales”, en *Revista La Información*, t. XLIV, n° 624, diciembre 1981, p. 1255. En un trabajo posterior este autor completó estas ideas, coligiendo (en igualdad con gran parte de la doctrina nacional) que la LSC contiene normas imperativas pero no de orden público, entendidas estas como normas básicas de organización del estado, moral y buenas costumbres, y que aquellas decisiones asamblearias que afectaran aquel se encuentran excluidas del art. 251 LSC, siendo su nulidad, por tanto,

excepcionales¹¹⁶⁷, y deben ser apreciados de manera restrictiva¹¹⁶⁸. Además las consecuencias de la nulidad en la vida del ente y su relación con terceros, con más las diversas normas de la LSC que se orientan más a la subsanación de los actos que a su supresión, permite colegir la apuntada restrictividad¹¹⁶⁹.

Empero, cierta jurisprudencia, con criterio que no se comparte, incluyó por lesión de orden público el caso de la resolución que importa una extralimitación del gobierno de la sociedad de manera

imprescriptible. Cfr. MATTA Y TREJO, GUILLERMO, “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias”, en V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, t. II, *Advocatus*, Córdoba, 1992, p. 345. Una interesante posición sobre el tema puede también verse en *Régimen jurídico del socio*, de MASCHERONI, FERNANDO y MUGUILLO, ROBERTO, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 249, donde se sostiene que el orden público protegido por la nulidad absoluta no puede dejar de contemplar la seguridad y estabilidad de la relaciones, por lo que no estando prevista la acción del 251 entre las imprescriptibles del art. 4019 del Código Civil, la misma quedará en estos supuestos sujeta a la prescripción de derecho común.

¹¹⁶⁷ Como regla, los supuestos de afectación del interés social deben ser excluidos de las hipótesis de excepción que habilitan la impugnación tardía, “ya que tal alocución –interés social– es por demás imprecisa, y cada accionista disidente podría clamar artificiosamente que la resolución adoptada afecta lo comprendido por esa nebulosa acción”. Cfr. CNCom. Sala D, marzo 1-1996, re “Abrecht. c. Cacique Camping S.A. s. Sumario”, ED 168-544.

¹¹⁶⁸ La LSC en su redacción original legitimaba al socio que hubiera votado favorablemente la resolución a impugnar la misma cuando su voto fuera anulable por vicios de la voluntad, o bien cuando la decisión resultara violatoria del orden público. A partir de la modificación del art. 251 LSC del año 1983, y en concordancia con las disposiciones del art. 1047 del Código Civil, resulta vedado invocar nulidades absolutas a quienes hubieran realizado el acto, circunscribiendo la legitimación a accionistas ausentes, disidentes o terceros perjudicados. Cfr. FARGOSI, HORACIO, “Cuestiones preliminares sobre la reforma de la Ley de Sociedades Comerciales”, A.D.L.A. XLIII, p. 3708.

¹¹⁶⁹ Cfr. CNCom. Sala D, 22 agosto-1989, re “Pereda Rafael y otro c. Pampagro S.A.”, ED 136-389.

desviada para dirimir conflictos particulares¹¹⁷⁰, o las que el pronunciamiento es sobre objetos contrarios a la ley o al orden público. Si bien parte de la doctrina ha reputado como nulas de nulidad absoluta las decisiones adoptadas por asambleas en las que se reúne una mayoría de personas que carece de la calidad de accionista¹¹⁷¹, también se ha sostenido lo contrario, por cuanto siendo que el quórum legal es imperativo para proteger a los accionistas –otorga garantía de representatividad de la voluntad social–, éstos pueden convalidar las decisiones en defecto tomadas, de dejando transcurrir el plazo legal para convalidar un acto sólo anulable¹¹⁷².

¹¹⁷⁰ Cfr. CNCom. Sala D, marzo 1-1996, re “Abrecht. c. Cacique Camping S.A. s. Sumario”, ED 168-544. En dicha oportunidad se aceptó la solicitud de nulidad de la decisión asamblearia, no obstante encontrarse vencido el plazo del art. 251 LS, por que su objeto consistió –según el Tribunal– en expropiar tenencias accionarias de socios en situación de desventaja, mediante un artificioso aumento de capital, en apariencia justificado, seguido tres meses después de un reparto de utilidades por idéntico importe. Se trataba, entonces, de un acto sólo extrínsecamente societario, realizado con dolo y falsa causa –de objeto ilícito; arg. art. 953 Cód. Civ.–, sujeto a la prescripción bianual del art. 4030 Cód. Civ. Véase comentario al fallo de MANÓVIL, R., “El uso desviado de los mecanismos societarios...”, cit., ED 168-545.

¹¹⁷¹ Cfr. MEZZERA ALVAREZ, RODOLFO y RIPPE, SIEGBERT, *Curso de derecho comercial*, t. II, vol. 2, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 122.

¹¹⁷² “Una vez que la asamblea sesionó, si lo hizo sin el quórum exigido, el accionista tiene los medios para seguir protegiendo su derecho. Pero si no lo hace, lo que esta haciendo es disponer de su propio y particular derecho e interés: no existe ninguna razón superior a este último que la ley deba proteger. Por eso es admisible y lógico que la ley produzca un saneamiento de todos estos vicios, aún de los derivados de las normas imperativas, por el mero trascurso de un plazo de caducidad sin ejercer la impugnación correspondiente”. MANÓVIL, R., “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias...”, cit., p. 305.

6.2. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN ASAMBLEARIA

6.2.1. Cuestiones generales

En los casos anteriormente referidos la nulidad –absoluta o relativa– o la anulabilidad, puede oponerse por vía de acción o de excepción (artículo 1058 bis Código Civil)¹¹⁷³. La demanda deberá encaminarse contra todos los socios y la sociedad en el caso de las sociedades por parte de interés –toda parte interviniente debe ser oída–, excepción hecha de las sociedades anónimas en que únicamente deberá emplazarse al ente, salvo que además se pretenda obtener una condena indemnizatoria contra los socios que hubieran votado favorablemente la decisión impugnada¹¹⁷⁴. No obstante que la nulidad absoluta puede ser pedida por cualquiera que tuviera interés en tal sentido, el artículo 1047 del Código Civil exceptúa –como sanción– a aquel que ha ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Si bien esto inhibiría al socio de formular la petición orientada a la declaración de nulidad, el ámbito de aplicación de la norma es muy reducido habida cuenta la obligación del juez de declararla de oficio cuando fuera manifiesta¹¹⁷⁵. “Ejemplo: si un miembro de una sociedad constituida para ejercer el contrabando se presenta pidiendo la nulidad del contrato social, el juez, no obstante la torpeza del accionante, debe declararla si aquel objeto apareciere

¹¹⁷³ No obstante, CIFUENTES interpreta que no existe posibilidad de excepcionarse en caso de actos anulables, en los que es necesario provocar el juzgamiento judicial que los anule, lo cual sólo es admisible por demanda o reconvencción. Cfr. CIFUENTES, SANTOS, en *Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. 4, dirección de BELLUSCIO, AUGUSTO, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 747.

¹¹⁷⁴ LSC, art. 254.

¹¹⁷⁵ En igual sentido para derecho italiano, véase GALGANO, FRANCESCO, *Diritto commerciale. Le società*, 18ª edición, Zanichelli, Bologna, 2012, 12.7, p. 285.

expresado en el instrumento acompañado en la demanda; en cambio, si el contrato fuere aparentemente regular y la parte manifestara que, pese a esa apariencia, el verdadero objeto es el contrabando, el juez debería desestimar la demanda, porque el vicio no aparece manifiesto en el acto y se hace necesaria una investigación de hecho que el magistrado no está autorizado a hacer de oficio”¹¹⁷⁶.

Cuando la sociedad tuviera objeto lícito pero su actividad no lo fuera¹¹⁷⁷, la ley expresamente prevé que la petición de nulidad podrá ser efectuada a pedido de parte o de oficio, aclaración que no resulta ociosa pese a tratarse de una nulidad absoluta, ya que la determinación de la existencia de actividad ilícita requiere de su previa investigación, lo que haría inaplicable el artículo 1047 del Código Civil¹¹⁷⁸.

Entonces, y para los supuestos que no involucren nulidades absolutas, conforme prescribe el artículo 251 LSC¹¹⁷⁹, toda

¹¹⁷⁶ BORDA, G., *Tratado de derecho civil...*, cit., vol. II, p. 374. Sirva el ejemplo para ilustrar el caso, y más allá de la improbable circunstancia.

¹¹⁷⁷ LSC, art. 19.

¹¹⁷⁸ Cfr. HALPERÍN, ISAAC y BUTTY, ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 286.

¹¹⁷⁹ El régimen de impugnación de las decisiones asamblearias se encontraba previsto en los artículos 317 y 353 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el antecedente más directo de la actual LSC –del año 1972– resulte ser el Anteproyecto de Ley General de Sociedades de MALAGARRIGA y AZTIRIA –en sus arts. 384 a 387–. En su Exposición de motivos refería que “cuidadosa ha sido la reglamentación con la que se ha encarado el clásico problema de la nulidad de las asambleas, a través de los arts. 384 a 387, los cuales se vinculan con la legislación vigente (arts. 317 y 353) y el proyecto Segovia, entre nosotros, junto a las previsiones que en algunos aspectos presentan las legislaciones italiana, española, suiza y hondureña, así como también lo proyectos Goldchmidt, Pérez Fontana, Bomchil, Figueroa y uruguayo. Se ha llevado al anteproyecto la determinación de quienes pueden realizar la impugnación de nulidad, el juez competente, los plazos procesales y, llenando otros vacíos de la legislación vigente, la reglamentación de la

resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley¹¹⁸⁰, del estatuto o del reglamento¹¹⁸¹, puede ser impugnada de nulidad –lo

suspensión de la resolución impugnada como medida cautelar que tanta importancia puede alcanzar en la práctica. Por tal motivo, se ha previsto inclusive la eventual suspensión de los efectos de aquellas resoluciones que ya tuvieron ejecución. Dentro de este tema, cabe recordar que se ha buscado solución a la hipótesis de la pluralidad de acciones mediante la acumulación de las mismas, a la vez que solucionando los casos de impugnación del propio directorio, el procedimiento del juicio, los efectos de la sentencia, las responsabilidades por su cumplimiento; y, en último término, con mantenimiento del sistema vigente, la responsabilidad de los accionistas que hubieran aprobado las resoluciones declaradas nulas, y también las de los directores y síndicos, sin dejar de prever, como lo hacen algunas de las legislaciones y proyectos antes mencionados, la posibilidad de sustitución del acuerdo impugnado por otro legítimo.” El Anteproyecto tenía en cuenta la insuficiencia del art. 353 del Código de Comercio, que no aclaraba quienes resultaban ser legitimados pasivos, si bien la doctrina era pacífica en punto a que se trataba del ente. Cfr. PODETTI, RAMIRO, “Las acciones emergentes del art. 353 del Código de Comercio y la tercería”, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, p. 556. Calificada doctrina ha sostenido que la regulación introducida por la ley 19.550 importó un cambio ideológico respecto del Código de Comercio de 1889. Cfr. FARGOSI, HORACIO, “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones”, LL 1975-A, p. 1061. El art. 251 mereció una modificación en el año 1983 –ley 22.903–, en la que básicamente se redujo el plazo de caducidad para ejercer el derecho de impugnar de seis a tres meses, previendo el comienzo de su cómputo desde la fecha de la asamblea. “Asimismo, se abrevia el plazo de caducidad a tres meses, computando la necesidad de dar seguridad a decisiones que se vinculan con la estabilidad de un sujeto de derecho que constituye, en definitiva, un orden jurídico de segundo grado; y se determina como punto de partida para la acción impugnatoria la clausura de la asamblea sin distinciones.” Exposición de Motivos Ley 22.903, Capítulo II, Sección V, pto. 17.

¹¹⁸⁰ Entendida en sentido amplio, la ley a la que alude el art. 251 LSC no se reduce al ordenamiento societario e incluye cualquier disposición normativa, aun las de carácter administrativo que dicta la Inspección General de Justicia. Cfr. ROITMAN, HORACIO, “Impugnación a las decisiones asamblearias. Estudios sobre la reforma-”, en R.D.C.O. año 1984, Depalma, Buenos Aires, p. 99.

que nos habla de un órgano no soberano en el sentido usual del término-¹¹⁸², por¹¹⁸³:

- i.-) el socio afectado en caso de un vicio que le atañe; ii.-) cualquier socio si la sociedad fuera atípica o tuviera un objeto ilícito o prohibido; iii.-) cualquier socio si el contrato careciera de un elemento esencial no tipificante, antes de su subsanación; iv.-) por un acreedor de la sociedad, dado que su

¹¹⁸¹ Dicha fórmula debe ser interpretada en sentido amplio y comprensivo de todo defecto en la convocatoria y celebración del acto que afecten la legitimidad del acuerdo impugnado. Cfr. NISSEN, R., *Impugnación judicial...*, cit., p. 101. En contra de esta posición puede ver PÉREZ FONTANA, SAGUNTO, *Sociedades anónimas*, t.1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 168, para quien la ley uruguaya (y su similar argentina) no habilita la impugnación de resoluciones asamblearias cuando no se hubieran cumplido debidamente los requisitos referidos a convocatoria, constitución y funcionamiento de la reunión de socios. Ello por cuánto “la ley es bien clara y se refiere a las resoluciones violatorias de la ley, del estatuto o del reglamento o como dice la ley, adoptadas contra la ley, el contrato o el reglamento. Las leyes uruguayas y argentinas no dicen como la ley italiana— fuente de ambas, según señala el autor—, las deliberaciones que no son tomadas de conformidad con la ley o el acto constitutivo”, lo que inhibiría planteos nulificantes cuando aquellos requisitos se vieran comprometidos”, por no tratarse de resoluciones.

¹¹⁸² No se trataría en estricto derecho un órgano soberano, ya que para que sus resoluciones sean válidas y obligatorias deben conformarse a derecho, ser tomadas en el ámbito de su específica competencia y en la forma, modo y oportunidad establecidas en la ley, en el estatuto y en el reglamento. Cfr. MEZZERA ALVAREZ, R. y RIPPE, S., *Curso de derecho comercial*, cit., t. II, vol. 2, p. 130. En realidad, resulta más acertado —según refiere DE GREGORIO, ALFREDO, “Delle società e delle associazioni commerciali”, en *Codice di commercio commentato*, coordinado por L. BOLAFFIO, LEON, ROCCO, ALFREDO y VIVANTE, CÉSARE, Torino, UTET, 1938, p. 386— considerar a la asamblea como un órgano sólo soberano respecto de los demás órganos sociales, y no del ordenamiento societario considerado en su integridad: soberano pero no omnímodo. Cfr. BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 286.

¹¹⁸³ Seguimos mayormente aquí la enumeración efectuada por ZALDÍVAR, E. y otros en *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. 1, p. 120.

interés radica en la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los socios que de tal nulidad deriva; v.-) cuando la nulidad es absoluta puede hacerlo el acreedor particular de un socio pues así tendrá la posibilidad de cobrarse sobre el remanente que le corresponde a su deudor.

No obstante, hasta tantos los acuerdos asamblearios sean declarados judicialmente nulos, los mismos se presumen válidos y producen sus efectos, quedando los administradores obligados a ejecutarlos –salvo que un tribunal interviniente ordenara su suspensión, por lo que estos no tienen más remedio que impugnarlos si los consideran nulos y quisieran salvar sus responsabilidades¹¹⁸⁴

6.2.2. Naturaleza y límites de la acción de nulidad del artículo 251 LSC

La acción de impugnación de las decisiones de la asamblea, no obstante promovida –por lo general– por un socio contra el propio ente en salvaguarda de su interés personal– tiene como efecto el restablecimiento del normal funcionamiento de sus instituciones, por lo que cabe tenérsela como una acción social¹¹⁸⁵. Ello continúa

¹¹⁸⁴ Cfr. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al derecho mercantil*, cit., p. 297.

¹¹⁸⁵ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades Anónimas*, cit., p. 648; NISSEN, R., *Impugnación judicial...*, cit., p. 61.; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 921, para quien se trata del ejercicio de un derecho subjetivo propio de carácter subrogatorio. En contra, aunque sin precisar su naturaleza, LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., pp. 315 y ss., para quien lo que el socio busca al promover la acción de impugnación es la tutela de sus intereses particulares, por lo que el hecho de que esta “pueda resultar en beneficio de la sociedad es una circunstancia anecdótica que sólo interesa desde el plano de la justificación teórica procedimental del esquema societario. Pero desde la óptica de la realidad subjetiva subyacente, lo que en esencia y en definitiva se está queriendo proteger es el patrimonio de los socios. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la sociedad es sólo un medio técnico jurídico al servicio de los accionistas. Enarbolar al interés de ésta como

siendo así aún en el caso en que sean directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor quienes la ejerzan, ya que éstos siempre defienden los intereses permanentes y objetivos del ente.

No obstante, cabe atender cuales habrán de ser los límites que corresponde asignar al derecho de impugnación de las decisiones asamblearias –en realidad, de toda decisión adoptada por sus órganos–. Dicha tarea no resulta sencilla, a poco que se repare en que involucra cuestiones relativas al funcionamiento del ente, a derechos de éste y de terceros, a la protección de las minorías¹¹⁸⁶, y, por cierto, a la protección de las mayorías también. Es que el problema radica, en resumidas cuentas, en el conflicto que acarrea la protección de estos dos últimos grupos de accionistas.

Tradicionalmente se ha sostenido que la solución legislativa se orientaría a la creación de instrumentos o herramientas que protejan a las minorías –tal cual sucede en muchos de los institutos a los que aludiremos en este volumen–. Producto de ello, estas suelen aprovecharse de tales prerrogativas, las que, ejercitadas de forma abusiva terminan por imponer la decisión de la minoría por sobre las mayorías. De allí que la protección de los intereses de quienes, en principio, resultan más débiles, debe hacerse con

objeto primario de la protección del art. 251 implicaría convertir a lo instrumental en sustancial y retroceder en el avance que significaron las modernas doctrinas contractualistas para volver a la vieja concepción institucionalista del concepto sociedad.”

¹¹⁸⁶ Es que la posibilidad de impugnar acuerdos asamblearios ciertamente importa un sistema de defensa de la minoría. Cfr. UBILLA GRANDI, LUIS EUGENIO, “Impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas y de directorio”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción –Chile–*, n° 8, 2000, p. 155, quien incluso agrega que la transgresión a ésta y otras normas destinadas a tutelar a los accionistas minoritarios deben ser consideradas de orden público económico, sancionándose su transgresión con nulidad absoluta. según hemos referido a lo largo de este volumen, no se comparte tal criterio.

prudencia, recordándose que la igualdad aristotélica –justa– lo es si se da entre iguales¹¹⁸⁷.

La sobreprotección de la minoría, en desmedro –porque sí– de la mayoría, conspira en definitiva contra el propio ente que ambas crearan con sus aportes. El derecho de la minoría de impugnar acuerdos sociales debe contemplar el deber de fidelidad que el socio peticionante debe guardar para con los intereses de la sociedad de la que forma parte. No estamos frente a un deber en abstracto, sino que ese deber en concreto puede ser el soporte de obligaciones de no hacer –tal el caso que tratamos– en singulares situaciones de conflicto de intereses con la sociedad¹¹⁸⁸.

Ahora bien, la prudencia que debe observarse al tiempo de juzgar las causas invocadas por los impugnantes tampoco debe obstar el ejercicio de sus derechos. Tanto que ni siquiera debe tratarse de un daño actual el que se involucre en el planteo, bastando con la posibilidad de que la lesión se produzca a futuro, y lo que se pretenda sea, precisamente, evitarlo. De hecho, lo normal es que el perjuicio no resulte de la mera formación de la voluntad mayoritaria de la asamblea, sino de su ejecución.

“Sin embargo, es de todo punto necesaria la demostración de esa realidad lesiva, ya efectiva, ya probable, pues no basta con su mera alegación, de modo que la carga de la prueba pesa sobre el

¹¹⁸⁷ Desde el punto de vista de la actividad desplegada por los socios –o su no intromisión en los asuntos sociales–, la igualdad sólo existe en los de la misma categoría, siendo marcada entre las distintas especies: administradores (colectivos), comanditarios, accionistas e industriales. Cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, t. I, vol. 1, Amorrortu, Buenos Aires, 1957, n. 11, p. 379.

¹¹⁸⁸ Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales...”, cit., p. 1830, con cita a fallo del Tribunal Supremo español del 6 de marzo de 1992.

impugnante o acto¹¹⁸⁹, por cuanto la nulidad no puede prosperar si no se explicitan acabadamente los perjuicios para el ente¹¹⁹⁰. Más aún, se coincide en cuanto a que la transgresión por sí sola de una norma legal, del estatuto o del reglamento no basta para habilitar el planteo de nulidad si además esta no guarda relación relevante con la producción del perjuicio¹¹⁹¹.

6.2.3. Ejercicio conjunto de la acción social de responsabilidad ut singuli y la acción de impugnación de la decisión de la asamblea

En aquellos casos en que la asamblea no aprobara la promoción de la acción social de responsabilidad, los accionistas que se hubieran opuesto a tal declinación en los términos del artículo 275 LSC deberán promover en forma conjunta –o sucesiva– la impugnación de la decisión asamblearia, conforme dispone el artículo 251 LSC, y la acción ut singuli¹¹⁹². Parecería resultar tal impugnación –criterio mayormente compartido por la jurisprudencia–, condición para el ejercicio de la acción social ut

¹¹⁸⁹ Cfr. SAP –Barcelona (Sección 15ª) de 14 de diciembre de 1995 (JJM) en recopilación de jurisprudencia por VELASCO GAUDENCIO, ESTEBAN, en Revista de Sociedades, año IV, n.º 7, Aranzadi, Navarra, 1996, p. 349.

¹¹⁹⁰ Cfr. CNCom. Sala C marzo 12-1993 re “CNV c. Laboratorios Alex S.A.”, ED 156 p. 686.

¹¹⁹¹ Cfr. RALLÓ, M., “Impugnación de asambleas...”, cit., LL 2004-B, p. 1244.

¹¹⁹² Cfr., OTAEGUI, J., *Administración societaria*, cit., p. 394; id. CNCom., Sala B, diciembre 15-1989, re “Barbará Alfredo J. y otra c. Maryland S.A. y otros”, ED 141-127. Sostener lo contrario importaría, para el Tribunal citado, “un ejercicio abusivo del derecho en los términos del art. 1071 del cód. civil; de allí que previamente sea menester el progreso de la impugnación como requisito de forma para la deducción de dicha acción” –se refiere a la social de responsabilidad por los accionistas minoritarios–.

singuli, además de encontrarse su progreso sujeto al éxito de la misma¹¹⁹³. Ya con anterioridad a la sanción de la LSC los tribunales reconocían que, como requisito para el ejercicio de la entonces embrionaria acción social de responsabilidad, debía previamente demostrarse que la asamblea se había negado a pronunciarse sobre su procedencia, o bien no se hubiera esta reunido a fin de tratar la cuestión¹¹⁹⁴.

No obstante, este criterio –aunque mayoritario–, no es unánimemente sostenido. Alguna doctrina no coincide con la tesis que predica la necesidad de que los accionistas disconformes con el acuerdo asambleario que aprobó la gestión de los directores, deban necesariamente promover junto con la acción de responsabilidad, la de nulidad del acuerdo asambleario. Ello por cuanto la ley no impondría tal recaudo, a lo que se agregaría que la decisión al respecto ni siquiera es vinculante para los accionistas que hubieran votado desfavorablemente la misma.

Por lo tanto, el deber de impugnar la decisión asamblearia en los términos del artículo 251 LSC sólo cabría a aquellos que, habiendo votado en contra de la resolución asamblearia que libera de responsabilidad a los directores, no reunieran el cinco por ciento del capital social. En tales casos, la misma debiera acumularse a la acción social ut singuli, pues “al no reunirse el porcentaje accionario previsto por el artículo 275, la decisión asamblearia que aprobó la gestión es válida y obligatoria para sus órganos sociales, por lo que

¹¹⁹³ “Promover la acción de responsabilidad, cuando la asamblea rechaza la moción, sin deducir la acción de impugnación de esa decisión, importaría un ejercicio abusivo del derecho, por lo que previamente es necesario el progreso de la impugnación como requisito de forma para la deducción de la acción social, pudiendo ambos planteos realizarse de manera conjunta.” Véase LL 1990-C-1022; id. CNCom., Sala A, diciembre 15-989, re “Barbará Alfredo J. y otra c. Mariland S.A. y otros”, ED 141-127.

¹¹⁹⁴ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 4, p. 324.

la promoción de la acción de responsabilidad por parte del accionista no titular del porcentaje accionario mínimo requerido por la ley requiere la previa o contemporánea declaración judicial de nulidad de aquella asamblea”.

Del mismo modo, si los accionistas disidentes fueran titulares de más del cinco por ciento, pero la responsabilidad del director no derivara de la violación de la ley, estatuto o reglamento, estos deberán promover la acción de impugnación del acreedor social como requisito para promover simultánea o posteriormente acción de responsabilidad¹¹⁹⁵.

En este sentido, incluso se ha señalado que “la promoción de la acción social de responsabilidad contra los directores de una sociedad anónima, por parte de determinados accionistas ha dado lugar a fallos contradictorios, pues por una parte se exige la impugnación del acto asambleario en el cual los accionistas rechazarán la promoción de esa demanda por la sociedad, y por otra se ha admitido la legitimación de los accionistas para hacerlo, sin requerirles la impugnación judicial de tal asamblea¹¹⁹⁶.” Así se ha sostenido que los accionistas disconformes con la decisión asamblearia aprobatoria de la gestión, no necesitan promover simultáneamente con la acción social, la de nulidad de la resolución asamblearia que la rechazara¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁵ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, pp. 396 y 55.

¹¹⁹⁶ MON, ADRIANA, *Ley de sociedades comerciales*, t. 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 334.

¹¹⁹⁷ “Basta la simple oposición, en el mismo acto asambleario, a la liberación de la responsabilidad de los directores imputados, para encontrarse suficientemente legitimados para iniciar las acciones de responsabilidad contra ellos, siempre y cuando los accionistas que promuevan la misma reúnan por lo menos el cinco por ciento del capital social, pues para ellos la decisión asamblearia aprobatoria de la gestión de los directores imputados no es vinculante por expresa directiva del art. 274 de la ley 19.550. Por el contrario, si el accionista promotor de la acción de

Una posición intermedia parecería circunscribir el recaudo de la impugnación a los casos en que la asamblea rechazara la declaración de responsabilidad, y la misma se fundara en la violación de la ley o del estatuto, por no ser tal la hipótesis incluida en el artículo 276 inc. 2º, como tampoco el supuesto del artículo 277 LSC¹¹⁹⁸. Para otros, tratándose de dos supuestos disímiles (impugnación y acción de responsabilidad), sólo en algunas circunstancias habrá de justificarse la acumulación¹¹⁹⁹.

En contra de esta posición, existen quienes sostienen que resulta excesivo exigir a los accionistas que, frente a la decisión de la asamblea de rechazar la promoción de acciones de responsabilidad, se solicite a aquellos promover la acción impugnatoria del artículo 251 LSC, habida cuenta que la ley no sólo no impone tal requisito, sino que ésta sería sobreabundante por carecer la decisión asamblearia de carácter vinculante para quien se opusiera en los términos y condiciones del artículo 275 LSC¹²⁰⁰.

6.3. CAUSAS DE ANULABILIDAD Y DE NULIDAD DE LA DECISIÓN ASAMBLEARIA

La LSC no contiene una minuciosa reglamentación del régimen nulificadorio de los actos societarios, por lo que cabe acudir para ello al Código Civil, lo que en modo alguno importa su

responsabilidad no reúne tal porcentaje accionario, está obligado a acumular esa demanda a la nulidad de la decisión asamblearia que hubiera aprobado la gestión de los directores demandados.” NISSEN, R., *Curso de sociedades...*, cit., p. 482.

¹¹⁹⁸ Cfr. HALPERÍN, I., *Curso de derecho ...*, cit., vol. II, p. 332; id. *Sociedades anónimas...*, cit., p. 458.

¹¹⁹⁹ Cfr. GAGLIARDO, M., *Responsabilidad de los directores...*, cit., p. 633.

¹²⁰⁰ Cfr. MON, ADRIANA, *Ley de sociedades...*, cit., t. 2, p. 334.

aplicación lisa y llana. Baste reparar en la naturaleza del contrato de sociedad –plurilateral de organización– para concluir que muchas de las previsiones del Código en materia de nulidades fueron pensadas para actos jurídicos bilaterales, incompatibles con un derecho –el societario– en el que su irrestricta observancia conspiraría contra la seguridad del tráfico mercantil¹²⁰¹. De allí que la invalidez de las resoluciones asamblearias debe acordarse con carácter restrictivo, tanto por la magnitud de sus consecuencias cuanto por la conservación de los actos jurídicos –en caso de duda debe preferirse la interpretación que bonifica el acto y la validez, y no la que lo tiene por nulo¹²⁰²–. Todo planteo de nulidad deber contar con una justificación que trascienda el cumplimiento de meras formalidades, habida cuenta que:

i.-) la nulidad por la nulidad misma no puede ser receptada favorablemente por los tribunales¹²⁰³; ii.-) que no pueden acogerse favorablemente meros caprichos académicos¹²⁰⁴; iii.-) y que la declaración de invalidez no tiene

¹²⁰¹ Véase NISSEN, R., *Impugnación judicial...*, cit., pp. 65 y 66.

¹²⁰² Según apunta VERÓN, la nulidad judicial de las resoluciones asamblearias “reclama una actitud restrictiva que tome en cuenta el interés social y la defensa de los derechos individuales del accionista, prevaleciendo uno u otro criterio, según se trate, en nuestro concepto, de sociedad anónima abierta, o de sociedad anónima de familia, respectivamente.” VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 902; Cfr. CNCom., Sala A, diciembre 11-986, ED 122-142.

¹²⁰³ Tal el caso del accionista que plantea la necesidad de votar acumulativamente, lo que es desoído al tiempo de convocar asamblea, cuando este en ningún caso podría obtener mediante aquel sistema –ni aún con el apoyo de terceros– la elección de un solo miembro del órgano. De oírse al peticionante, se forzaría la celebración de una nueva asamblea que arrojaría idéntico resultado. Cfr. CN Com, Sala A, re “Vistalba S.A. y otro c. Banco de Galicia y Buenos Aires, S.A. s. nulidad de decisiones asamblearias”, LL 1978 –B, p. 346.

¹²⁰⁴ Cfr. CNCom. Sala C marzo 12-1993 re “CNV c. Laboratorio Alex S.A.C.”, ED 153-687.

como finalidad preservar pruritos formales o satisfacer finalidades teóricas o abstractas, en el sólo homenaje de la ley, sino a remediar perjuicios efectivos¹²⁰⁵.

6.3.1. Vicios relacionados con la forma de convocar

A efectos de evaluar la validez de la convocatoria a asamblea – de la ausencia de convocatoria se deriva una asamblea irregular¹²⁰⁶–, debe previamente evaluarse la forma en que aquella fue efectuada, esto es, si se observaron las prescripciones legales y estatutarias del caso¹²⁰⁷, y sin perjuicio de que, como regla general, pueda decirse que más allá de la irregularidad de la convocatoria de que se trate, la asamblea siempre estaría regularmente constituida –en realidad, purgada cualquier falencia– cuando intervengan todos los socios, aunque no necesariamente sus administradores¹²⁰⁸.

¹²⁰⁵ Cfr. CNCom. Sala C marzo 12-1986 re “Canale S.A. c. Comisión Nacional de Valores”, LL 1986-D, p. 109.

¹²⁰⁶ Cfr. SC Buenos Aires, diciembre 4-1990 re “Salgado Rodolfo c. Polleschi Aldo y otros”, (ac. 43.679), ED 148-262.

¹²⁰⁷ Incluso se ha llegado a sostener que el no cumplir con las formas para convocar previstas en los arts. 236, 246 y 237 LSC, aún cuando se congregara la mayoría de los accionistas, no habrá asamblea como órgano decisor de la sociedad sino solamente una reunión de socios sin atribuciones para conformar la voluntad societaria. Cfr. OTAEGUI, JULIO CÉSAR, “Actos colegiales y sus conflictos”, en *Derechos patrimoniales, estudios en homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 537; NISSEN, R, *Impugnación judicial de...*, cit., p. 92.

¹²⁰⁸ Contra esta posición y requiriendo –aunque en derecho italiano– la asistencia de todos los administradores y síndicos, véase AULETTA, GIUSEPPE y SALANITRO, NICCOLÒ, *Diritto Commerciale*, 5ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 1987, p. 177. Se entiende que esta imposición, y que pudiera ser también sostenida en el ordenamiento argentino a partir de las previsiones del art. 240 LSC, no alcanzaría para habilitar planteos de nulidad cuando la totalidad de los accionistas con

La convocatoria debe hacerse mediante edictos –salvo en los supuestos de asamblea unánime–, los que se publicarán en el boletín oficial y, en los casos previstos en el art. 299 LSC en dos diarios de mayor circulación del lugar del domicilio del ente. Aún existiendo defectos en tal sentido –tal el caso de omitirse publicar en uno de los medios requeridos– y en concordancia con lo apuntado en el párrafo anterior, los accionistas que asistan a la asamblea –de no adoptar esta alguna decisión contra legem– no podrán luego invocar en su favor tales vicios¹²⁰⁹.

El edicto deberá contener, cuanto menos, indicación sobre el día, hora y lugar de la reunión¹²¹⁰; el orden del día o listado de las materias a tratar, el que deberá ser completo y redactado de modo que el accionista tenga pleno conocimiento de la naturaleza e importancia de los temas sobre los que se habrá de deliberar. La LSC autoriza a aquellos entes que así lo prevean estatutariamente a convocar simultáneamente¹²¹¹, y para el caso de que fracasara la reunión por falta de quórum, a una asamblea en segunda convocatoria¹²¹², la que deberá celebrarse con un intervalo no inferior al de una hora respecto de aquel dispuesto para la

derecho a voto aprobaran el decisorio, importando lo contrario poner en manos de directores, síndicos y gerentes generales la validez de las decisiones asamblearias. En este sentido, véase LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., pp. 62 y 63, si bien parecería este autor circunscribir su posición al caso de incomparecencia de aquellos debida a su negativa a concurrir, una vez emplazados en tal sentido.

¹²⁰⁹ Cfr. Cciv. y Com. Rosario, Sala I, febrero 17-994, re “Malpiedi Edemondo c. Ferraris y Cía.”, LL 1995-A, p. 475.

¹²¹⁰ No obstante se ha resuelto, frente a la falta de indicación del lugar de celebración de la asamblea, que tal cuestión se dirime mediante la remisión que el art. 233 LS efectúa en cuanto a que aquella debe realizarse en la sede social. Cfr. CNCom. Sala B re “Thorp Mario c. Edificadora MB”, Lexis Nexis 35001027.

¹²¹¹ LSC, art. 237, 3er. párr.

¹²¹² Excepto para las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, en las que esta facultad queda limitada a la asamblea ordinaria (art. 237, 2º párr. LSC).

primera¹²¹³. La omisión en los edictos de este segundo llamado – corroborada la falta de quórum en primera convocatoria– impide por defectos en el orden del día cualquier reunión que se realice, y obliga a la administración a nuevas publicaciones.

Como criterio general, se señala que, de constatarse la existencia de vicios de convocación generalmente habrá nulidad relativa o impugnabilidad de las decisiones cuando medien vicios en las formas no esenciales de la convocación o de defectos de la reunión¹²¹⁴. A modo de mera pauta indicativa, pueden referirse como irregularidades en la convocatoria y de las que resultará su nulidad o anulabilidad:

i.-) la omisión en consignar el lugar de reunión, cuando la misma se celebrara en un lugar ajeno a la sede social¹²¹⁵; ii.-) o

¹²¹³ La LSA española de 1989 –art. 98.1 y 2; derogada por LSC de 2010– disponía que la segunda convocatoria debía hacerse con una diferencia de no menos de 24 horas de fracasada la primera, lo que tenía como finalidad evitar eventuales corruptelas en convocatorias simultáneas.

¹²¹⁴ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 645. Sin perjuicio de señalar nuestra que se coincide con NISSEN en cuanto a que no resulta posible la realización de una enumeración casuística de las incontables posibilidades de nulidades o anulabilidades por vicios en la convocatoria (véase NISSEN, R., *Impugnación judicial de...*, cit., p. 959, se entiende de utilidad, a efectos de obtener una idea más acabada de la cuestión, intentar –con la salvedad hecha– sistematizaciones como las efectuadas por autores como SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL –*Las asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 592, o VERÓN, A. *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 907. Tal el criterio aquí adoptado.

¹²¹⁵ O aún en la propia sede, si no se convalidara tal omisión con quórum y mayorías suficientes, según VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, t. 3, p. 907. Una posición intermedia parecería seguir MASCHERONI, para quien es indiscutible que la omisión del dato –lugar de celebración– no tiene la misma gravedad si la asamblea se realiza en la sede social, que si se lleva a cabo en otro lugar de la misma jurisdicción territorial. Cfr. MASCHERONI, FERNANDO, *La asamblea de la sociedad anónima*, 2ª edición, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1976, p. 18. Por su parte la Ley de sociedades mexicana (art. 179 Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934 –ref. DOF 13-06-2014-) dispone que las asambleas que no se

la omisión en consignar fecha y hora de la reunión¹²¹⁶; iii.-) o cualquier supuesto de publicidad insuficiente o tardía¹²¹⁷; iv.-) o la falta o error en la indicación del carácter (ordinario o extraordinario) de la asamblea; v.-) o las faltas o defectos en el orden del día; todo ello por cuanto la convocatoria ha de servir a los socios para que tengan conocimiento de esa celebración en un determinado lugar y fecha, para que puedan asistir a la misma y para que estén informados acerca de los asuntos sobre los que en ella se va a deliberar y los acuerdos cuya aprobación va a someterse a la propia asamblea¹²¹⁸. En tal entendimiento es que el artículo 246 LSC reputa nula toda decisión que adopte la asamblea si la misma derivara de materias extrañas a las incluidas en el orden del día¹²¹⁹; vi.-)

celebren en el domicilio social –salvo caso fortuito o fuerza mayor–, son nulas, por lo que también será nula la cláusula estatutaria que previera tal supuesto. Cfr. BARRERA GRAF, JORGE, *Instituciones de derecho mercantil*, 7ª reimpresión, Porrúa, México, 2008, p. 561.

¹²¹⁶ Debe ser citada dentro del horario de actividad laboral, según las prácticas y costumbres del lugar de celebración. Cfr. MASCHERONI, F., *La asamblea...*, cit., p. 20, quien agrega que al no referir la LSC a días hábiles o inhábiles, no habría restricciones para que la reunión se realizara inclusive estos últimos. No se comparte tal criterio, en función de lo preopinado: los días inhábiles no observan actividad laboral habitual, resultando por tanto no aptos para el ejercicio de la propia del ente comercial.

¹²¹⁷ Producto de ésta, sólo podrán solicitar la anulabilidad del acto quienes no hubieran asistido alegando la defectuosa publicación. En contra de esta posición puede verse LÓPEZ TILLI, A., para quien el accionista presente igualmente pudo verse perjudicado en sus intereses por no haber podido enterarse de las opiniones de los ausentes, los que podrían haber cambiado el sentido de la votación o decidido la misma al alterar los porcentajes. *Las asambleas de...*, cit., pp. 98 y 99.

¹²¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Principios de derecho mercantil*, 3ª edición, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 163.

¹²¹⁹ Salvo que estuviere presente la totalidad del capital y la decisión se adoptara por unanimidad de las acciones con derecho a voto; o se resolviera ejercer

La convocatoria corresponde al directorio en tanto órgano y no a uno o algunos de sus integrantes –directores–, bajo pena de nulidad¹²²⁰. Por otra parte, no resulta claro que el directorio pueda revocar la convocatoria una vez publicados los edictos¹²²¹, menos aún que accionistas o terceros puedan pedir su suspensión.

6.3.2. Vicios relacionados con la indicación de los puntos del orden del día (art.236 párrafo 2º LSC)

El accionista peticionante debe proceder a indicar a en su requisitoria al directorio –o sindicatura– los distintos puntos del orden del día a tratar (artículo 236 párrafo 2º LSC), y que no habrán de infringir las previsiones de los artículos 953 y 1071 del Código Civil. El orden del día propuesto –sus puntos– deben ser de interés para el accionista peticionante, no resultar perjudiciales ni difamatorios para la imagen de la sociedad ni de los integrantes de sus órganos, y ser redactados en términos precisos y claros, evitando vaguedades tales como asuntos varios o alocuciones similares¹²²².

Cumplidos tales recaudos, los puntos peticionados no pueden ser suprimidos o modificados en su contenido por el directorio¹²²³, lo que no significa que la redacción deje de corresponder al órgano que

la acción social de responsabilidad contra los administradores, como derivación de los temas tratados.

¹²²⁰ Cfr. HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas*, cit., p. 672.

¹²²¹ Cfr. AULETTA, G. y SALANITRO, N., *Diritto commerciale...*, cit., p. 177.

¹²²² Cfr. MASCHERONI, F., *La asamblea...*, cit., p. 67.

¹²²³ Cfr. CN Com., Sala de Feria, 24/01/69, ED 26-362; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Las asambleas*, cit., p. 108.

—aunque incitado por el accionista— disponga la convocación¹²²⁴, o que éste pueda solicitar explicaciones acerca del por que de tales puntos¹²²⁵. La facultad del órgano de administración de redactar los puntos del orden del día se pierde en el caso de que, habiendo incumplido su deber de convocar no obstante la petición —ajustada a derecho— del accionista, el directorio ni siquiera debe ser impuesto de su contenido, resultando inhibido de sugerir modificaciones o supresiones¹²²⁶.

La función del juez, en tales casos —reticencia del órgano— es la de suplir la renuencia del directorio, y deberá negarse a juzgar la procedencia del temario del orden del día para la asamblea que se recaba, a menos que con uno o más puntos de los propuestos por el accionista se infrinja esta normativa¹²²⁷. Más aún, aquí se considera que corresponde al accionista el derecho a solicitar judicialmente convocatoria a asamblea, aunque el directorio hubiere —frente a su pedido— convocado, cuando aquel hubiere omitido incluir en el orden

¹²²⁴ Cfr. CNCom. Sala C, mayo 30-985, re “Martínez de Quintas Elisa E. y otros c. Quintas S.A.”, LL 1985-D, p. 495; LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., p. 83.

¹²²⁵ Cfr. MATA Y TREJO, GUILLERMO, “Sobre la convocatoria a asamblea de sociedades anónimas a pedido de accionista”, LL 1985-D, p. 495.

¹²²⁶ Cfr. NISSEN, R., *La ley de sociedades...*, cit., t. 3, pág. 340; GARRIGUES, JOAQUÍN y URÍA, RODRIGO, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, t. I, 3ª edición, imprenta Aguirre, Madrid, 1976, pp. 639 y 640; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 725; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Las asambleas...*, cit., p. 108; ED, 26-362; LL 134-5.

¹²²⁷ “La función del juez es la de suplir la renuencia del órgano societario encargado de hacerlo, no pudiendo juzgar la procedencia del orden del día, siempre y cuando, lógico es, no se infrinja el art. 953 del Cód. Civil”. CNCom. Sala A, julio 20-972, re “Ducant. José R. y otros c. Transportes Saavedra S.A.”, LL 148, p. 567; CNCom. Sala E febrero 28-2002 re “Re c. Altuna de Aguirre”, Lexis Nexis 30003189.

del día las propuestas del socio¹²²⁸, o tergiversara su contenido, desnaturalizando su derecho.

6.3.3. Vicios relacionados con la constitución de la asamblea

Aquellos accionistas debidamente convocados que deseen concurrir a la asamblea, deberán depositar en la sociedad sus acciones –certificados de depósitos o constancia de las cuentas de acciones escriturales– con no menos de tres días hábiles de anticipación a la fecha fijada¹²²⁹, exceptuándose del depósito a aquellos accionistas que en igual tiempo comunicaran su asistencia, cuando el registro fuera llevado por la misma sociedad¹²³⁰. Tanto la falta de depósito como la acreditación extemporáneas inhiben al accionista de participar en la asamblea¹²³¹.

Deben además firmar el libro de asistencia. La falta de presencia del libro de asistencia en el lugar de celebración de la asamblea provoca –en principio– su nulidad, no obstante lo cual tal ausencia puede ser suplida mediante acta notarial, en la medida en que esta contenga los requisitos exigidos por ley (la omisión del número de votos hace nulo el acto, la falta de mención de los

¹²²⁸ Cfr. CABALCHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones...*, cit., p. 249.

¹²²⁹ Este plazo se computa retroactivamente a partir de la hora cero del día fijado para la asamblea, excluyéndose los días domingos y feriados nacionales. Art. 54 Res. 6/80 Inspección General de Justicia.

¹²³⁰ LSC, art. 238.

¹²³¹ Respecto de los supuestos de comunicación tardía, y en contra de lo aquí sostenido, puede verse LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas de...*, cit., p. 107, para quien el depósito no hace a la esencia del acto asambleario, por lo que la sociedad podrá aceptar el depósito ad referendum de lo que a la postre resuelva la asamblea.

restantes requisitos lo tornan anulable)¹²³² y si bien se impone a directores, síndicos y gerentes su presencia –con voz– en la asamblea (artículo 240), su ausencia no priva de validez el acto¹²³³.

6.3.4. Vicios relacionados con la competencia de la asamblea

La distinción entre asamblea ordinaria y extraordinaria no atiende –como el término parecería indicar– a características propias de la reunión o al tiempo en que esta deba convocarse, sino a la materia objeto de deliberación¹²³⁴. Corresponde a la asamblea ordinaria (artículo 234 LSC¹²³⁵) considerar y resolver cuestiones relacionadas con:

i.-) el balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos, ii.-) la designación, remoción, responsabilidad y remuneración de directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, iii.-) aumentos de capital dentro del quíntuplo (artículo 188 LSC).

¹²³² Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 909.

¹²³³ Cfr. MASCHERONI, F., *El directorio...*, cit., p. 124.

¹²³⁴ Cfr. GALGANO, FRANCESCO, *Manuale elementare de diritto commerciale*, 2ª edición, Zanichelli, Bolonia, 1986, p. 183.

¹²³⁵ Art. 2364 Código Civil italiano; art. 164 LSC española de 2010; art. 342 LSC uruguayo; art. 1079 Código Civil paraguayo de 1985.

Por su parte son materia de la asamblea extraordinaria (artículo 235 LSC¹²³⁶) los asuntos que escapan a la competencia de la asamblea ordinaria, y, en especial:

i.-) el aumento de capital por sobre el quintuplo (artículo 188 LSC) y su reducción y reintegro, ii.-) el rescate, reembolso y amortización de acciones, iii.-) la fusión, escisión, transformación y disolución de la sociedad, iv.-) el nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; consideración de las cuentas y asuntos relacionados con su gestión cuando deban aprobarse con carácter definitivo, v.-) la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones en los términos del artículo 197 LSC, vi.-) la emisión de debentures y su conversión en acciones y la emisión de bonos. La LSC asigna así a cada tipo de asamblea una competencia específica (artículos 234 y 235), por lo que una extralimitación en tal sentido vicia de nulidad el acuerdo alcanzado. No obstante, siendo que los acuerdos refieren a cuestiones patrimoniales, por ende transables (artículos 844 a 849 del Código Civil), este vicio sólo lesionará intereses particulares, por lo que aquellas partes perjudicadas podrán confirmar el acto (artículos 1040 Código Civil) mediante su inacción dejando transcurrir el plazo del artículo 251 LSC¹²³⁷.

6.3.5. Vicios relacionados con la celebración de la asamblea

Para calificada doctrina societarista, la deliberación sería un negocio jurídico unilateral y colegiado por el cual los órganos

¹²³⁶ Art. 2365 Código Civil italiano; art. 165 LSC española de 2010; art. 343 LSC uruguaya; art. 1080 Código Civil paraguayo de 1985.

¹²³⁷ Cfr. OTAEGUI J., “Actos colegiales y sus conflictos”, cit., p. 537.

colectivos de las personas jurídicas prevén la expresión de su voluntad con el fin de crear directa o indirectamente relaciones de derecho. No se trataría necesariamente de un acto jurídico –aunque pudiera serlo–, y sería siempre unilateral, por cuanto lo conformarían no varias direcciones de voluntad sino varias voluntades unidas, y colegiado por cuanto se trataría de una categoría especial de acto complejo formado por la fusión de las declaraciones de los miembros de un mismo órgano¹²³⁸.

Siendo el principio de las mayorías rector de la vida del ente y presupuesto básico para la formación de la voluntad social, sólo las decisiones tamizadas por el previo proceso de la libre asistencia, discusión y deliberación serán reputadas como expresiones válidas de la sociedad. Esto no quiere decir que tal libertad impida que el proceso deliberativo pueda ser regulado –reglamentado– para un mejor ejercicio –disponiendo tiempos y modos de exposición¹²³⁹–, y siempre y cuando de ello no resulte un mero impedimento para el socio sin beneficios prácticos para el ente. Los presupuestos necesarios para el proceso deliberativo son el derecho a la información y el derecho de voz –en su faz activa (ser oído) y pasiva (oír)–, siendo este último al igual que el primero de tal importancia que su violación podría acarrear la nulidad de la asamblea¹²⁴⁰. Entre diversas irregularidades deliberativas, se enumeran¹²⁴¹:

¹²³⁸ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pp. 53 a 58.

¹²³⁹ Cfr. URÍA, RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “S.A. Órganos sociales. Junta general de accionistas”, en *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 880.

¹²⁴⁰ Cfr. LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas de...*, cit., p. 155, quien refiere que su ejercicio puede reglamentarse por vía estatutaria estableciéndose incluso tiempos máximos de exposición.

¹²⁴¹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 909.

i.-) las resoluciones adoptadas después de transcurridos los treinta días que la ley fija para el cuarto intermedio¹²⁴², o las adoptadas antes de su transcurso si concurrieran a la reanudación accionistas que no hubieran depositado sus acciones en la primera reunión¹²⁴³; ii.-) cuando los accionistas hubieren sido privados de la información y documentación necesaria para expedirse sobre el giro de los negocios¹²⁴⁴; iii.-) la deliberación sobre asuntos ajenos a la competencia de la asamblea; iv.-) la decisión adoptada con vicios en su pronunciamiento y en la voluntad de los votantes.

Además, por ser la asamblea un cuerpo colegiado, el artículo 242 LSC exige que la misma cuente con un presidente que declare constituida la reunión, oriente las deliberaciones y proclame los resultados de la votación en relación con cada uno de los asuntos tratados. La omisión de tal constancia acarreará la nulidad –relativa, por tanto confirmable– de lo tratado, habida cuenta que “se carecerá del acto declarativo que establezca fehacientemente lo decidido¹²⁴⁵.”

Siendo que el quórum previsto por la LSC –tanto en primera como en segunda convocatoria– lo es en resguardo de la debida obtención –confección– de la voluntad social, el mismo es

¹²⁴² LSC, art. 247.

¹²⁴³ En igual sentido, MASCHERONI, F., *La asamblea...*, cit., p. 82, quien aclara que la cantidad de votos que corresponde a cada accionista participante no puede ser alterada en la segunda parte del acto.

¹²⁴⁴ LSC, arts. 62, 66, 67, 73, 103, 181, 249, 281 y 294. En igual sentido, aunque morigerando los alcances de la defección en el deber de informar como generador del derecho de impugnar en los términos del art. 251 LSC, véase CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario, parte general. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, t. 5, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 583.

¹²⁴⁵ Cfr. CNCom., Sala A, diciembre 28-1990, ED 147-381.

considerado de orden público societario¹²⁴⁶, lo que torna nulo el acto asambleario llevado adelante sin la presencia de los accionistas necesarios¹²⁴⁷. Así el caso de que el quórum fuera insuficiente, se hubiera alcanzado con la inclusión de accionistas ausentes, o bien se computaran como presentes a aquellos accionistas que asistieran no obstante haber omitido dar aviso a la sociedad de su asistencia.

Esto último por cuanto si bien la nominatividad de las acciones impuesta por la LSC torna innecesario su depósito con anterioridad a la realización de la asamblea¹²⁴⁸, igualmente debe cursarse –a la sociedad– para asistir a ella, aviso con no menos de tres días hábiles de anticipación al de la fecha fijada, sin contar el de la asamblea¹²⁴⁹. Cabe tener presente que el quórum no es sólo un requisito para la constitución de la asamblea, sino también un presupuesto indispensable para su funcionamiento, por lo que el mismo debe mantenerse en número suficiente durante todo el desarrollo del acto¹²⁵⁰.

¹²⁴⁶ Entendido como custodia de los principios que se estiman fundamentales para la organización de las instituciones. Cfr. Resolución I.G.J. n° 00481, 16/5/99 “Cedefin S.A.”.

¹²⁴⁷ “El quórum exigido por la ley no es pura y exclusivamente un requisito constitutivo de la asamblea en las S.A., sino que además es un requisito indispensable para su funcionamiento; por ello, si la asamblea quedó constituida con un quórum insuficiente, su consecuencia será tanto la nulidad del acto en sí, como de las decisiones que se hubieren tomado. CNCom., Sala A, diciembre 28-990, ED 147-381.

¹²⁴⁸ LSC, arts. 208 y 215.

¹²⁴⁹ LSC, art. 238 párr. 2° y Res. 6/80 I.G.J. Cfr. CNCom. Sala C, junio 24-999, re “Nikitovich Paul c. Perfiltra S.A.”, LL 1999-F, p. 374. A diferencia de lo resuelto, aquí se considera que la comunicación de asistencia debe hacerse de manera fehaciente, en horario hábil, esto es, en el horario habitual de atención del ente. Por tanto, si la misma desarrolla sus actividades los días sábados –aunque lo hiciera en media jornada–, el mismo se computa a los fines del art. 238 párr. 2° LS).

¹²⁵⁰ Cfr. MASCHERONI, F., *La asamblea de la...*, cit., p. 63.

En cuanto al tipo de nulidad que afecta el acto, mientras que para parte de la doctrina un quórum –también una mayoría– incorrectamente calculado pero suficiente según las previsiones de la LSC importará una nulidad relativa del acuerdo asambleario¹²⁵¹, impugnabile por tanto en el plazo del artículo 251 LSC¹²⁵², para otros la falta de quórum en sí –con prescindencia de su suficiencia– invalida el acto de forma insubsanable, por tanto inconfirmable¹²⁵³.

Distinto es el caso de las mayorías legales. Si la decisión asamblearia –superado el valladar del quórum– se hubiera logrado computando el voto de accionistas inhabilitados para hacerlo, de verificarse luego que aun sin estos votos indebidamente emitidos igual se hubiera podido resolver el punto, la cuestión sobre la invalidez es irrelevante a los fines de atacar el acuerdo adoptado, sin perjuicio de la responsabilidad impuesta a estos accionistas en el artículo 248 LSC¹²⁵⁴.

¹²⁵¹ Código Civil, art. 1048 “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes”.

¹²⁵² Cfr. OTAEGUI, J., “Actos colegiales y sus conflictos”, cit., p. 538.

¹²⁵³ En el fallo de la CNCom. Sala D “Castro C.F. c. Altos de los Polvorines S.A. s. sumario”, ED 185-232, el Dr. Cuartero en minoría refiere a diversos precedentes en los que se aceptara la articulación de una nulidad asamblearia una vez transcurrido el plazo del art. 251 LSC, por tratarse de una nulidad absoluta en los términos del art. 1047 Cód. Civ. (por no haberse respetado quórums y mayorías) CNCom. Sala C, 19.7.96 re “Calvet. Francisco c. Cittadella”, ficha 24.628 de la base de datos Icaro, CS.

¹²⁵⁴ En tal sentido, y para calificada doctrina italiana, el ejercicio del voto por parte de personas no legitimadas, y aún la exclusión de la asamblea –o de su deliberación– de personas habilitadas para votar, no acarrear la invalidez de la deliberación –que será eventualmente anulable– si no obstante tal irregularidad la decisión asamblearia igualmente hubiera sido tomada por una mayoría suficiente. Cfr. FERRI, GIUSEPPE, *Manuale di diritto commerciale*, 7ª edición, UTET, Torino, 1988, p. 399. Distinto al criterio referido –y por nosotros sustentado– resulta el de

Por el contrario, cuando la decisión asamblearia hubiera sido aprobada mediante el computo necesario de accionistas que hubieran votado pese a la existencia de un interés contrario, procurando así estos “la satisfacción de su interés individual – atentatorio o no del interés de la sociedad pero sí lesivo para el resto de los socios–, debe surgir la acción de impugnación del acuerdo social como procedimiento idóneo para el resguardo de esos derechos”¹²⁵⁵. En estos casos debe demandarse no sólo a la sociedad, sino también a los accionistas que hubieran votado en infracción con las previsiones del artículo 248 LSC –a la sazón responsables por los daños y perjuicios ocasionados–, a fin de evitar su indefensión.

Se concuerda entonces con que el ejercicio del voto –cuando fuera necesario para el acuerdo– por parte del accionista que procura de satisfacer su interés individual, lesivo para el resto de los socios, habilita –más allá del silencio que sobre el particular guarda el artículo. 248 LSC– el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo social¹²⁵⁶, lo que no obsta que deban explicitarse

calificada Magistratura nacional, para la cual el régimen de mayorías en la asamblea de una sociedad anónima es un aspecto esencial y principalísimo para el funcionamiento del órgano y para la sociedad que éste gobierna, de tal modo que alcanza una dimensión de interés general que podría calificarse de orden público societario. Véase voto –en minoría– del Dr. Cuartero, CNCom. Sala D, junio 30-999, re “Castro C.F. c. Altos de los Polvorines S.A. s. Sumario”, ED 185-232.

¹²⁵⁵ ODRIÓZOLA, CARLOS, “El conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, en *Estudios de sociedades comerciales, homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 54.

¹²⁵⁶ CNCom. Sala B, noviembre 5/993, re “Paramio Juan Manuel c. Paramio Pascual E. y otros s. Sumario”, R.D.C.O. 1994, p. 515; ODRIÓZOLA, C., “El conflicto de intereses...”, cit., p. 54; “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, LL 1986-E, p. 1114, donde agrega que la pretensión que otorga el art. 248 LSC se complementa con el reconocimiento de la acción de impugnación del art. 251 LSC; OTAEGUI, JULIO CÉSAR, “La responsabilidad resarcitoria del accionista por un acuerdo nulo”, ED 156-138; BAKMAS, IVÁN, “Artículo 248 de la ley de sociedades.

acabadamente los perjuicios que la infracción ocasionara¹²⁵⁷, lo que no siempre es exigido en derecho comparado¹²⁵⁸.

El socio que contraviniese la disposición que le imponía abstenerse será responsable de los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida¹²⁵⁹, sin perjuicio de que idéntica responsabilidad le es impuesta para el caso de que, impugnada la decisión asamblearia, ésta fuera declarada nula¹²⁶⁰. Cabe también considerar –y según ya

Nulidad de voto por conflicto de intereses”, LL 1998-E, p. 1071. En contra, véase LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas de...*, cit., p. 345.

¹²⁵⁷ CNCCom. Sala C, marzo 12/993, re “Comisión Nacional de Valores c. Laboratorios Alex S.A.”, LL 1993-C, p. 295. De aceptarse el criterio que aquí se sostiene, y que infiere del art. 248 LSC un supuesto de nulidad, la emisión del voto y la consiguiente resolución alcanzada se hallarían entre los actos anulables (art. 1046 Código Civil), por lo que resulta necesario analizar si ha habido un perjuicio para la sociedad, a fin de determinar si el acto padece un defecto o vicio constitutivo con entidad suficiente para determinar su nulidad. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 5 (actualización general), Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 435. El criterio contrario, por tanto, la procedencia de la indemnización prevista en el art. 248 LSC aunque huérfana de la nulidad del art. 251 LSC, fue sostenido anteriormente por la CNCCom. Sala B, diciembre 6-982 en autos “De Carabassa Isidro c. Canale S.A.”, LL 1983-B, p. 362.

¹²⁵⁸ Así, el art. 2373 del Código Civil italiano –y su remisión al art. 2377– establece que la decisión adoptada a partir del voto de quien, por tener un interés en contrario, debió abstenerse, puede ser impugnada cuando pudiera ocasionar un daño a la sociedad –*qualora possa recarle danno*–. Ello equivale a decir que la deliberación es anulable si, considerado su contenido, resulta evidente que el socio ha sacrificado el interés social en aras del persona. “La norma es, por tanto, muy rigurosa: no exige, a efectos de la petición de nulidad de la deliberación, la prueba de un daño efectivo al ente, resultando suficiente la prueba de un peligro de daño.” Cfr. GALGANO, FRANCESCO, *Manuale elementare de diritto commerciale*, 2ª edición, Zanichelli, Bolonia, 1986, p. 189.

¹²⁵⁹ LSC, art. 248 2º párr.

¹²⁶⁰ LSC, art. 254. En estos supuestos el vicio producido por la infracción afecta, en principio, al voto indebidamente emitido por el socio y no directamente al acuerdo, por lo que el vicio sólo se traslada a este último convirtiéndolo en nulo –

refiriéramos— que el ejercicio de la acción del artículo 251 LSC debe hacerse con un criterio de razonabilidad tal que pueda exigirse al impugnante contar con los votos necesarios para torcer la decisión asamblearia adoptada, ya que de lo contrario se estaría ante un pedido de nulidad por la nulidad misma. Ello por cuanto aún en caso de que la nulidad fuera declarada ésta no tendría ningún efecto práctico, pues, en una nueva votación, presumiblemente la mayoría volvería a repetir el resultado¹²⁶¹.

Respecto de la base de cálculo de las mayorías legales, y a efectos de integrar la misma, corresponde computar las abstenciones al voto de los accionistas presentes¹²⁶², no pudiendo ser su silencio considerado como manifestación de voluntad en un sentido u otro¹²⁶³. Con ello no compartimos el criterio de calificada doctrina, para la cual la abstención importa una antinomia jurídica por cuanto no podría admitirse que el socio asistente deje de cumplir con su deber de expedirse a favor o en contra de las decisiones que

por contrario a la ley— cuando el voto fuera necesario para alcanzar las mayorías. Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Monografías de Derecho Societario n° 15, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 169.

¹²⁶¹ Cfr. CNCom., Sala A, diciembre 11-986, ED 122-140.

¹²⁶² En contra, véase MASCHERONI, F., *La asamblea...*, cit., p. 78, para quien las abstenciones no son computables a los fines de la votación, ni concurren a formar el total de votos sobre el cual se calcula la mayoría, cualquiera fuera la que determine la ley o el estatuto para el asunto que se trate.

¹²⁶³ Código Civil, art. 919. “Lo contrario implicaría que quien voluntariamente se ha abstenido de votar, apareciera no obstante adhiriendo en los hechos de la decisión —positiva o negativa— respecto de la cual no tuvo interés en expedirse ... el silencio del sujeto presente en una asamblea tiene un significado: el de su presencia.” Véase voto —en minoría y citando al Juez de 1ª instancia— del Dr. Cuartero, CNCom. Sala D, junio 30-999, re “Castro C.F. c. Altos de los Polvorines S.A. s. Sumario”, ED 185-232.

se trate, cuando por otra parte su presencia sí gravitará a efectos del cómputo del quórum¹²⁶⁴.

No se ve impedimento en que el accionista concurrente se abstenga –por la razón que fuera– de expedirse sobre un tema particular sobre el que pudiera ser consultado, ni que ello altere los términos de los artículos 243 y 244 LSC en cuanto imponen que la mayoría se computa sobre “votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión”. Más aún, quien asiste a una asamblea, aún si lo hiciera sin intención de expedirse sobre los temas que se le consulten, sabe cuales son los efectos legales derivados de su presencia¹²⁶⁵.

Adoptada en forma una decisión asamblearia, eventuales y posteriores defectos en su ejecución no invalidan la misma, ello sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en las que el órgano a cargo de tales tareas pudiera incurrir.

6.3.6. Vicios relacionados con el acta de asamblea

El acta –que debe bastarse a sí misma– es la documentación escrita del acto asambleario en la que se efectúa un resumen de los asuntos debatidos¹²⁶⁶, debe volcarse en un libro¹²⁶⁷ con las

¹²⁶⁴ Cfr. SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Sociedades anónimas. Las asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 267, quien otorga al voto abstenido el sentido de un voto de apoyo “a la asamblea como tal”.

¹²⁶⁵ Debe saber, arg. art. 20 Código Civil.

¹²⁶⁶ No se trata de la transcripción integral de las intervenciones de los asistentes, sino tan sólo de un resumen, lo más fiel posible, de las posiciones sustentadas, el resultado de las votaciones y las decisiones en consecuencia adoptadas, todo ello con más los datos relacionados al tiempo, lugar y forma en que el órgano se constituye y sesiona.

formalidades previstas en el Código de Comercio¹²⁶⁸, y constituye su prueba principal. No obstante, en tanto instrumento privado¹²⁶⁹, su ausencia¹²⁷⁰, defecto o vicio no es en sí causal suficiente para determinar la nulidad de una asamblea, porque se trata de una forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*¹²⁷¹, existiendo aquella –

¹²⁶⁷ Por disposiciones de derecho objetivo las actas se extienden en el libro especial del órgano correspondiente. Cfr. GARCÍA TEJERO, NORBERTO, “Libros especiales y actas de sociedades anónimas”, LL 158-1104.

¹²⁶⁸ LSC, art. 73. Esto es, ajustado en cuanto fuera pertinente, a aquellas formas referidas en el Código de Comercio, tal el caso del art. 53 –encuadernación y foliatura–, o de su redacción en el idioma nacional –art. 66 del Código–. Más allá de esto, careciendo las actas en sí de forma legal reglamentada, puede señalarse –siguiendo a MAGRI– que los usos y costumbres indican que estas habrán de consignar: 1. su numeración cronológica; 2. lugar y fecha; 3. hora de inicio y finalización del acto; 4. mención del órgano que la celebra y de la denominación social; 5. miembros que asisten, 6. quien preside la reunión, y en caso de corresponder, modo de elección; 7. orden del día (temas para los cuales se convocó la reunión); 8. designación de los firmantes del acta si la ley no dispusiera la suscripción de todos los presentes; 9 desarrollo de los temas tratados; 10. debate y resultado de las votaciones; 11. en los casos en que corresponda, constancia de asistencia de los directores, síndicos, gerentes generales, miembros del consejo de vigilancia y del inspector del órgano de control (art. 299 LSC). Cfr. MAGRI, CARMEN, “Las actas de las sociedades comerciales” en *Tratado de derecho privado y derecho comercial*, de NUTA, ANA RAQUEL y otros, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 251.

¹²⁶⁹ El carácter que aquí se atribuye al acta no será menor en cuanto a sus consecuencias, como seguidamente habremos de referir al tratar su omisión. Sí cabe destacar que, tras su redacción, es una condición esencial de existencia su firma, la que no puede ser reemplazada por signos ni por iniciales de los nombres o apellidos (art. 1012 Código Civil). Ahora bien, la inexistencia del acta –por falta de suscripción o el defecto que fuera– no se proyecta sobre el acto –la reunión–.

¹²⁷⁰ Cfr. VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 10ª ed., Porrúa, México, 2006, n° 2, p. 224.

¹²⁷¹ En contra, cfr. HALPERÍN, I., *Sociedad anónima*, cit., pp. 563, 600 y 705, para quien la existencia regular del acta es esencial para la validez de las decisiones adoptadas –por tanto *ad solemnitatem*–, por hacer a la seguridad jurídica y ser el medio por el cual ausentes y futuros accionistas podrán conocer lo

la reunión de socios— aún si no se redactara posteriormente en el acta¹²⁷², la que puede suplirse por otros medios¹²⁷³.

Ello por cuanto las irregularidades del acta de asamblea difícilmente encajan dentro del marco de las nulidades del acto asambleario, pues aquella no crea actos jurídicos, sino que simplemente deja constancia de su existencia¹²⁷⁴. Esto no quiere decir que la importancia del contenido del acta no sea obvia: “por su conducto legítimo se conocerán las resoluciones adoptadas por las asambleas (o cualquier otro órgano colegiado), sus alcances y las circunstancias en que han sido adoptadas; servirán para determinar el derecho de los accionistas (socios o directores) o de las asambleas mismas, el derecho de receso, en su caso, el decidir o comprobar si

resuelto. En consecuencia, su ausencia tornaría el acto en inexistente; CNCom. Sala C, mayo 22-987, re “Kukiewicz I. C. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A.”, Revista de Doctrina Societaria y Concursal t. I, p. 404, donde se declarara la inexistencia de una asamblea por defectos de redacción en el acta.

¹²⁷² Cfr. FARRÉS, PABLO DANIEL, “La impugnación asamblearias en las cooperativas”, LL 23/07/01; SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Las asambleas*, cit., p. 351; MAGRI, C., “Las actas de las sociedades comerciales”, cit., p. 251. En contra, MASCHERONI, F., *La asamblea...*, cit., p. 87; HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 419.

¹²⁷³ En sentido análogo, aunque fundado en que la asamblea no resultaría en sí un acto jurídico sino sólo un procedimiento en el que el socio expresa su voluntad, la que será siempre válida aunque no se asiente de la manera prevista por la LS, véase LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., p. 197. Por su parte, FAVIER DUBOIS, EDUARDO (H), *Derecho societario registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 312— agrega que si se considerara al acta como un elemento esencial del acto asambleario, las acciones que de este se deriven —impugnación, receso, etc.— estarían sujetos a la formalización del acta y no a la clausura de la asamblea. Sin perjuicio de ello, este autor parecería inclinarse por el medio escrito como única forma de probar la existencia del acto, sugiriendo se supla la eventual ausencia del libro de actas con instrumento público.

¹²⁷⁴ VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 912, con apoyo de MILLOZZA.

concuerta o no con el orden del día, etcétera. De allí la necesidad de que ellas sean un fiel reflejo de lo actuado¹²⁷⁵.”

Este recaudo –certificación de adecuado reflejo de los temas tratados en el acta– suele ser confiado a terceras partes calificadas –funcionarios del Registro Público de Comercio o a escribano público– por petición de alguno de los administradores o de los accionistas. En el caso de los escribanos, resulta necesario que el órgano colegiado acepte su participación. En orden a evitar conflictos que pudieran derivarse de una deficiente redacción, en perjuicio de parte de los accionistas, se ha llegado a disponer con carácter de medida cautelar la designación de un escribano como controlador de la regularidad del acto, con cargo de informar al Tribunal sobre el resultado de su labor¹²⁷⁶.

Sin perjuicio de la falta de previsión en la LSC respecto de la posible intervención en el acto asambleario de un notario público, tal extremo –y sin que sea necesario acudir a la justicia– es contemplado por alguna normativa extranjera. Así, el artículo 203 de la LSC española de 2010 prevé que los administradores pueden requerir la presencia de un escribano para que levante acta de la junta general y que están obligados a hacerlo cuando con cinco días de antelación a la celebración de la junta se los soliciten socios que representen el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En tal caso, los acuerdos solo son eficaces si constan en acta notarial.

¹²⁷⁵ Cfr. GARO, FRANCISCO, *Sociedades anónimas...*, cit., t. 2, p. 44.

¹²⁷⁶ Cfr. JN 1ª Instancia en lo Comercial nº 9, Secretaría 18, res. 74.901 noviembre 5-2001, re “García González Jorge y otros c. IFOP-ASECOM Latin America S.A. s. medida precautoria”, inédito.

6.3.7. Supuestos especiales de anulabilidad

6.3.7.1. *Impugnación de la decisión que aprueba la remuneración del directorio*

Puede suceder que la aprobación de la remuneración del directorio hubiera sido obtenida mediando el voto de accionistas que revistan el carácter de administradores. En tales casos, resultan viable reclamar la nulidad relativa del acto, en tanto el interés del votante no constituya elemento determinante para frustrar el superior interés social, abusando del legítimo interés del accionista director en que se lo retribuya con justicia¹²⁷⁷.

También puede suceder que la asamblea apruebe la regulación de honorarios del directorio por sobre los topes previstos en el artículo 261 LSC, por lo que cabe a aquellas personas legitimadas en los términos del artículo 251 LSC el ejercicio de la acción de nulidad. La sentencia –de hacerse lugar a la demanda– impondrá a todos los directores y síndicos –aún a quienes no se hubieran hecho de cantidad alguna– en forma solidaria e ilimitada el reintegro de toda suma en más percibida¹²⁷⁸. Transcurridos tres meses sin que la acción fuera interpuesta, y tratándose de una violación a normas

¹²⁷⁷ Cfr. ROVIRA, ALFREDO, “La remuneración de los directores”, en *El directorio de las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 220, quien agrega: “un sonado caso tuvo la oportunidad de tratar si tal circunstancia plantea un supuesto de conflicto de interés comprendido en el art. 248 LSC (refiere a re “Comisión Nacional de Valores Vs. Laboratorios Alex S.A.”, LL 1993-c, p. 295, de la CNCom Sala C) o si tal voto resulta autorizado por la nueva redacción del art. 241 LSC. Ello a su vez remite a determinar el alcance de la violación del art. 248 LSC, esto es, si conlleva la nulidad del acto o si, simplemente, el voto en interés contrario al social deriva en una acción de responsabilidad por daños y perjuicios, sin afectar la validez de la decisión”, inclinándose el autor por la primera de las soluciones, tal cual se apuntara.

¹²⁷⁸ Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 288.

imperativas –y no de orden público– el reintegro de las sumas abonadas no podrá ser intentado.

6.3.7.2. Impugnación de la decisión que aprueba el aumento del capital

La decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad de efectuar un aumento de capital constituye una cuestión de política empresarial, reservada al órgano de administración, y resulta ser una cuestión no justiciable. Lo contrario importaría transformar al tribunal en una suerte de órgano superior a aquel que naturalmente corresponde dirigir los negocios privados del ente. Este principio sólo cede frente a hipótesis de arbitrariedad extrema o de irracionalidad de las que resultara un perjuicio al sujeto reclamante¹²⁷⁹, a quien corresponde su prueba¹²⁸⁰. No obstante, esta posición dista de ser pacíficamente aceptada.

Alguna doctrina señala que tras el aumento de capital suele ocultarse la licuación de las participaciones accionarias de los socios minoritarios¹²⁸¹, lo que se agrava ante la falta de obligatoriedad de emitir con prima¹²⁸² –aunque en oportunidades ello pueda derivar en

¹²⁷⁹ “Quien pretende la nulidad de una decisión asamblearia sobre el aumento de capital social, debe probar el presupuesto de hecho de su pretensión; es decir, que debe demostrar la extrema arbitrariedad o irracionalidad dañosa de esa decisión.” CNCom., Sala D, agosto 22-989, ED, 136-397.

¹²⁸⁰ Cfr. CNCom. Sala D, agosto 22-989, re “Pereda Rafael c. Pampagro S.A.”, R.D.C.O. 1990-A, p. 349.

¹²⁸¹ Cfr. NISSEN, R., “Impugnación de aumentos de capital social”, LL 1995-A, p. 1094; “Impugnación de aumentos de capital social”, en *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 209.

¹²⁸² La emisión de acciones con prima –o sobreprecio– tiene como finalidad conservar para los accionistas existentes el mayor valor real de la acción, ya que si se emite a valor nominal el nuevo accionista se enriquecería gratuitamente. Cfr.

la nulidad de la decisión—, por lo que no puede dejarse librado el control de legalidad a supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad, meros grados de ilegitimidad, cuando todo accionar ilícito debe ser corregido.

Así, se ha entendido que pudiera resultar abusivo un aumento de capital acordado en un momento de conocidas dificultades financieras de la minoría cuando, respetándose el derecho de suscripción, las nuevas acciones o participaciones no se emitieran por su valor real, reduciéndose de manera sustancial la participación de quienes no suscriban las nuevas acciones. También se ha reputado nulo —en el caso, de nulidad absoluta— el aumento que, aunque en apariencia resultaba justificado, se tradujo en un reparto de utilidades por idéntico monto tres meses después de realizado¹²⁸³. Si bien se trata de decisiones en principio válidas en cuanto forma y contenido, estas pudieran lesionar injustificada o desproporcionadamente los intereses de la minoría¹²⁸⁴.

Se entiende que las críticas vertidas en torno a que la decisión de aumentar el capital social resulta ser —en principio— una materia no justiciable, y que se reduce a una cuestión de mérito, oportunidad o conveniencia, no resultan suficientes para conmovier tales argumentos. Cabe sí señalar que, va de suyo, resulta necesario que tales decisiones vayan acompañadas de argumentos sólidos y serios que justifiquen el aumento —si se quiere, morigerar la apuntada no

CNCom. Sala C, diciembre 28-984, re “Augur S.A. c. Sumampa S.A.”, LL 1985-E, p. 12; ED 114-373. Siendo que nada obliga al ente a emitir con prima, sólo cabe al accionista impedido de suscribir, y en procura de la defensa de sus derechos, ejercer el recesso en los términos del art. 245 LSC.

¹²⁸³ Cfr. CNCom. Sala D, marzo 1-1996, re “Abrecht. c. Cacique Camping S.A. s. sumario”, ED 168-544. En dicha oportunidad el mecanismo societario, utilizado de modo desviado para dirimir un conflicto entre accionistas, habilitó la impugnación por sobre el plazo previsto en el art. 251 LSC.

¹²⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, cit., pp. 202 y 203.

justiciabilidad–, precisamente a efectos de evitar su utilización como un recurso arbitrario para deshacerse de minorías o de accionistas impedidos de concurrir o suscribir.

Así ha sido prudentemente meritudo por los tribunales¹²⁸⁵. Por el contrario, distinto tratamiento merecerá la previsión asamblearia de futuros aumentos de capital, la que por no obedecer a razones actuales de mérito, oportunidad o conveniencia, podrá ser accionada de nulidad. Asimismo se estaría vulnerando –entre otros– el derecho de los accionistas a ejercer el recesso previsto en el artículo 245 LSC¹²⁸⁶.

6.3.7.3. Cláusula del quintuplo

Conforme prescribe el artículo 188 LSC, el estatuto puede prever la posibilidad de aumentar el capital social hasta su quintuplo, decisión que corresponderá a la asamblea ordinaria y que no requiere conformidad administrativa¹²⁸⁷. Por tanto, el aumento dentro del quintuplo no podrá –en principio– lesionar disposiciones de orden público, por lo que cualquier vicio que pudiera imputarse a la resolución impugnada constituirá –de haberse configurado– una

¹²⁸⁵ Cfr. CNCom. Sala D, marzo 1-996, re “Abrecht. Pablo A. c. Cacique Camping S.A. s. sumario”, ED 168-544, donde la mayoría decidió aumentar el capital social alegando dificultades económicas del ente, para pocos meses después decidir distribuir utilidades por idéntico monto.

¹²⁸⁶ Cfr. CNCom. Sala C, junio 14-991, re “Guelar Juan c. Mandataria Rural S.A.”, LL 1991-E, p. 480.

¹²⁸⁷ LSC, art. 235 inc. 1°.

nulidad relativa, en tanto solo estaría afectando el interés particular de algunos accionistas y no derechos inderogables de los socios¹²⁸⁸.

Esta posibilidad de aumentar hasta el quíntuplo el capital social debe hacerse también en concordancia con el artículo 245 in fine LSC, y que sanciona con la nulidad toda decisión que excluya el derecho de receso de los accionistas disconformes o agrave las condiciones de su ejercicio¹²⁸⁹. Una vez cubierto el quíntuplo, en razón de uno o varios aumentos de capital, la previsión estatutaria se agota¹²⁹⁰, no siendo posible la inserción de una nueva cláusula de contenido similar¹²⁹¹, por estar aquel –el quíntuplo– indisolublemente ligado al capital determinado en el estatuto¹²⁹². Pretender lo contrario vulneraría también el derecho de receder conferido al accionista en el artículo 245 in fine LSC, por lo que

¹²⁸⁸ “En tal caso, la acción de impugnación de la decisión asamblearia deberá ser interpuesta dentro del termino prescripto en el art. 251 de la LSC.” CNCom., Sala E, mayo 23-989, ED, 136-396.

¹²⁸⁹ Cfr. CNCom. Sala C, junio 14-991, re “Guelar Juan c. Mandataria Rural S.A.”, LL 1991-E, p. 480.

¹²⁹⁰ Cfr. CNCom. Sala B, agosto 24-992, re “Tchomlekdjoglou E.A. y otros c. Stemos S.A.”, DSC V-991.

¹²⁹¹ “Corresponde hacer lugar a la declaración de nulidad de la asamblea ordinaria que introdujo una nueva cláusula estatutaria previsor de la autorización del aumento del capital social hasta el quíntuplo de su monto, luego de que este límite hubiese sido ya alcanzado con anterioridad, en tanto es violatoria de lo establecido por el art. 245 último párr. de la LS; sin que obste a ello el no haberse invocado concretos perjuicios derivados de la futura privación del receso en caso de aumento de capital que importe desembolso para el socio, puesto que dicha invocación no es requerida por la ley para el ejercicio del derecho (del fallo de 1ª Instancia). CNCom., Sala C, junio 14-991, ED 147-118.

¹²⁹² Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 32.

asiste al mismo –dentro de los plazos legales– el derecho de solicitar su nulidad¹²⁹³.

6.3.7.4. Impugnación de la decisión de postergar el reparto de utilidades

La política a observar respecto del reparto anual de utilidades¹²⁹⁴, esto es, la restricción del derecho individual del socio a percibir su porción de utilidades –dividendos– frente a la necesidad de no debilitar la capacidad de desarrollo del ente, corresponde en última instancia a la asamblea. El vehículo para tales fines es la constitución de reservas legales¹²⁹⁵, las que, en principio, si bien no pueden ser inferiores al cinco por ciento de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio¹²⁹⁶, no podrán superar el veinte por ciento del capital social. No obstante, existe la posibilidad de crear otras reservas que las legales, siempre y cuando las mismas sean razonables y respondan a criterios de sana y prudente administración. De exceder estas el capital y las reservas legales, la decisión para su constitución –en el caso de las

¹²⁹³ Cfr. GAGLIARDO, MARIANO, “Nuevamente sobre el receso en el aumento de capital”, LL 1991-E, p. 480.

¹²⁹⁴ Cabe distinguir entre el derecho al reparto anual de utilidades – consecuencia del efecto positivo del estado de resultados– y el derecho al dividendo –derivación de la resolución asamblearia que disponga la distribución de utilidades–. El primero de estos derechos, si bien se traduce en una mera expectativa –su cuándo y cuánto no pueden preverse–, no puede ser renunciado anticipadamente, erigiéndose para quien lo detente en el valladar frente al poder mayoritario de la asamblea. Cfr. ROVIRA, ALFREDO, “El derecho al reparto anual de utilidades y su protección”, ED89-468.

¹²⁹⁵ LSC, art. 70.

¹²⁹⁶ De quedar estas reservas reducidas por cualquier causa, no podrán distribuirse ganancias hasta su reintegro (art. 70 párr. 2º, LSC).

sociedades anónimas— sólo puede adoptarse por asamblea especial¹²⁹⁷.

Confrontar hasta donde puede restringirse el derecho del socio al reparto anual de utilidades, frente al interés del ente por garantizar su evolución, por cierto no resulta una tarea sencilla. Criterios de razonabilidad o de prudente administración, de no ser atentamente observados por los tribunales en caso de conflicto, pudieran en realidad procurar ocultar manejos arbitrarios de las mayorías en perjuicio de determinados socios¹²⁹⁸. De allí que de no existir justificación suficiente, la sociedad no podrá retener sistemáticamente las utilidades obtenidas, incurriendo en una actitud impeditiva ilícita que justifica la impugnación de tal

¹²⁹⁷ LSC, art. 244 párr. 4°. En las sociedades de responsabilidad limitada, la decisión de constituir reservas de este tipo requiere de la aprobación de una mayoría suficiente como para modificar el contrato social (art. 70 3° LSC).

¹²⁹⁸ “La sociedad ciertamente podrá constituir reservas voluntarias, sustrayendo al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio en la medida en que un criterio de prudencia y mejor protección de los intereses sociales así lo aconseje; e incluso podrá suspender totalmente el reparto de dividendos en algún ejercicio (o más de uno, incluso en varios ejercicios sucesivos) cuando las necesidades de la sociedad así lo exijan. Cabe afirmar, sin embargo, que la sociedad no puede negarse sistemáticamente a hacer reparto alguno de las ganancias arrojadas por los balances al fin del ejercicio (rectius, negativa sistemática de los administradores a proponer su reparto, y de la Junta a acordar la distribución), porque tal comportamiento iría contra la finalidad perseguida por los accionistas al constituirse la sociedad, inmovilizaría los capitales de éstos y haría ilusorio el derecho a dividendo ..., vaciando de contenido la comunidad de intereses que distingue a una corporación de naturaleza lucrativa, como son las anónimas ordinarias ...”. SÁNCHEZ, ANIBAL, “Las acciones y los derechos del accionista” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, de URÍA, RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO y OLIVENCIA, MANUEL, t. IV, Civitas, Madrid, 1994, p. 122; MERLE, PHILIPPE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 17° ed., Dalloz, Paris, 2014, n° 349, p. 366.

decisión¹²⁹⁹. Se señalan como posibles indicios o síntomas de abuso que habilitarían la impugnación de la decisión asamblearia, y que deberán ser valorados conjuntamente y en cada caso concreto, a¹³⁰⁰:

i.-) la existencia de otras remuneraciones alternativas – distintas del dividendo– para el socio o grupo mayoritario (supuesto que suele darse en las sociedades cerradas, donde suele coincidir la persona del administrador con la del socio mayoritario), ii.-) la desproporcionalidad de la medida ante el elevado nivel de reservas existentes, iii.-) la posible intención de la mayoría de coaccionar a la minoría para que venda su participación¹³⁰¹, iv.-) la prolongación en el tiempo de la política de no distribución.

Los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre lo improcedente de retener utilidades –más allá de la constitución de reservas legales a la que aludiéramos–, por cuanto el derecho del accionista al dividendo es propio de la ley. Así se ha resuelto la nulidad de las decisiones asamblearias que, recurriendo a impropios arbitrios contables, coloquen utilidades indefinidamente en cuentas

¹²⁹⁹ Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Derecho mercantil*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1995, p. 231.

¹³⁰⁰ Se sigue para ello la distinción realizada por SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses...*, cit., pp. 211 y 212.

¹³⁰¹ Sobre el particular, señala la referida autora –SÁNCHEZ RUIZ, ob. cit., p. 212– que “la situación de los minoritarios resulta particularmente grave en las sociedades cerradas por la vigencia de restricciones para la transmisión de las participaciones, así como, en general, por la ausencia de un mercado para las mismas y la consiguiente dificultad para encontrar un comprador, lo que impide incluso a la minoría mostrar su disconformidad y sustraerse a la política de reiterada autofinanciación saliendo de la sociedad.”

nuevas o reservas facultativas, lo que importa tanto como la expropiación de los bienes del accionista¹³⁰².

Se ha dicho que el dividendo resulta ser la parte de ganancia social a repartir entre los accionistas, según la parte del capital que cada uno de estos detente, una vez cerrado y aprobado el ejercicio. De allí que, acordada su distribución, asambleas posteriores ya no podrán revocar la decisión, debiendo ser repartidos aunque la sociedad sufriera pérdidas¹³⁰³.

6.3.7.5. Impugnación de la decisión de emitir sin prima

Según viéramos, la decisión sobre la necesidad, conveniencia y oportunidad de efectuar un aumento de capital constituye, en principio, una cuestión no justiciable, principio que sólo cede frente a hipótesis de arbitrariedad extrema o irracionalidad manifiesta. También se ha sostenido que no existe norma expresa que imponga

¹³⁰² “Lo contrario implicaría una expropiación virtual, por particular y sin indemnización, pues no capitalizadas, ni distribuidas, quedarían ad eternum en una especie de repositorio contrario a todo sentido real de la propiedad privada en las sociedades mercantiles. Quienes mediante la creación de reservas facultativas, o el traslado a ‘cuentas nuevas’ del as utilidades de ejercicios, retacean la distribución de utilidades de una sociedad a los accionistas, movidos por artificios jurídicos y contables, destinados a ganar poder o ventajas, deberían reflexionar en las circunstancias de que si ellos mismos soportaran tal tratamiento, no quedaría capital privado con qué constituir sociedades, para llevar a cabo nuevas empresas. Los responsables de este engendro económico han actuado contra el sentido histórico del régimen cuyos instrumentos jurídicos usaron. Tal herejía no debe prosperar, pero si prosperara, destruiría el sistema.” CNCom. Sala D, diciembre 26-1979, re “Mihura Luis y otros c. Mandatria Rural S.A.”, ED 89-471.

¹³⁰³ Cada ejercicio debe ser materia de cuentas separadas y objeto de un distinto reparto de beneficios; las pérdidas de un nuevo ejercicio no pueden imputarse al ejercicio anterior. Cfr. SÁNCHEZ, ANIBAL, “Las acciones y los derechos del accionista” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, t. IV, Civitas, Madrid, 1994, p. 122;

la obligación de emitir con prima, lo que no impide que tal determinación, por las circunstancias particulares del caso, torne anulable la emisión.

Así se ha dicho que el interés del accionista que no puede –o no quiere– suscribir eventuales aumentos de capital, podría verse afectado cuando este se efectúa con emisiones a la par, si el valor de las acciones es superior al nominal de cotejarse con un incrementado patrimonio del emisor¹³⁰⁴. De allí que la razonabilidad en el aumento del capital debe juzgarse tanto en función de su oportunidad –con las limitaciones a las que aludieramos– como de su forma.

6.3.7.6. Impugnación de la decisión de aumentar quórum y mayorías

El artículo 243 párr. 2º LSC prevé que, fracasada la constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, ésta se considerará válidamente constituida en segunda convocatoria cualquiera sea el número de acciones presentes ¿Pueden los accionistas agravar dicho quórum mediante una decisión asamblearia? No obstante el silencio guardado por la LSC al respecto, se entiende que la misma resultará nula¹³⁰⁵, ello por cuanto pareciera que la LSC ha previsto expresamente aquellos supuestos en los que la alteración de quórum y mayorías legales queda –su agravamiento– al arbitrio de los socios¹³⁰⁶, además de

¹³⁰⁴ Cfr. CNCom. Sala C, diciembre 28-984, re “Augur S.A. c. Sumampa S.A.”, LL 1985-E, p. 12; ED 114-373.

¹³⁰⁵ En contra, véase GAGLIARDO, MARIANO, “Quórum y mayorías en el derecho de las sociedades”, ED 100-1030.

¹³⁰⁶ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario...*, cit., vol. III, p. 450; NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. . 2, p. 581.

porque la ley debe interpretarse de forma tal de garantizar el funcionamiento de los órganos sociales¹³⁰⁷.

Distinto resulta el caso de la asamblea extraordinaria, donde expresamente se autoriza a los socios a agravar –o disminuir– quórum, por lo que no cabría impugnar la decisión asamblearia que así lo decidiera. Sin perjuicio de ello, la aludida autorización para agravar estatutariamente quórum y mayorías legales no puede ser utilizado de manera tal que, aumentándolos hasta requerir la unanimidad, se inhiba a los socios de ejercer el derecho de veto del que gozan como remedio al principio mayoritario¹³⁰⁸, rector del régimen societario¹³⁰⁹.

¹³⁰⁷ Cfr. RACCIATTI, HERNÁN y ROMANO, ALBERTO, “Algunas reflexiones sobre el quórum en las asambleas de sociedades anónimas”, LL 1992-D, p. 954.

¹³⁰⁸ “Cuando la ley de sociedades fija las mayorías necesarias para las resoluciones de las asambleas ordinarias (art. 243) y extraordinarias (art. 244) lo hace con la salvedad de que el estatuto ‘exija mayor número’. Esta expresión, no puede interpretarse sin embargo, en el lato sentido que resulta de su texto. Y aquí viene aquello de que la integración dogmática requiere un esfuerzo que tiene todas las notas contrarias a las de la pasividad. La mencionada habilitación, aparentemente abierta y libre; no tiene las características que el precepto muestra en su aislamiento y que puede confundir a un intérprete desprevenido de la técnica de aplicación de la ley. Las normas jurídicas, como dije antes, rara vez emanan de la simpleza de un artículo; todo lo contrario, exigen una compleja composición de preceptos de diversa jerarquía y de sanciones dispersas, no ya solo dentro del instituto regulado, sino también fuera de él. De tal ensamblaje resultará que la disposición de un estatuto que exigiera la unanimidad para resolver los asuntos previstos en los arts. 243 y 244 sería nula. La unanimidad es ajena al sistema de expresión de la voluntad en la sociedad anónima; aún más, lo subvierte y lo perturba. La asamblea unánime o totalitaria prevista en el artículo 237 tiene otro sentido y aplicación.”, COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1927, p. 92; HALPERÍN, ISAAC y OTAEGUI, JULIO, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 704.

¹³⁰⁹ No obstante cabe reparar en la opinión contraria expuesta por BAKMAS con sólidos argumentos, en pro de la morigeración de los alcances anteriormente referidos sobre la unanimidad, máxime cuando no se distingue entre sociedades

6.3.7.7. Impugnación de la decisión asamblearia por violación al derecho de información

La posibilidad de impugnar acuerdos sociales adoptados a partir de la lesión del derecho de información del socio, resulta un mecanismo de defensa tanto primordial como ampliamente reconocido. Cabe reparar que el derecho de información se halla funcionalmente orientado al suministro de elementos relevantes para la participación del socio del debate asambleario y posterior formación de la voluntad que en consecuencia el ente expresa, de manera que su desconocimiento se traduce en un vicio o defecto de la fase deliberativa, que no afecta la regularidad de la propia asamblea sino la de los acuerdos adoptados sobre determinadas materias¹³¹⁰.

Sin embargo, para otra parte de la doctrina la extensión de las impugnaciones originadas en violación del derecho de información no siempre condice ni con la teoría general de las nulidades de los actos colectivos societarios ni con la práctica argentina y extranjera. Se trataría en oportunidades de una violación a requisitos formales no esenciales, que acarrearán por tanto nulidades relativas, sin perjuicio de que, producto de ellos pudiera viciarse –por mero error o dolo– la voluntad del socio¹³¹¹.

abiertas y cerradas, o se interpreta que una mayoría del 99% alcanza para sostener que no ha existido unanimidad. Cfr. BAKMAS, IVÁN, “El principio mayoritario y la unanimidad en las decisiones asamblearias”, LL 1997-C, p. 1093.

¹³¹⁰ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA TERESA, *El derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, Mc Graw Hill, Madrid 1999, p. 482.

¹³¹¹ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario, parte general. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, t. 5, Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 581.

6.3.7.8. Impugnación relacionada con la aceptación y capitalización de aportes

Sin perjuicio de lo anteriormente referido en punto a los aportes irrevocables, podemos señalar entre otros motivos de impugnación que:

i.-) la decisión del directorio de aceptar aportes irrevocables, que tiene que resultar justificada –de igual forma que debe serlo la posterior de aumentar el capital social–, debiera ser puesta en conocimiento de los accionistas en oportunidad de elaborar la memoria del ejercicio, a efectos de evitar que los no aportantes resulten sorpresiva o imprevistamente licuados en sus participaciones al tiempo de la capitalización¹³¹²; ii.-) frente al caso de desproporción entre el valor nominal de las acciones y su valor patrimonial, correspondería emitir éstas con prima, por lo que cabría plantear acción de impugnación de la resolución asamblearia que capitalice los aportes a la par, y si existiera la referida desproporción¹³¹³.

Quien no podría hacer planteos al respecto es el aportante – carece de legitimación, no es socio–. Además, este debió conocer el valor real de las acciones frente al nominal, previendo la posibilidad de la fijación de una prima, a lo que se suma que, si de conformidad con la LSC los accionistas disconformes con la fijación de una prima no podrían exigir que las acciones se emitan a la par, no puede tener un mejor derecho quien –siendo tercero– hace un aporte irrevocable.

¹³¹² VERGARA DEL CARRIL, ANGEL, “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital”, LL 172-93.

¹³¹³ Cfr. WILSON RAE, VICTORIA, “Aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones”, en Revista Argentina de Derecho Empresario de la Universidad Austral, Buenos Aires, n° 1, año 2005.

6.3.8. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad

Conforme prescribe el artículo 251 LSC, resultan legitimados para ejercer la acción: los accionistas que no hubieren votado favorablemente la respectiva decisión, o los que, habiéndolo hecho hubieran visto viciada su voluntad; los accionistas ausentes que acrediten tal calidad a la fecha de la decisión impugnada; los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor¹³¹⁴.

i.-) Accionistas que no hubieran votado favorablemente en la respectiva decisión: la ley no refiere porcentaje alguno como valladar para acceder a la acción de impugnación, por lo que cabría

¹³¹⁴ Tratándose de una acción cuyo objeto es la impugnación de un acto social, la misma sólo puede ser ejercida contra la sociedad –por ante el juez de su domicilio–, con la única excepción hecha por el art. 248 LSC, en la que también serán sujetos pasivos los accionistas que, no obstante su interés contrario, no se hubieran abstenido de votar la resolución en crisis. Al incluirlos en demanda se evita que estos puedan alegar su indefensión. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 927. Una variante por cierto interesante presentaba la LSA española de 1989 –sustituida por la LSC de 2010–, en cuanto preveía la posibilidad de que los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo impugnado pudieran intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez, como coadyuvantes. Se pretendía así reforzar la presunción de validez del acuerdo mediante la directa participación de los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo objeto de impugnación. Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos...”, p. 1812. Los accionistas que votaron favorablemente las resoluciones que posteriormente se declaran nulas judicialmente, responden solidaria e ilimitadamente por sus consecuencias, ello sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia –responsabilidad de naturaleza extracontractual, por aplicación del art. 1056 del Código Civil, según apunta NISSEN en *Impugnación judicial...*, cit., p 205–. A tales fines, todos y cada uno de ellos debe ser emplazado a juicio, a fin de no vulnerar su derecho de defensa.

considerar –sin más–, que cualquier accionista, sin importar su grado de participación¹³¹⁵, se encuentra legitimado a tales fines. No obstante, creemos aconsejable atender –como jurisprudencialmente se hiciera¹³¹⁶– que la participación accionaria del impugnante resulte apta para torcer la decisión asamblearia, a fin de evitar que la nulidad sólo satisfaga intereses teóricos de la ley¹³¹⁷.

La ley refiere así a los accionistas que, presentes en la asamblea, votaron en contra de la resolución aceptada por sus socios. Se otorga a aquellos el derecho a impugnar de nulidad tal acuerdo asambleario, a fin de que las deliberaciones se tomen de conformidad con la ley y el acto constitutivo¹³¹⁸, no siendo necesario

¹³¹⁵ Cfr. NISSEN, RICARDO, “Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos”, LL 1987 –D, p. 1172. Por su parte la ley mexicana requiere que al menos el 25% del capital social se oponga a la decisión asamblearia (art. 201 Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934 –ref. DOF 13-06-2014-).

¹³¹⁶ Cfr. CNCom. Sala A, 11/12/86 re “Vistalba S.A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, LL 1987-B-346; CNCom. Sala C, junio 24-999, re “Nikitovich Paul c. Perfiltra S.A. s. sumario”, LL 1999-F, p. 374, oportunidad en que el tribunal rechazó la petición de un accionista que concentraba el 20% del capital social, frente a la oposición del restante 80%, por no aparecer claramente demostrada la utilidad de un reclamo indefectiblemente perdidoso.

¹³¹⁷ En contra, véase NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, p. 111 y ss., para quien tal solución desvirtúa la naturaleza de la acción impugnatoria exigiendo un requisito no previsto por la ley, además de que “nada hace presumir que quienes concurrieron a este acto sean los mismos que concurran al acto asambleario posterior, ni que el sentido de sus votos sea necesariamente idéntico.” En igual sentido, mismo autor junto con HAGGI, GRACIELA, “El derecho de impugnar decisiones asamblearias y la participación accionaria del accionista impugnante”, en *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 271, donde se señala que requerir mayorías es tanto peligroso para los derechos de las minorías como inútil para la defensa de los de la porción mayoritaria, la que “jamás deberá necesitar recurrir a la acción impugnatoria, en la medida que, con sus votos, habrá predominado en la formación de la voluntad asamblearia.”

¹³¹⁸ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 921.

que estos efectúen reserva de acudir a la justicia o –para parte de la doctrina– fundamenten el voto negativo¹³¹⁹.

ii.-) Accionistas presentes que se hubieran abstenido de votar la respectiva decisión: al guardar silencio la norma, no cabe asignar a la abstención el grado de voto negativo que legitimaría la pretensión impugnatoria. No cabe a estos, por tanto, el ejercicio de la acción del artículo 251 LSC¹³²⁰. No obstante, parte de la doctrina se inclina por incluir entre los legitimados activos a los accionistas presentes que se hubieran abstenido de votar¹³²¹, criterio este que, según refiriéramos, no compartimos.

iii.-) Accionistas que votaron favorablemente, y cuya voluntad resultara viciada: Para que la declaración de voluntad –voto– sea válida, la misma no debe estar viciada (error, dolo, violencia). La expresión de voluntad –voto– debe ser clara, por lo que parece acertado concluir que “los votos oscuros no deben ser tomados en cuenta, y en principio tampoco serán válidos los emitidos bajo condición o reserva¹³²²”. No corresponde, por tanto, habilitar a quien así hubiera votado a que formule una posterior impugnación, según su conveniencia.

¹³¹⁹ Cfr. NISSEN, R., *Impugnación judicial* ..., cit., p. 110.

¹³²⁰ La normativa societaria requiere que se vote en contra y se haga constar dicha oposición, a fin de descartar la posibilidad de que quien no se opusiera enérgicamente al acuerdo de la mayoría, pueda hacerlo luego. Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales*..., cit., t. 3, p. 922; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos...”, cit., p. 1810.

¹³²¹ NISSEN, R., *Impugnación judicial*..., cit., p. 110; “El socio que se ha abstenido de votar puede ser titular de la acción de nulidad de una asamblea; ya que abstenerse no es dar conformidad y, por ende, debe interpretarse con derecho a promover la impugnación.” CNCCom., Sala B, marzo 6-989, ED, 140-316; CNCCom. Sala B, diciembre 6-982, re “Carabassa Isidoro de c. Canale S.A. y otra”, ED 103-164.

¹³²² Cfr. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “S.A. Órganos sociales...”, cit., p. 881.

iv.-) Accionistas incorporados con posterioridad a la fecha en que la decisión fue impugnada: el derecho de impugnación de las decisiones de la asamblea, conferido a los accionistas, no es un derecho incorporado al título –acción–. Surge de la lesión de uno o más de los derechos de aquellos y compete al socio sin que tenga influencia en ello el número de acciones por él poseídas¹³²³. Es que la acción, como título, enuncia una simple declaración de verdad y declara la calidad de socio, de la cual surgen derechos y deberes.

Con su transmisión no se transfieren los derechos de naturaleza personal de carácter potestativo, que quedan excluidos de la posibilidad de una adquisición a título derivado, por lo que la ley impone como condición al accionista que éste detente tal calidad tanto al momento de la celebración de la asamblea como al de la impugnación¹³²⁴, no siendo el derecho en cuestión transmisible¹³²⁵,

¹³²³Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, t. 3, p. 921; PÉREZ FONTANA, S., *Sociedades anónimas*, t. 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 177. En igual sentido, CNCom. Sala B, 23/9/98, “Rodríguez Marcela c/ Transportes Rodríguez Cozar y Cía.”, LL 98-E, p. 705; TATA, RODOLFO, “La transferencia de acciones subordinada a la aprobación del directorio, en *El derecho en las sociedades anónimas, Estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad. Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 324.

¹³²⁴ “Resultando injustificadas las teorías de derecho comparado, a fin de justificar la admisión de los nuevos socios, en cuanto a su derecho de impugnación, problema que encuentra solución en el texto de la propia norma legal que atribuye derecho a los socios ausentes o disidentes y también alude los que votaron favorablemente si su voto es anulable, lo cual significa que la ley ha tenido en cuenta a quienes eran socios ‘al momento’ de la celebración de la asamblea”. CNCom. Sala B, diciembre 6-982, “Carabassa Isidoro de c. Canale S.A. y otra”, ED 103-164.

¹³²⁵ Cfr. SALVATIERRA, LEANDRO, “Nulidad del acto jurídico societario”, *Revista Argentina de Derecho Empresario de la Universidad Austral*, n° 2, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 321. En contra, véase NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, cit., p. 117 y ss., para quien el accionista que impugna una asamblea “actúa como órgano de la sociedad, ejerciendo una función de tutela de ésta, y por ello, nada justifica

por lo que no cabe al socio incorporado con posterioridad ejercer la acción¹³²⁶.

¿Que sucedería en caso de que el accionista legitimado, una vez promovida la acción de nulidad, perdiera tal calidad? Perdería también “en forma instantánea, total, definitiva e ineluctable su estado y vinculación con la sociedad¹³²⁷”, por tanto también el interés en la marcha de los negocios sociales, y, consecuentemente, una legitimación activa que no transmite al nuevo accionista¹³²⁸.

No obstante, sí cabría reconocer –como lo hace la doctrina extranjera– el derecho a impugnar al heredero devenido accionista, siempre y cuando el causante hubiera contado con tal legitimación en los términos del artículo 251 LSC¹³²⁹. En este sentido, la LGS peruana del año 1989 dispone que el accionista que impugne cualquier decisión asamblearia debe mantener hasta el final su condición, ya que la transferencia voluntaria de sus tenencias, aún si esta fuera parcial¹³³⁰, extingue a su respecto el proceso (artículo 144).

negar la legitimación activa al accionista que ha llegado a ser tal como consecuencia de la adquisición de los títulos con posterioridad al acto impugnado.”

¹³²⁶ En igual sentido, véase COTTINO, GASTONE, *Diritto commerciale*, vol. 1º, t. 2º, CEDAM, Padova, 1987, p. 440.

¹³²⁷ Cfr. CNCom. Sala A, octubre 5-979, “Sporetti Nazareno c. F. González e Hijos Comercial e Industrial S.A.”, ED 85-520.

¹³²⁸ Cabe al accionista mantener durante todo el transcurso del proceso su calidad de tal, si no desea que se frustre el progreso de la acción de nulidad intentada. Cfr. BENDRSKY, MARIO, “Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas”, R.D.C.O., 1977, p. 31; HALPERIN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 650.

¹³²⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos...”, p. 1812.

¹³³⁰ En razón de que “la voluntad expresada con la totalidad de las acciones es una”, por lo que la transferencia importaría un cambio en aquella contrario a lo

v.-) Accionistas preferidos sin derecho a voto: al referir la ley a accionistas que no votaron favorablemente, puede colegirse que sólo podrían impugnar las decisiones assemblearias en los términos del artículo 251 LSC los accionistas con derecho a voto, lo que excluiría a los titulares de acciones con preferencia patrimonial sin derecho a voto. Sin embargo, se coincide aquí sobre el particular con la opinión de la doctrina que sostiene que estos últimos se encuentran legitimados cuando la decisión assemblearia afecte sus derechos patrimoniales, si la misma fue adoptada en contra de la ley, del estatuto o el reglamento, a fin de evitar el accionar caprichoso y antijurídico de los demás socios que sí pudieran votar¹³³¹.

vii.-) Sindicatos de accionistas: los sindicatos de accionistas no gozan de legitimación para ser parte –tanto actora como demandada–, habida cuenta que sus integrantes conservan la propiedad y titularidad de las acciones sindicadas –de no pautarse lo contrario–, no configurando la mera conjunción de voluntades en el ejercicio del derecho de sufragio –ya sea que se trate de un sindicato de mando como de bloqueo– la existencia de una asociación (arg. artículo 46 Cód. Civ.) que pudiera hacer suponer se trate de una persona jurídica ni un ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, por ende, insusceptible de ser parte de una controversia judicial¹³³².

querido por el legislador. Cfr. BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO, *Comentarios a la ley general de sociedades*, 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 381.

¹³³¹ NISSEN, R., *Impugnación judicial...*, cit., p. 121. En igual sentido, aunque respecto de usufructuarios de acciones y acreedores pignoratícios, véase JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos...”, p. 1811.

¹³³² Cfr. CNContencioso administrativo, Sala IV, 27/6/00 re “Hernández Raúl y otros c/ Sindicato Accionistas Clase “C” Telefónica Argentina y otros”, LL 24/01/01.

viii.-) Directores: cualquiera de los miembros del directorio¹³³³, puede impugnar decisiones asamblearias violatorias de la ley, del estatuto o del reglamento¹³³⁴ –art. 251 LSC–. No se está –más allá del equívoco término pueden del art. 251 LSC– frente a una facultad de los administradores, sino de un deber, útil además para evitar se les imputen los daños y perjuicios que su omisión causare¹³³⁵.

Su legitimación se funda en que concurren en ejercicio de un derecho-obligación que les imponen cuidar la legalidad de los actos societarios en general y cuya omisión puede generarles responsabilidades¹³³⁶. El cargo de director debe detentarse al momento de demandar, no afectando la legitimidad del sujeto su posterior alejamiento, ya que de lo contrario las mayorías podrían dar fin al reclamo con solo remover al director accionante¹³³⁷.

¹³³³ No es esta la solución en derecho italiano –atendiendo a su doctrina mayoritaria–, en el que la impugnación no corresponde al director o síndico individualmente considerado sino al órgano de administración, por lo que el planteo debe estar precedido de una deliberación y decisión colegiada. Cfr. COTTINO G., *Diritto commerciale...*, pp. 438 y 439; JAEGER, PIER GIUSTO y DENOZZA FRANCESCO, *Appunti di diritto commerciale, impresa e società*, vol. I., Giuffré, Milan, 1989, p. 324.

¹³³⁴ La ley uruguaya (art. 367) agrega al texto del art. 251 LS (su fuente directa) la figura del administrador como sujeto también legitimado.

¹³³⁵ Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 651; FARINA, J., *Tratado...*, cit., t. II-B, p. 304.; NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, p. 126. Por su parte, BENDERSKY entiende que tal obligación de impugnar puede ser suplida con la advertencia sobre la invalidez de la decisión seguida de la abstención de ejecutarla. Si aún así la asamblea insistiera en su ejecución, el administrador sí deberá iniciar acción de nulidad en los términos del art. 251 LS. Cfr. BENDERSKY, M., “Impugnación judicial de asambleas...”, cit., p. 20. En derecho comparado, véase VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Compendio crítico de derecho mercantil*, t. I, vol. 1, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 655.

¹³³⁶ LSC, arts. 240, 275, 274 y 59. Cfr. SALVATIERRA, L., “Nulidad...”, cit., p. 322.

¹³³⁷ Véase CNCom, Sala D, 16/4/78, “Borgonovo Febre c. La Rinconada”.

Cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores –o miembros del consejo de vigilancia–, los accionistas que votaron favorablemente deben designar por mayoría un representante ad hoc, en asamblea especial convocada al efecto conforme al artículo 250 LSC. Si no alcanzare esa mayoría, el representante será designado de entre ellos por el Juez¹³³⁸. La solución luce insuficiente si se repara en que la misma no prevé la suspensión del plazo para contestar demanda, el que debiera computarse desde que el representante ad hoc hubiere aceptado su designación¹³³⁹.

ix.-) Gerentes: si bien el artículo 251 LSC no los incluye entre los sujetos legitimados para impugnar acuerdos asamblearios, parte de la doctrina sí lo hace. A tal efecto se parte de que, en la medida en que el artículo 270 LSC otorga a los gerentes –por delegación del directorio– funciones ejecutivas de administración y los hace responsables en idénticos términos que a los directores, cuentan los gerentes con los mismos derechos, cargas y obligaciones que aquellos, lo que implica tanto el ejercicio de la oposición como el de la impugnación en salvaguarda de su responsabilidad¹³⁴⁰.

x.-) Síndicos. Consejo de vigilancia: también se encuentra legitimada la sindicatura, que no podrá excusarse de iniciar acción de nulidad contra la decisión asamblearia que violare la ley, el estatuto o el reglamento, en razón de los específicos –e

¹³³⁸ Arg. art. 253, 2º párr. LSC.

¹³³⁹ Cfr. SUAREZ ANZORENA, CARLOS, “Impugnación Judicial de actos y decisiones asamblearias”, ponencia para las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1981; NISSEN, R., *Impugnación judicial* ..., p. 128.

¹³⁴⁰ LSC, arts. 254 y 251. Cfr. NISSEN, R., *Ley de sociedades...*, cit., t. 4, p. 355.

inexcusables¹³⁴¹— deberes que le corresponden¹³⁴². En igual sentido se entiende debe incluirse al consejo de vigilancia, no obstante no aludir al mismo el artículo 251 LSC. Ello en razón de la similitud de la naturaleza de las funciones de este órgano y las de la sindicatura¹³⁴³, por encontrarse expresamente mencionado en el artículo 253 LSC el ejercicio de la acción por la mayoría de los miembros del consejo¹³⁴⁴.

xi.-) Autoridad de contralor: la asamblea además puede ser impugnada por la autoridad de contralor, si bien tratándose de sociedades no incluidas en el art. 299 LSC las potestades de la Inspección General de Justicia se restringen, pudiendo intervenir sólo a pedido de accionistas que representen el diez por ciento del capital o bien, sin solicitud de parte, cuando considere que existen razones de resguardo del interés público, por resolución fundada¹³⁴⁵.

xii.-) Terceros: conforme se refiriera más arriba, los terceros sólo gozarán de legitimación para atacar las resoluciones de la asamblea cuando ésta involucre una nulidad absoluta. En tales

¹³⁴¹ A diferencia de lo que sucede con el directorio, existe respecto del síndico un deber in vigilando, un verdadero control de legalidad que desde ningún punto de vista debe ser excusado. Cfr. LÓPEZ, TILLI A., *Las asambleas...*, p. 361.

¹³⁴² LSC, art. 294 inc. 4°. Es consecuencia de su deber de fiscalización, lo que ha llevado a decir que su incumplimiento debe ser juzgado con mayor severidad que el de los directores. Cfr. NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, p. 130.

¹³⁴³ LSC, art. 281 inc. g.

¹³⁴⁴ Cfr. FARINA, J., *Tratado...*, cit., t. II-B, p. 306; HALPERÍN, I. y OTAEGUI, J., *Sociedades anónimas...*, cit., p. 770.

¹³⁴⁵ LSC, art. 301, inc. 2. “Aunque en sociedades con un objeto especial el contralor también lo ejercen otros organismos, como la Comisión Nacional de Valores, Superintendencia de Seguros de la Nación, Banco Central de la República Argentina y la Caja Nacional de Ahorro y Préstamo para la Vivienda quienes, debe entenderse, también están autorizados para ejercer la acción judicial de impugnación de nulidad que prescribe el art. 251.” VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, t. 3, p. 925.

casos, y de acuerdo prescribe el art. 1047 del Código Civil, se encuentran facultados todo aquel que cuente con interés para hacerlo, con excepción de quien ejecutó el acto sabiendo –o debiendo saber– del vicio invalidante. A partir de dicha previsión legal pueden identificarse dos posiciones según el grado de amplitud – sujetos comprendidos– que se confiere a la norma.

Para una parte de la doctrina el término todos del art. 1047 del Código Civil alude a quienes tuvieran una relación de carácter crediticio con la sociedad¹³⁴⁶. Una segunda línea de pensamiento se inclina por entender que tal derecho sólo asiste a terceros que, por su particular relación con la sociedad, puedan participar en ocasiones de la misma, tal el caso de debenturistas, tenedores de bonos convertibles, titulares de bonos de goce y participación, etc.¹³⁴⁷.

6.3.9. Procedimiento y Juez competente

Conforme dispone el artículo 15 LSC, las acciones sociales tramitan, salvo disposición en contrario, de acuerdo a los respectivos procedimientos sumarios –ordinario en el ámbito de la Nación a partir de la sanción de la ley 25.488– que prescriben los códigos rituales de cada provincia¹³⁴⁸. Por la aplicación de la ley 24.573,

¹³⁴⁶ “Los terceros afectados particularmente por la resolución asamblearia impugnada, pueden oponerse a ella si tienen alguna vinculación de carácter crediticio con la sociedad (v.gr. arts. 78, 83, 175, 185, 204, 228 a 232, 330 LSC), pues si la asamblea toma decisiones que en alguna forma reducen maliciosa o fraudulentamente las garantías de sus créditos, pueden impugnarlas o paralizar sus efectos”. VERÓN, A., *Sociedades comerciales ...*, t. 3, p. 925.

¹³⁴⁷ Cfr. NISSEN, R., *Impugnación judicial...*, p. 133.

¹³⁴⁸ La LSC española de 2010, en su art. 207, dispone que para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, en el caso de

estos procesos deben previamente someterse a mediación. La demanda debe incoarse ante el Juez del domicilio del ente, resultando dudosa la posibilidad de recusar al magistrado cuando existieran diversas acciones que debieran acumularse¹³⁴⁹.

Al derogar el artículo 385 LSC los artículos 448 y 449 del Código de Comercio, se suplantó el originario juicio árbitros previsto como mecanismo para la solución de conflictos, por –según se dijera– el procedimiento sumario¹³⁵⁰ –luego ordinarizado por ley 25.488–. Es desde entonces complicado determinar si resulta posible, en caso de así haberse previsto estatutariamente, someter las acciones de nulidad de las decisiones asamblearias a arbitraje. Existiendo antecedentes al respecto en el derecho nacional –donde otrora el arbitraje fuera la regla–, y haciéndonos eco de doctrina y jurisprudencia extranjera que transitara idéntico recorrido¹³⁵¹, se

que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

¹³⁴⁹ “Como consecuencia de la acumulación de procesos, debe juzgarse que la facultad de recusar sin causa deviene inadmisibles, salvo cuando se hubiese ejercido en el primero de los juicios promovidos, o cuando exista un solo proceso de impugnación. Cfr. LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas de...*, cit., p. 433, citando en su apoyo un antecedente de la CNCom. Sala D, diciembre 18-986, re “Podgaetzky David c. Frigoríficos Tres Cruces S.A.”. En igual sentido, NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, p. 193.

¹³⁵⁰ Cfr. HALPERÍN, I., *Curso de derecho...*, cit., vol. I, p. 69. La arbitrabilidad no resulta extraña. Esta ya existía –con carácter forzoso– tanto en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 como en el Código de Comercio español de 1829.

¹³⁵¹ Según refiere VICENT CHULÀ, el tratamiento que se ha dado históricamente al tema arbitral en materia de sociedades resulta paradójico. El mismo era obligatorio para los antiguos códigos franceses y españoles (1807 y 1829 respectivamente), no pudiendo los jueces intervenir en tales cuestiones. No obstante, al no recoger el código español de 1885 estas disposiciones –y aún cuando estatutariamente cláusulas de dicho tenor seguían siendo incluidas–, comenzaron a comienzos de la década del 50 a oírse voces en oposición al procedimiento arbitral, generándose así una encontrada jurisprudencia que sólo ha retomado la primera –y

entiende que tal hipótesis resulta viable en razón del imperio del principio de la voluntad.

De encontrarse frente a sociedades anónimas cerradas –o de familia–, las que son la casi totalidad de las existentes en la República Argentina al tiempo del presente estudio, la arbitrabilidad no parece objetable¹³⁵². Por el contrario, la resolución de conflictos por esta vía es ajena a las sociedades de tipo abierto, o que cotizan en las bolsas de valores, por lo que sólo nos referiremos aquí a las del primer tipo. Sin perjuicio de ello cabe reparar en que los efectos de la cosa juzgada del laudo arbitral sólo habrán de alcanzar a quienes participaran –y a los accionistas si así lo previera el estatuto–, no resultando claro que deba oponerse a directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, por lo que, para contar con seguridad de tal acuerdo, deberá además transcurrir el plazo de tres meses previsto en el artículo 251 LSC.

Va de suyo que si el laudo viola el orden público resulta nulo, pudiendo ser atacado incluso una vez vencido el plazo de caducidad aludido. No obstante, y contra lo aquí sugerido, se ha sostenido la imposibilidad para las partes de no ceñirse al procedimiento previsto por la ley, habida cuenta que el mismo se encuentra

buena, según el autor– doctrina a partir de la sentencia del TS del 18 de abril de 1998 en autos SUGEM S.A. y la RDGRN del 19 de febrero de 1998, que admitieran la validez de la cláusula estatutaria de sumisión al arbitraje y la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. Cfr. VICENT CHULIÀ F., *Introducción al derecho...*, cit., p. 302. No obstante, la solución adoptada en España dista de ser pacíficamente receptada en otros ordenamientos. Mientras que en Alemania la cuestión parecería inclinarse en contra del arbitraje –Tribunal Federal, 29 de marzo de 1996–, en Italia, si bien no se excluye tal posibilidad, la misma cuenta con tantas trabas y limitaciones que la tornan inoperante. Cfr. PICO I JUNOY, JOAN y VÁZQUEZ ALBERT, DANIEL, “El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, año VII n° 11, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 183.

¹³⁵² Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. IV, p. 440.

impuesto en interés de la eficiencia del órgano judicial antes que la sola conveniencia de las partes, lo que conlleva la imposibilidad de actor y demandado de renunciar al mismo¹³⁵³. Aún así se sostiene que tal prohibición solo habrá de alcanzar aquellos supuestos de contienda judicial en los que los accionistas no hubieran previamente decidido someter cualquier hipotético conflicto al juicio de árbitros, ab initio (estatutariamente) y como forma de zanjar futuras diferencias.

El artículo 251 LSC prevé –y según se refiriera en contadas ocasiones a lo largo de este trabajo– que la acción debe promoverse dentro de los tres meses¹³⁵⁴ de clausurada la asamblea¹³⁵⁵, esto es, desde el momento en que la resolución fue aprobada, y no desde que se la puso en ejecución¹³⁵⁶. Se trata de un plazo de caducidad¹³⁵⁷ –no

¹³⁵³ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. I, p. 112.

¹³⁵⁴ La ley mexicana prevé un escaso plazo de 15 días (art. 201 Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934 –ref. DOF 13-06-2014-); la LSC española de 2010, 40 días si el acuerdo fuera anulable, y de un año si fuera nulo– ambos plazos son de caducidad– (art. 205). El plazo se computa desde la fecha de adopción del acuerdo, o, si la decisión fuera inscribible, desde la fecha de su publicación; el Código Civil italiano, 90 días (art. 2377; “*L’impugnazione o la domanda di risarcimento del danno sono proposte nel termine di novanta giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall’iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l’ufficio del registro delle imprese, entro novanta giorni dalla data di questo*”); la ley de sociedades uruguaya, 90 días a contar de la fecha de clausura, art. 366; el Código Civil Paraguayo de 1985 seis meses desde la deliberación, o, si esta debe publicarse, dentro de los seis meses de la última publicación, art. 1098.

¹³⁵⁵ Debiéndose computar para el cálculo el día en que la decisión asamblearia fue adoptada. Cfr. NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, cit., p. 140.

¹³⁵⁶ “La ley fija un plazo máximo para deducir la acción, con lo cual, de ser exacta la interpretación contraria sería muy sencillo soslayar las acciones de nulidad, bastando que la sociedad no las pusiera en ejecución durante los seis meses –el autor refiere a la ley 19.550 antes de su modificación por ley 22.903– que siguen a la clausura de la asamblea o la publicación, puesto que posteriormente no podría ya ser impugnada.” VERÓN, A., *Sociedades comerciales ...*, cit., t. 3, p. 929.

de prescripción—, razón por la cual este no se interrumpe ni suspende —aún en razón de feria judicial, interpelación en los términos del artículo 3986 del Código Civil, obtención de la medida

¹³⁵⁷ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., t. II, p. 395; ARECHA, M. y GARCÍA CUERVA, H., *Curso de sociedades comerciales...*, cit., p. 372; VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Sociedades anónimas de familia*, t. 2, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 1087; ROITMAN, HORACIO, “Impugnación de decisiones asamblearias”, R.D.C.O. año 1984, Depalma, Buenos Aires, p. 106; FARGOSI, H., “Caducidad o prescripción...”, cit., p. 227; OTAEGUI, J., *Invalidez de actos societarios*, cit., p. 442; “Caducidad y prescripción de la impugnación de acuerdos asamblearios a la luz de dos fallos”, ED 148-262; MIGLIARDI, FRANCISCO ORESTES, “Carácter del plazo fijado por el artículo 251 de la ley de sociedades”, LL 1979-B, p. 396; MASCHERONI, FERNANDO y MUGUILLO, ROBERTO, *Régimen jurídico del socio*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 248; FARGOSI, HORACIO y GIRALDI, PEDRO, “Nuevamente sobre la nulidad de asambleas de sociedades anónimas”, ED 174, p. 996; WILLIAMS, JORGE, “La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el artículo 251 de la ley 19.550”, LL1983-C, p. 1047; Exposición de motivos Ley 23.903 Capítulo II, Sección V, ap. 17. “Existe un tipo de derechos que solo puede ser atacado por la caducidad, la cual tiene un campo delimitado de actividad. Son aquellos derechos que constituyen mas bien facultades o medios de defensa que se otorgan por voluntad de la ley, por convención, disposición de última voluntad o resolución judicial, y que, por tanto, pueden extinguirse por acción del tiempo: transcurrido el período de existencia perecen y la voluntad de las partes es impotente para hacerlos revivir. Los plazos de caducidad son irrenunciables, corren contra todos, aún incapaces y ausentes, y no están sujetos a las normas de la prescripción referentes a impedimentos “rationes initio”, pues no pueden alargarse por suspensión. Además sólo se interrumpen por el ejercicio del derecho, que debe efectuarse en el plazo acordado y, fundamentalmente, por deducción de demanda. La caducidad puede ser pronunciada de oficio cuando se encuentran interesadas la moral y la ley, y los jueces no pueden tener en consideración circunstancias de hecho que hubieran impedido obrar, pues deben tener en cuenta el hecho objetivo del vencimiento del término. Pueden también peticionarla los ministerios públicos, en defecto de parte”. Cfr. CNCiv. Sala A, re “B.A.O. c. B.E.I. y otros”, LL, t.99 p. 694. En doctrina extranjera, PÉREZ FONTANA, S., *Sociedades Anónimas*, cit., t. 1, p. 178, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, cit., p. 297.

dispuesta en el artículo 252 LSC¹³⁵⁸, o inicio del trámite de mediación previsto en la ley 24.573¹³⁵⁹—.

El plazo de tres meses, relativamente breve, obedece a la necesidad de conciliar la estabilidad de las relaciones o situaciones vinculadas con la estructura o vida societaria y los derechos de los socios¹³⁶⁰. Objetivamente es necesaria la certidumbre de la perdurabilidad de la fuerza vinculante de la decisión asamblearia y sus consecuencias jurídicas¹³⁶¹.

Según ya se dijera, cabe distinguir el orden público del interés público, el que si bien hace a la conveniencia de un país en un momento determinado, no se identifica con aquel. La sociedad anónima es, en sí misma, un instituto de interés público, por lo que en dicho campo —el interés público— corresponde situar la estabilidad de los acuerdos asamblearios. Como el plazo del artículo 251 LSC protege al interés público, prevalece sobre los intereses privados de la sociedad y eventuales impugnantes, por lo que es de

¹³⁵⁸ En contra, NISSEN, R., *Impugnación Judicial de...*, cit., p. 169.

¹³⁵⁹ No obstante, y aún cuando se trata de un supuesto de caducidad, la CNCCom. Sala C —re “Escasany María Isabel c. Caldelas .A. s. sumario”— resolvió que “debido a la imposibilidad de promoverse derechamente la demanda (arts. 2° y 14° 2° párrafo, ley 24.573), cuadra otorgar a la iniciación del trámite de mediación previa —por vía analógica (art. 29 ley citada)— efectos suspensivos sobre el plazo de caducidad previsto en el art. 251 de la ley 19.550, cesando tal suspensión una vez agotada la referida etapa prejudicial”, revocando así el decisorio de primera instancia que consignaba que el proceso de mediación no suspendía el plazo del art. 251 LSC —precisamente por ser de caducidad—, por lo que el accionante debió interponer demanda judicial al mismo tiempo que transitaba el proceso obligatorio de mediación.

¹³⁶⁰ Se trata de un caso de caducidad en razón de los intereses y derechos tutelados y en pos de la estabilidad jurídica. Cfr. FARGOSI, HORACIO, “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones”, LL 1975-A, p. 1065.

¹³⁶¹ Cfr. FARGOSI, H., “Caducidad o prescripción...”, cit., p. 1062.

caducidad¹³⁶², según confirmara la Cámara Comercial Nacional de manera plenaria en autos GIALOMBARDO, y pese a la posterior disposición de la ley de mediación –a la que nos refiriéramos anteriormente–. Una vez operada la caducidad, los accionistas que no hayan deducido acción en los términos del artículo 251 LSC sólo podrán intervenir como terceros coadyuvantes en el proceso oportunamente incoado por otros legitimados¹³⁶³. Que el plazo sea de caducidad, como hemos sostenido, en nada empece que su aplicación corresponde a casos de nulidades relativas¹³⁶⁴, toda vez que las absolutas escapan al ámbito de aplicación del artículo 251 LSC.

¹³⁶² Cfr. OTAEGUI, JULIO CÉSAR, “Caducidad y prescripción de la impugnación de acuerdos assemblearios a la luz de dos fallos”, ED 148-262. “Empero, si bien la caducidad como instituto destinado a salvaguardar el interés público prima sobre el interés privado, no puede contrariar el orden público. El interés público fincante en la estabilidad de los acuerdos assemblearios está supeditado a que dichos acuerdos respeten el orden público. Por ello es que interpreto que el plazo de caducidad del art. 251 de la LS solo es aplicable a resoluciones assemblearias nulas por lesionar un interés privado o sea de nulidad relativa (art. 1048 Cód. Civil) pero no a las resoluciones assemblearias nulas por afectar el orden público (art. 1047 Código Civil)”.

¹³⁶³ CPCCN, art. 91 párr. 1°.

Cfr. GUERRERO, HELIOS y GEBHARDT, MARCELO, “Caducidad de la acción para impugnar decisiones assemblearias”, en II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979, p. 219.

¹³⁶⁴ Cfr. OTAEGUI, J., “Caducidad y prescripción...”, cit., ED 148-262, donde el autor mantiene la posición que antes sostuviera, *Invalidez de actos societarios* – Abaco, Buenos Aires, 1978, p. 392– aunque con el agregado de que “la prescripción salvaguarda directamente un interés privado y con ello indirectamente el orden público mientras que la caducidad resguarda directamente un interés público”.

6.3.10. Suspensión de la ejecución de la resolución impugnada

La sola impugnación de nulidad que se intente no suspende la ejecución de la resolución impugnada. No obstante, conjuntamente con aquella la parte puede peticionar y obtener, con carácter excepcional¹³⁶⁵, si existieran motivos graves¹³⁶⁶ y no mediare perjuicio para terceros¹³⁶⁷, la suspensión de dicha resolución – manteniendo el status quo anterior–, lo que no obsta que también pueda requerir otras medidas precautorias, como la anotación de la litis o la prohibición de la inscripción de la resolución. Conjuntamente con la presentación que en tal sentido se efectúe, deberá otorgarse garantía para responder por los daños que la medida pudiere ocasionar a la sociedad¹³⁶⁸. Resulta razonable que la

¹³⁶⁵ Cfr. GARCÍA LUENGO, RAMÓN BERNABÉ, “Consideraciones sobre las medidas cautelares en los procedimientos de impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de Accionistas”, en *Estudios de derecho mercantil, homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, p. 383, quien sostiene que “no puede postularse, como generalidad, la suspensión de la ejecución del acuerdo. Sólo deberá decretarse cuando aparezcan motivos racionales que susciten un temor urgente y fundado de generar un daño jurídico durante el proceso de impugnación, en la hipótesis de mantenerse los mismos.”

¹³⁶⁶ Deben entenderse como graves aquellos actos que, de ejecutarse, resulten notoriamente nocivos o peligrosos para la gestión social, o bien cuando existieran dudas sobre su efectividad y, de permitirse su ejecución, fuera imposible su retorno a la situación anterior, cfr. MASCHERONI, F. y MUGUILLO, R., *Régimen jurídico del socio*, cit., p. 255; FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 401.

¹³⁶⁷ Señala la doctrina que la norma resulta de difícil interpretación y aplicación, por la dificultad del Juez para determinar con carácter previo si la suspensión perjudicará –o no– a terceros. Cfr. SASOT BETES, M. y SASOT, M., *Las asambleas...*, cit., p. 650 y 651; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 939.

¹³⁶⁸ LSC, art. 252. Siendo que la medida se otorga inaudita parte, luce necesaria la fijación de contracautela para el caso de que el derecho invocado no fuera tal. Sin perjuicio de ello, la determinación de la contracautela requiere de la prudencia y discreción del juzgador (cfr. CNCom. Sala C, octubre 25-978, re “Gonzalez Carrera

parte dispositiva de la sentencia que determine tanto la suspensión de la ejecución como y posteriormente la sentencia que resuelva la impugnación, sean anotadas en los registros de la sociedad¹³⁶⁹.

La suspensión de la resolución es una medida incidente, por tanto accesoria de la acción principal de impugnación de aquella resolución¹³⁷⁰, por lo que participa del carácter de medida cautelar, “pero no puede equipararse a la que es propia de otras medidas cautelares de tipo procesal, como el embargo preventivo y la inhibición, ya que éstas son de pura precaución y no tienden a afectar la ejecutoriedad de un acto”¹³⁷¹, lo que sí sucede con la medida suspensiva de la resolución asamblearia, y que procura neutralizar el perjuicio que, con la demora del proceso de impugnación, la ejecución de la resolución podría ocasionar al actor¹³⁷².

Luciano c. Cafés Chocolates Águila y productos Saint. S.A.”, LL 1981-A, p. 575), a fin de evitar que la medida sólo pueda ser utilizada por socios adinerados. Siendo que cuando la acción es incoada por el directorio –o un director individualmente–, este lo hace no como órgano social sino a nombre propio y como modo de evitar las responsabilidades que su reticencia pudiera ocasionarle, no corresponde requerírsele contracautela, ya que su accionar es consecuencia de la obligación de impugnar que la propia ley le impone. Cfr. NISSEN, R., *Impugnación judicial...*, cit., pp. 127 y 181.

¹³⁶⁹ Cfr. FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 401.

¹³⁷⁰ Requiere para su procedencia el inicio de la pertinente acción de impugnación de nulidad de la resolución asamblearia. Cfr. CNCom. Sala C, junio 19-2002, re “Klein Enrique c. Aswell S.A. y otros”, LL 2002-E.

¹³⁷¹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 932 y ver ED 95-769.

¹³⁷² Cfr. PISANI MASSAMORMILE, ANDREA, “La sospensione della delibera di assemblea di S.P.A. ed. il nuovo procedimento cautelare”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, año XCV –primera parte–, Roma, 1997, p. 871.

Su carácter es excepcional y restrictivo, habida cuenta su gravedad¹³⁷³, ya que debe primar el principio de la presunción de validez del acuerdo en aras a la estabilidad y correcto funcionamiento de la sociedad¹³⁷⁴, y se sustancia y dispone sin audiencia de la demandada¹³⁷⁵. La suspensión cautelar no resulta aplicable cuando lo que se pretenda sea amparar intereses particulares de los socios, por tanto no inherentes al interés social¹³⁷⁶. Entre los escasos antecedentes jurisprudenciales existentes, cabe citarse la suspensión decretada –a pedido del acreedor prendario del paquete accionario de la sociedad demandada– respecto de la resolución asamblearia que disponía un aumento del capital, en tanto:

- i.-) afectaba la garantía real otorgada –verosimilitud del derecho-;
- ii.-) se tenía en cuenta el riesgo que pudiera importar en el manejo societario el retraso o duración temporal del proceso y la consiguiente necesidad de adoptar una solución

¹³⁷³ Se trata de una medida grave que importa la anulación momentánea de la resolución adoptada por la mayoría de los accionistas, que es, por lo general y normalmente, la voluntad de la sociedad. Cfr. LÓPEZ TILLI, A., *Las asambleas...*, cit., p. 412.

¹³⁷⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los...”. En contra del carácter restrictivo con que debe administrarse tal solución judicial, véase NISSEN, RICARDO, “Necesarias y urgentes modificaciones al instituto de la intervención judicial en las sociedades mercantiles”, en *El directorio en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 350 y ss.; “El conflicto societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de solución “ LL 2001-D p. 1129.

¹³⁷⁵ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 934; BENDERSKY, MARIO, “Impugnación judicial”, R.D.C.O 1977 p. 47; NISSEN, R., *Impugnación judicial...*, cit., p. 165; en sentido contrario, el art. 2378 párr. 4º del Código Civil italiano dispone que debe previamente oírse a directores y síndicos.

¹³⁷⁶ Cfr. CNCom. Sala A, mayo 31-2000, re “Isola Alejandro Alberto c. Productora Americana S.A. s. medidas precautorias”, ED 16/5/01, n° 10.255.

que permita disminuir la probabilidad de que se generen mayores daños –peligro en la demora-¹³⁷⁷.

Por su parte, la anotación de la litis en el Registro Público de Comercio pudiera resultar procedente –a pedido de parte o aún de oficio– cuando el acuerdo impugnado deba ser inscripto¹³⁷⁸, a efectos de “contribuir con la transparencia del registro”, privando de buena fe al tercero que se relacione con la sociedad, de manera que el acto pueda caer como consecuencia de la posterior anulación¹³⁷⁹. Ello por cuanto el fin primero –al menos originario– del Registro es el de brindar publicidad de los actos que deben inscribirse, a fin de que tales actos sean oponibles a terceros¹³⁸⁰. Así, mediante la anotación se elude el peligro de la operatividad de los principios de legitimación registral y buena fe respecto de terceros, evitándose la posibilidad de que se creen situaciones irreversibles por el juego de la fe pública registral durante el trámite del proceso¹³⁸¹.

¹³⁷⁷ Cfr. CNCom. Sala C, junio 19-2002, re “Klein Enrique c. Aswell S.A. y otros”, LL 2002-E.

¹³⁷⁸ Cfr. FAVIER DUBOIS, EDUARDO (H), *Derecho societario registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 334; por su parte, la LSC española de 2010 prevé en su art. 390 la posibilidad del demandante de solicitar, para el caso de liquidación de la sociedad, la anotación preventiva de la demanda de impugnación de la aprobación hecha por la junta general del balance final, en el Registro Mercantil. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de derecho mercantil*, t. I, 18ª edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, p. 401; URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y MUÑOZ PLANAS, JOSÉ, “La junta general de accionistas” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. V, Civitas, Madrid, 1992, p. 368. En similar sentido, art. 2378 Código Civil italiano, parte final.

¹³⁷⁹ Cfr. PISANI MASSAMORMILE, A., “La sospensione della delibera...”, cit., p. 890.

¹³⁸⁰ El resultado general del régimen de publicidad legal es que los actos no inscriptos no pueden hacerse valer frente a terceros cuando los perjudique, excepto que el tercero conozca el acto cuando la inscripción no sea integrativa. Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho comercial*, cit., vol. 1, p. 146.

¹³⁸¹ Cfr. GARCÍA LUENGO, R., “Consideraciones sobre las medidas cautelares...”, cit., p. 382. Por otra parte, el actor resultaría desprotegido frente al tercero, puesto

En cuanto a la oposición a la inscripción, la cuestión es de difícil solución. El artículo 39 del Código de Comercio obliga a todo comerciante a presentar al Registro el documento que deba inscribirse, dentro de los quince días de la fecha de su otorgamiento¹³⁸². El directorio no escapa a esta regla, por lo que debe, en dicho plazo, requerir –e instar– la inscripción. Transcurridos quince días, las resoluciones sólo podrán registrarse de no mediar oposición de parte interesada¹³⁸³, no teniendo efecto sino desde la fecha de registración.

Ahora bien, siendo que en el ámbito de la Capital Federal el Registro se encuentra en manos de un organismo administrativo “que tiene excluida expresamente de su competencia el conocimiento y decisión de oposiciones del artículo 39 (artículo 5º, ley 22.315), se ha entendido que el propio planteo debe ser en sede judicial, criterio

que sería muy difícil acreditar su mala fe. “Se trata de preservar el proceso del juego del Registro, eliminando los obstáculos de la fe registral a la eventual ejecución de las sentencias. Sin embargo, no se puede ignorar que extiende el alcance de la eficacia subjetiva de la resolución con el fin de facilitar su ejecución. Presta el auxilio necesario para que el proceso cumpla adecuadamente su cometido, implicando a todos los directamente perjudicados. De allí su doble perspectiva: la procesal y la registral; y ambos aspectos se encuentran entrecruzados.”

¹³⁸² El art. 39 del Cód. Com. Tiene plena vigencia en materia de sociedades en razón de la remisión a sus términos y condiciones que efectúa el art. 5 LSC. Cfr. FAVIER DUBOIS, E., *Derecho societario registral*, cit., p. 334; HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho comercial*, cit., vol. 1, p. 152, quienes agregan que estas disposiciones (art. 5 LS y 36/39 Cód. Com.) deben coordinarse con el art. 7 LSC cuando se trate de la inscripción del propio ente.

¹³⁸³ Siendo parte interesada tanto los otorgantes del acto como cualquier tercero que pudiera ver afectado un interés legítimo. En contra, véase un antiguo fallo CNCom. Sala B, LL 76, 492, citado por GÓMEZ LEO, OSVALDO y GÓMEZ BUQUERÍN, GASTÓN, *Código de comercio*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 100, en el que se decidiera que la inscripción tardía procede únicamente cuando no media oposición de alguno de los socios, por lo que el otorgante del acto –modificación del contrato– no se puede oponer legítimamente a la inscripción tardía.

que no compartimos, ya que debe distinguirse la oposición registral, a presentar en el propio trámite inscriptorio para tener virtualidad inmediata y prevista por el artículo 39 del Código, de su conocimiento y decisión definitiva, derivados a sede jurisdiccional¹³⁸⁴.” Ello no obsta a que, producida la oposición, el trámite se paralice “hasta tanto el solicitante obtenga levantamiento judicial de la oposición, por vía incidental y en forma analógica con lo previsto por otra normativa registral: el artículo 14 de la ley 22.326 sobre Registros y Marcas¹³⁸⁵.”

Más allá de las medidas cautelares referidas anteriormente, una vez planteada la acción de nulidad, esta quedará suspendida hasta el transcurso de dicho plazo, permitiéndose así su acumulación con la pluralidad de acciones que pudieran sucederla¹³⁸⁶, y evitándose el dictado de sentencias eventualmente contradictorias¹³⁸⁷. A tales fines el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás, evitándose el eventual dictado de sentencias contradictorias.

6.3.11. Suspensión de la realización de la asamblea

Distinto es el caso cuando lo que se pretende es la suspensión no ya de los efectos de la decisión asamblearia, sino de la celebración misma de la asamblea. Tal petición resulta inadmisibles:

¹³⁸⁴ FAVIER DUBOIS, E., *Derecho societario registral*, cit., p. 101.

¹³⁸⁵ FAVIER DUBOIS, E., *Derecho societario registral*, cit., p. 102.

¹³⁸⁶ Litis consorcio activo voluntario y no necesario para LÓPEZ TILLI, A, *Las asambleas...*, cit., p. 432; y necesario para RICHARD, ESCUTI y ROMERO, *Manual de derecho societario*, cit., p. 287.

¹³⁸⁷ Ello con más la posibilidad de que, interín, una asamblea posterior revoque la resolución impugnada. Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., t. II, p. 396.

i.-) en razón de la inexistencia de norma societaria que prevea tal hipótesis, ii.-) por que tal extremo importaría una intromisión susceptible de frustrar el funcionamiento regular de la sociedad¹³⁸⁸, iii.-) por contrariar el principio de irrevocabilidad de la convocatoria¹³⁸⁹, iv.-) por la inexistencia, al tiempo de su solicitud, de daño invocable, excepción hecha de que los puntos del orden del día fueran manifiestamente contrarios a la ley y de su sola aprobación se derivara un daño concreto al peticionante.

6.3.12. Sentencia

Se circunscribe a lograr la nulidad del acto, lo que en principio hará infrecuente que se ventilen conjuntamente cuestiones indemnizatorias. Decretada la nulidad de alguna decisión asamblearia con motivo de un vicio de naturaleza sustancial –no circunscripto a normas de funcionamiento–, la sociedad se verá obligada a convocar nuevamente a asamblea para adoptar una nueva decisión sobre el tema –aún en similar sentido– ajustada a parámetros legales¹³⁹⁰, mientras que si la nulidad responde a vicios

¹³⁸⁸ “Resulta contraria a derecho la medida de no innovar consistente en prohibir la realización de asambleas o reuniones de directorio, toda vez que ambos son órganos necesarios de la sociedad. Privar al ente de ellos importa desnaturalizarlo e impedir su existencia, por lo que, si lo querido es preservar el estado de cosas anterior a la contienda judicial, podrá acaso prohibirse que dichos órganos ordenen actos que alteren el estado de cosas, pero nunca evitar que deliberen y formen voluntad social. Caso contrario, se anula al ente al privarlo de expresión.” Cfr. CNCom. Sala D, junio 28-976, re “Malacari Bruno c. Rodríguez Amadeo”.

¹³⁸⁹ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. III, p. 425.

¹³⁹⁰ Tal el caso de la decisión asamblearia que aprobara balances confeccionados en contra de las disposiciones del Código de Comercio y la LSC. Siendo que la sociedad no puede prescindir de tales deberes, resulta necesario convocar una

de forma en la celebración de la asamblea se deja fatalmente sin efecto la totalidad de las decisiones allí alcanzadas¹³⁹¹.

La sentencia favorable tendrá pleno efecto respecto de la sociedad y sus accionistas¹³⁹², no así respecto de terceros de buena fe¹³⁹³. En cambio, si la misma es rechazada, no produce cosa juzgada respecto de los demás titulares que no hubiesen ocurrido a la causa¹³⁹⁴. No obstante, y habida cuenta de la protección que en general observa la LSC de los intereses de terceros, a fin de conservar –defendiendo estos– la seguridad en el tráfico mercantil, y a diferencia de la nulidad del Código Civil, la nulidad societaria no

nueva asamblea en la que los accionistas deberán votar de conformidad a las normas legales violadas. Cfr. NISSEN, RICARDO “Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos”, LL 1987 –D, p. 1172.

¹³⁹¹ CN Com, Sala B, mayo 19 –1995, re “Noel, Carlos M. M. c. Noel y Cía. S.A.”, LL 1996 –D, p. 636.

¹³⁹² Idem ley mexicana (art. 203 Ley General de Sociedades Mercantiles del 4 de agosto de 1934 –ref. DOF 13-06-2014-), donde la sentencia alcanza a todos los socios, ejerzan o no la acción– cfr. de PINA VARA, RAFAEL, *Elementos de derecho mercantil mexicano*, 26ª edición, Porrúa, México, 1998, p. 124.

¹³⁹³ “En cuanto a terceros de buena fe, la nulidad le es inoponible en cuanto se ha creado a su respecto una apariencia eficaz, dado que no deben librarse investigaciones sobre el funcionamiento sin vicios de los órganos sociales y la seguridad jurídica exige que pueda confiar en la apariencia jurídica creada. Es el mismo principio establecido en materia de vicios en la constitución y funcionamiento del directorio y de la actuación del presidente. La solución es justificada porque las consecuencias son soportadas por quien o quienes han promovido el negocio”. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3, p. 943.

¹³⁹⁴ En igual sentido véase NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, cit., p. 201, quien señala que, no obstante correcta, la hipótesis luce improbable, dado que cualquiera puede pedir la acumulación.

importa –en principio– la retroacción de sus efectos. Puede decirse que la misma rige *ex tunc*¹³⁹⁵.

6.3.13. Revocación del acuerdo impugnado

Conforme prescribe el artículo 254, 2º párr., una asamblea posterior puede revocar contrario imperio la resolución atacada de nulidad. En tales casos, la nueva resolución tendrá efecto desde su votación¹³⁹⁶, y ya no será procedente la iniciación o continuación de los procesos de impugnación. Sin perjuicio de ello, subsistirá en todos los casos la responsabilidad por los efectos producidos o sus consecuencias directas.

6.4. IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DEL DIRECTORIO

6.4.1. Aspectos generales

En razón de no existir norma expresa en la LSC que prevea la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas por el directorio¹³⁹⁷, juristas y doctrinarios han discutido su viabilidad¹³⁹⁸,

¹³⁹⁵ Cfr. NISSEN, R., *Impugnación judicial ...*, cit., p. 66, quien señala que tal criterio se ve plasmado en el art. 252 LSC, cuando al referirse a los requisitos de procedencia para el dictado favorable de la ejecución de acuerdos sociales atacados de nulidad, prescribe como recaudo la inexistencia de perjuicios para terceros.

¹³⁹⁶ Y aunque la adoptaran accionistas diversos a los que tomaron participación en la primera asamblea.

¹³⁹⁷ Pese a que el antiguo régimen del Código de Comercio (art. 353) aludía en términos generales a las “deliberaciones tomadas en oposición a las disposiciones de la ley y los estatutos”, se entendía que la norma resultaba de aplicación exclusiva a la asamblea, y no así al directorio. No obstante, calificada doctrina de la época entendió que, a partir de las previsiones del art. 18 del Código Civil, la resolución del directorio –igual que todo acto contrario a la ley– también era

sin lograrse mayormente consenso en cuanto a su procedencia. Los argumentos que suelen utilizarse para justificar la impugnación pueden resumirse en que¹³⁹⁹:

i.-) no encontrándose regulado en la LSC el régimen de nulidades –tampoco existe regulación en tal sentido del Código de Comercio–, y por remisión hecha en los artículos 384 LSC, y 207 y I del Título Preliminar del Código de Comercio, las resoluciones del directorio, en tanto actos jurídicos deben cumplimentar las normas del Código Civil, para no ser –poder ser– declarados nulos¹⁴⁰⁰; ii.-) por aplicación analógica

atacable. Cfr. SEGOVIA, LISANDRO, *Exposición y crítica del código de comercio*, La Facultad, Buenos Aires, 1933, p. 283; SIBURU, J., *Comentario del código...*, cit., t. V, p. 170.

¹³⁹⁸ Autores como NISSEN, R. y VÍTOLO, D. creen que tal omisión del legislador se debe a su convencimiento –tal parecía ser el ánimo de aquel en 1972– de que las decisiones del directorio resultan inatacables, por lo que los sistemas de invalidez, que conspiran con la dinámica mercantil, debían reemplazarse por regímenes de responsabilidad que establecieran la presunción de legitimidad de los actos de los administradores. Véase posición de los autores citados en “La impugnación de las decisiones del directorio”, LL 1990– B, 966.

¹³⁹⁹ Se sigue aquí mayormente la reseña efectuada por GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO, en “Las decisiones del directorio. Su impugnación y legitimación”, LL 1996-D, p. 636 y ss. A favor de la existencia de la acción puede verse: HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., p. 530; VANASCO, CARLOS “La acción de impugnación de los actos del directorio”, en *El directorio de las sociedades anónimas, homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad –Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 259, quien acepta tal posibilidad en caso de que la decisión vulnerara la ley societaria, la normativa común o el estatuto en razón de lo dispuesto no solo en la LSC sino también en los arts. 18, 1037, 1044, 1045, 1047 y 1048 del Código Civil.

¹⁴⁰⁰ Código Civil, arts. 18 y 1037. Cfr. OTAEGUI, JULIO CÉSAR, “Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales”, ED-168, p. 471, donde refiere a la necesidad de ciertas características para que el acto jurídico sea tal y produzca sus efectos: un sujeto capaz (art. 33), sin vicios en su consentimiento (arts. 925, 931, 936 y 954), un objeto lícito (art. 953), forma regular (art. 973), causa recta –de aceptarse este elemento– (arts. 500, 501, 502 y

extensiva del art. 251 LSC –impugnación de las decisiones de la asamblea– en cuanto la resolución directorial resulte violatoria de la ley, del estatuto o del reglamento; iii.-) por aplicación del artículo 271 LSC, en cuanto prevé la posibilidad de la asamblea declarar nulos los contratos celebrados –y aprobados– por los administradores con el ente, en violación a las pautas referidas en los dos primeros párrafos de dicho artículo. Esta nulidad pondría de manifiesto la nulidad del acto de directorio que decidió la contratación; iv.-) en las facultades de la autoridad de contralor previstas en el artículo 303 inc. 1º LSC y que la autorizan a solicitar la “suspensión de las resoluciones” de, entre otros, su directorio, de ser ellas contrarias a la ley, al estatuto o al reglamento, pudiendo incluso llegarse a intervenir la administración¹⁴⁰¹; v.) que si bien toda nulidad obedece a una norma que la consagra¹⁴⁰², ello no debe hacerse necesariamente de forma expresa y

1071) –siempre del Código Civil–. En sentido análogo, véase al mismo autor en *Invalidez de actos societarios*, cit., p. 203

¹⁴⁰¹ LSC, art. 303 inc. 2º. Respecto de las razones apuntadas en los apartados iii.-) y iv.-), refiere HALPERÍN que “las deliberaciones y decisiones del directorio son impugnables, sea por vicios del funcionamiento, sea por su contenido, ya que aquel debe ajustarse a determinadas normas de funcionamiento y a sus atribuciones, limitadas por la ley y el estatuto (arts. 255, 260, 266, 267 y concs.), y aquellas, inspirarse en el interés social (doctrina de los arts. 59, 272 y 274). La LSC no reconoce expresamente la impugnabilidad de los actos del directorio, pero está prevista en el art. 271, y el art. 303 la incluye en los incs. 1 y 2; además, resulta del régimen de los actos jurídicos en general (arts. 18, 1037 y ss., C. Civil)”. Cita como vicios de funcionamiento a la omisión en el llamado a alguno de los directores cuando ello fuera exigible, o cuando el directorio se reúne el directorio con precipitación o sin cumplirse con el orden del día, o cuando no se redactara acta, y como causas de anulabilidad el fraude, exceso de poder y abuso de derecho. Cfr. HALPERÍN, I., *Sociedades anónimas*, cit., pp. 530 y ss.

¹⁴⁰² Código Civil, art. 1037.

sacramental. Basta que el acto sea contrario a derecho¹⁴⁰³; vi.-) carecería de sentido la existencia de una acción de responsabilidad contra los directores si no se admitiera también la posibilidad de impugnar la resolución que generó la responsabilidad, siendo ambas vías complementarias a fin de desactivar el acto nulo y resarcir el daño causado¹⁴⁰⁴; vii.-) llevada al extremo la tesis que deniega la posibilidad de impugnar los actos del directorio, se caerá en la contradicción de otorgar mayores –más sólidos– poderes irrevisables al directorio que a la asamblea, a la razón, dueña del capital administrado por aquel.

La legitimación procesal para efectuar el planteo nulidicente, suele mayormente reconocerse a la sociedad –previa resolución asamblearia–, a los directores que se hubieran opuesto o hubieran estado ausentes, al síndico, a los consejeros y a los propios accionistas. Incluso también se ha pronunciado la doctrina en favor de la autoridad de contralor¹⁴⁰⁵.

Existe también una corriente doctrinaria, especie de aquellas antes reseñadas, que aceptan la posibilidad de declarar la nulidad de la resolución directorial, aunque circunscribiendo la legitimidad de la petición –y consecuente resolución– únicamente al juez, actuando de oficio, y cuando aquella fuera absoluta. Lo contrario

¹⁴⁰³ Cfr. NISSEN, R. “Las minorías y su derecho de impugnar...”, LL 1987 –D, p. 1172.

¹⁴⁰⁴ CN Com.; Sala B, mayo 19– 1995, re “Noel Carlos Martín Marcelo c Noel y Cía. S.A.”, LL 1996 –D, p. 636; ED 168-471.

¹⁴⁰⁵ Cfr. BENDERSKY, MARIO, “Invalidez de los actos del directorio de sociedades anónimas”, en *Conflictos societarios*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 196.

importaría una inaceptable interferencia por los accionistas en la marcha de la gestión empresarial¹⁴⁰⁶.

Por su parte, quienes sostienen que las decisiones de administración no son atacables, consideran que¹⁴⁰⁷:

i.-) atento el silencio guardado por la LSC en punto a una eventual impugnación de la resolución del directorio, no cabe por vía analógica intentar la misma recurriendo a supuestos como los contemplados en el artículo 251 LSC; ii.-) las propias nulidades assemblearias contempladas en el artículo 251 LSC deben ser concedidas con carácter restrictivo, lo que excluye aplicaciones extensivas; iii.-) frente a la extralimitación directorial sólo corresponde acudir al sistema de responsabilidades previsto por la ley de sociedades¹⁴⁰⁸, solicitando el resarcimiento de los daños causados¹⁴⁰⁹; iv.-) la distribución de competencias entre órganos diferenciados tiende a mantener a salvo de impugnaciones aquellas

¹⁴⁰⁶ Cfr. BUTTY, ENRIQUE y CARAVAJAL, JUAN CARLOS, "Aspectos generales de la nulidad e impugnación de las decisiones del directorio", en II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata 1979, Ed. Cámara de Sociedades Anónimas, Buenos Aires, 1979, p. 67,

¹⁴⁰⁷ También aquí se sigue, en cuanto al orden, la síntesis efectuada por GREGORINI CLUSELLAS, E., en "Las decisiones del...", cit., p. 639.

¹⁴⁰⁸ LSC, arts. 271 a 279. Cfr. VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, "Nulidades societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abuso de mayorías y minorías", LL 1987-B, p. 335.

¹⁴⁰⁹ En contra, véase OTAEGUI, JULIO CÉSAR, "Sobre la legitimación de los accionistas...", cit., ED-168, p. 478, para quien no tiene sentido admitir el resarcimiento del daño manteniendo la validez de la resolución dañosa, lo que resulta congruente con las previsiones del art. 1083 del Código Civil, cuya pauta general es que el resarcimiento del daño consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior, lo que es similar al efecto de declaración de nulidad, petición esta que –según apunta OTAEGUI– no se excluye por el hecho de ejercer las acciones resarcitorias de los arts. 275 y 279 LSC.

decisiones de rango empresario –tal las que caben al directorio–, y cuyos cuestionamientos deberán de canalizarse recurriendo a otros órganos (v. gr. de gobierno y/o de fiscalización) por no otorgar la ley vía directa de impugnación¹⁴¹⁰; e) que las cuestiones debatidas en el seno del directorio suelen corresponder decisiones de mérito y conveniencia, materia ajena a la asamblea y al accionista individualmente considerado.

6.4.2. Causales

De admitirse la impugnabilidad de las decisiones del directorio –criterio al que se adhiere en atención a las razones antes apuntadas–, cabrá recurrir por analogía a la vía prevista en el artículo 251 LSC para las decisiones asamblearias. En cuanto a las causales que pudieran invocarse, estas habrán de coincidir mayormente con las señaladas respecto de la convocatoria¹⁴¹¹, constitución, competencia, deliberación y celebración, quórum y mayorías, votación, formalidades referidas al acta, etc.

¹⁴¹⁰ Esta es la posición sostenida por BUTTY, ENRIQUE, en minoría, en autos “Noel Carlos Martín Marcelo c. Noel y Cía. S.A.”, CNCom. Sala B, mayo 19-1995, LL 1996 –D, p. 646, con apoyo en ponencia del citado magistrado y CARVAJAL, JUAN CARLOS, del II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata 1979, CN Com, Sala C, re “Saiz María Luisa c. Camper CIFSA”, LL 1979 –D, 35.

¹⁴¹¹ Cuando resulta probado que la práctica habitual y admitida para convocar es la comunicación oral, acreditado que ésta se cursó de manera efectiva, no cabría formular impugnaciones en torno a la vía utilizada. Así tuvieron oportunidad de resolverlo los tribunales españoles –la convocatoria se hizo telefónicamente y pese a que los estatutos sociales preveían otra forma de convocar–, en razón de que las reuniones anteriores fueron llamadas de idéntica –aunque imprevista– manera sin que se formularan oposiciones. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español del 30 de enero de 2001, publicada en Derecho de los Negocios año XII, n° 127 de abril de 2001, La Ley, Madrid, p. 27.

Una vez más se destaca que en materia de régimen nulificadorio de los actos societarios cabe acudir mayormente a la normativa civil, lo que en modo alguno importa la aplicación lisa y llana de dicho plexo legal. Va de suyo que eventuales planteos de nulidad deberán de contar con una justificación que trascienda el cumplimiento de meras formalidades, habida cuenta que planteos de nulidad por la nulidad misma no pueden ser receptados favorablemente por los tribunales.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN MATERIA SOCIETARIA

7.1. EL ARBITRAJE EN LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

El arbitraje, cualquiera sea su forma –derecho, amigables componedores o pericial–, es un medio de resolución de conflictos en el que las partes someten sus diferencias a la decisión de jueces privados¹⁴¹². Importa la prórroga o sustracción generalmente voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tienen los tribunales del Estado¹⁴¹³, la que es transferida a jueces

¹⁴¹² El arbitraje difiere de la conciliación y de la mediación, procedimientos en los que las partes buscan los servicios de un tercero que las ayude a llegar a un compromiso, o que les ofrezca recomendaciones o bases para un arreglo privado, en ambos casos sin obligar a los interesados y sin un procedimiento legal prefijado –sus recomendaciones no son ejecutables por vía judicial–. Cfr. ZALDÍVAR, ENRIQUE, “Arbitraje”, LL 1997-D , 1049.

¹⁴¹³ Usualmente el poder de juzgar de los árbitros no proviene de la ley sino de una convención que impone el sometimiento de las partes a la decisión de aquellos respecto de materias determinadas. El arbitraje legal es de carácter excepcional. En el ámbito del derecho asociativo se impone para determinar las ganancias del socio industrial en las sociedades civiles de capital e industria, si las partes no hubiesen convenido otra cosa (art. 1781 Código Civil) –o el art. 227 del Código Orgánico de los Tribunales chileno, o los arts. 66, 67, 68 y 69 del Código de Comercio salvadoreño–.

particulares¹⁴¹⁴, con la consecuente renuncia a que ciertas controversias sean resueltas por aquellos¹⁴¹⁵. Entre los beneficios que supone acudir al juicio de idóneos ajenos a la justicia estatal suelen señalarse:

- i.-) la rapidez de un procedimiento despojado de formalismos y mayormente desembarazado de articulaciones dilatorias¹⁴¹⁶,
- ii.-) la conveniencia de evitar la publicidad tribunalicia¹⁴¹⁷, y

¹⁴¹⁴ CSJN 17/11/1994, Fallos, 317:1527 –disidencia de BOGGIANO-; CAIVANO, ROQUE, *Arbitraje*, Ad-Hoc, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 100; CAIVANO, ROQUE y CAPUTO, LEONARDO, “El arbitraje y los conflictos societarios”, p. 1; RIVERA, JULIO, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 62.

¹⁴¹⁵ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., p. 3, para quienes esto “acarrea dos efectos principales: uno ‘negativo’ y otro ‘positivo’. En virtud del primero, los jueces estatales devienen incompetentes para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje; en virtud del segundo, se atribuye jurisdicción a los árbitros a fin de que ellos resuelvan las controversias que se les someten, incluyendo la facultad de decidir sobre su propia competencia”.

¹⁴¹⁶ “Si en un ámbito del derecho adquiere mayor virtualidad la necesidad de instaurar mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, éste no es otro que el societario. La celeridad, vigorosidad y agilidad de los negocios empresariales, en multitud de ocasiones, se encuentran en confrontación con el principal problema de la justicia ordinaria, común a la totalidad de ordenamientos jurídicos europeos, esto es, la lentitud. El funcionamiento normal de una empresa o ente societario no puede encontrarse condicionado a la espera de una respuesta judicial, prolongada en el tiempo, ante una relación jurídica controvertida. Frente a esta realidad, el arbitraje debe configurarse como un cauce acorde a la naturaleza de los intereses en juego en este ámbito del derecho, garantizando una solución más rápida que la concedida por la justicia ordinaria”. DOMÉNECH, FEDERICO ADRIÁN, “El arbitraje societario italiano”, *Revista de Derecho Procesal* nros. 1 y 2, Barcelona, España, 2005, pp. 175 a 207.

¹⁴¹⁷ Cfr. CS, “Meller Comunicaciones S.A. U.T.E. c. E.N.Tel” M. 681. XXXV 05/11/2002 LL 2003-B, 906; ARECHA, MARTÍN, “Arbitraje y mediación en el derecho societario”, en *Responsabilidad y abuso en la actuación societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 23; id. 28-11-2002 IJ-XXV-171.

iii.-) que el laudo arbitral se encuentra dotado de la misma fuerza y eficacia que las sentencias pronunciadas por los jueces del Estado, por cuanto es ejecutable sin necesidad de homologación ni cumplimiento de requisitos previos¹⁴¹⁸.

En el ámbito interno de las sociedades comerciales, en que los conflictos interesan y vinculan a la sociedad y sus socios, a éstos últimos e incluso a terceros integrantes de órganos sociales, para la obtención de tales beneficios se requiere que el árbitro sujete su actuación a normas específicas que varían según el tipo social y los intereses comprometidos¹⁴¹⁹. Previamente los socios deben haber previsto en los estatutos una cláusula compromisoria que los fuerce a recurrir al método arbitral para solucionar sus diferencias; luego, frente al tribunal escogido, acordarán los puntos sobre los que deberá emitirse el laudo¹⁴²⁰.

El arbitraje puede clasificarse en:

i.-) voluntario, cuando es establecido libremente por las partes a través del compromiso arbitral, sin existencia de cláusula compromisoria anterior para que alguna de ellas pueda exigirlo y la otra quede obligada a aceptarlo; ii.-) forzoso u obligatorio, cuando la ley lo impone para determinada clase de conflictos o cuando las partes lo exigen a raíz de un acuerdo anterior (cláusula compromisoria o convención preliminar de compromiso). Este es el caso más común en materia societaria, en que las partes suelen insertar en los estatutos cláusulas compromisorias como mecanismo de solución de conflictos, según veremos más adelante. Atendiendo al procedimiento aplicable al arbitraje, éste también puede clasificarse según lo

¹⁴¹⁸ Prólogo del reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

¹⁴¹⁹ Cfr. ARECHA, M., "Arbitraje y mediación...", cit., IJ-XXV-171.

¹⁴²⁰ Cfr. ARECHA, M., "Arbitraje y mediación...", cit., IJ-XXV-171.

lleven adelante¹⁴²¹ iii.-) árbitros propiamente dichos (árbitros iuris); iv.-) o arbitradores (amigables componedores), sobre los que infra nos ocuparemos en extenso.

7.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS NACIONALES

7.2.1. Durante la existencia de los territorios de ultramar y el período colonial

Desde la fundación de la primera ciudad en el territorio que hoy ocupa la República Argentina (Santiago del Estero, 1553) y durante todo el período precolonial de los territorios de ultramar (1700)¹⁴²², el comercio no se desarrolló en estas latitudes de la manera vertiginosa en que lo hiciera en otros sitios. Los centros urbanos eran por entonces lugares de tránsito mayormente despoblados, donde la producción de bienes era escasa o nula, con lo que no es de extrañar la ausencia durante esta etapa de institutos jurídicos propios o adaptados a las necesidades de una región a la que bastaba con replicar aquellos existentes en la península ibérica.

Abundaba en la práctica del embrionario comercio local la utilización de comendas, uniformemente designadas con el nombre de compañías, en las que el comendante o socius stans confiaba al comendatario la licencia real que lo habilitaba para llevar a cabo

¹⁴²¹ Cfr. ZALDÍVAR, E., "Arbitraje", cit., p. 1049; ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª edición, t. VII, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 23.

¹⁴²² A los fines de éste trabajo sólo se tratarán los antecedentes históricos del arbitraje patrio en materia societaria, sin perjuicio de que ocasionalmente se mencione al arbitraje continental en tanto conexo al local. Ello sin desconocer que el arbitraje semi institucional o institucional como técnica de resolución de conflictos se remonta a la Grecia del siglo IV y que ya observaba un acabado desarrollo en el derecho romano.

determinada operación, dinero en efectivo o mercaderías cuya estimación en dinero se consignaba en la escritura para facilitar el ulterior ajuste de cuentas. A su vez el comendatario o tractator se obligaba a llevar a cabo cierta negociación con tales fondos –a los que eventualmente se agregaba algún aporte de capital– “en un lugar generalmente distante: ‘pongo el trabajo y ocupación de mi persona y diligencia de ella’ dice, por ejemplo, el comendatario Lorenzo Garcés en 1594”¹⁴²³.

Los conflictos entre socios se sometían por lo general a arbitraje¹⁴²⁴, procedimiento no ajeno a la legislación indiana y que aliviaba en parte las dificultades para administrar justicia propias de una época en que las distancias conspiraban de manera notoria contra el acceso a los lejanos tribunales.

En procura de salvar estos inconvenientes, para 1661 la Corona española dotó a Buenos Aires de Audiencia propia, la que fue prontamente suprimida –1671– por presión de los comerciantes de Lima, capital del Virreinato del Perú al que aquella pertenecía. Pero al iniciarse el siglo XVIII, Buenos Aires, capital de la gobernación del Río de la Plata, ya era una plaza de estratégica importancia a la que su participación en la conquista en 1705 de

¹⁴²³ MARILUZ URQUIJO, JOSÉ, “Notas sobre la evolución de las sociedades comerciales en el Río de la Plata”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 22, Buenos Aires, 1971, pp. 95 y 96, quien ubica este tipo de contratos en el Río de la Plata desde fines del siglo XVI hasta fines del siglo XVIII.

¹⁴²⁴ “La posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que pueden suscitarse entre los socios y los de éstos con la sociedad parecieron tan connaturales con la índole de estos vínculos que, desde antiguo, se le atribuyó el carácter de medio necesario para resolverlos. Y así se llegó a consagrar como obligatorio el arbitraje para los diferendos endosocietarios, en tiempos que solamente conocieron las sociedades por partes de interés, denominadas tradicionalmente como sociedades de personas”. ANAYA, JAIME, “Arbitraje societario”, LL 2007-C, 10125; id. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2006, *Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales*, t. V, p. 879.

Colonia del Sacramento –ciudad fundada y ocupada por portugueses e ingleses en 1680– además le había valido el título de “muy noble y muy leal”¹⁴²⁵.

Y si bien Buenos Aires aún no competía en desarrollo económico y cultural con las otras dos gobernaciones que integrarían posteriormente el Virreinato del Río de la Plata, la de Paraguay –con capital en Asunción– y la del Tucumán –con capital en Salta–, su puerto pronto habría de darle gravitación por sobre aquellas, rivalizando incluso con el de Lima¹⁴²⁶. Ya en la primera mitad del siglo XVIII era evidente que la administración de justicia

¹⁴²⁵ Cfr. LEVENE, RICARDO, *Manual de historia del derecho argentino*, Kraft, Buenos Aires, 1952, p. 240.

¹⁴²⁶ En un valioso trabajo de investigación, MARILUZ, URQUIJO J., “Notas sobre la evolución de las sociedades...”, cit., pp. 102 y 103, refiere que “en el Buenos Aires dieciochesco encontramos todos estos especímenes sociales [comanditas y por acciones], especialmente sociedades colectivas y en comandita, que aparecen con gran frecuencia. En momentos en que escasean las posibilidades de invertir útilmente un pequeño o mediano caudal en alguna actividad que no requiera personal dedicación, es el capital comanditario el habitual destino de los fondos de mujeres, militares, profesionales o comerciantes retirados que aspiran a obtener un razonable rédito de fondos que no quieren o no pueden rebajar directamente ... En cuanto a las sociedades por acciones de carácter puramente privado fueron contadas las que encontramos durante el periodo colonial. Algunas apenas podrían considerarse como embriones de lo que la institución será más tarde y más bien correspondería ubicarlas en un estadio intermedio entre la sociedad de personas y la sociedad de capitales. Son compañías por acciones, verbigracia, la compañía formada en 1789 para adquirir un barco que viaje a colonias extranjeras o la que se constituye en 1806 para explotar el bergantín San Ignacio de Loyola ... Seguramente fue la sociedad de seguros marítimos La Confianza, cuyos estatutos de 1796 preveían un capital de 400.000 pesos divididos en no menos de 70 accionistas, la más importante de las compañías por acciones de la época colonial y la que presentaba características que más se acercaban a la de la sociedad anónima posterior”. Esta sociedad aseguradora –La Confianza– surge de un conjunto de grandes hacendados que proponen y obtienen de las autoridades locales aprobación para la creación de una compañía privilegiada que, además, limitaba expresamente en sus estatutos la responsabilidad de los socios intervinientes.

existente no era acorde a las necesidades de una ciudad cada vez mayor. Las apelaciones seguían siendo recursos imposibles e impracticables para quienes pretendían llegar a la muy distante Audiencia de Charcas, de la que junto con Tucumán y Asunción se dependía, por lo que resultaba imperiosa la erección y mantenimiento de una Audiencia en Buenos Aires, lo que finalmente sucedió –esta vez de manera permanente– en 1783.

Ésta estuvo precedida por la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776, aunque suele decirse que fue por necesidad de la Audiencia que éste finalmente se establece. Años antes su creador, el Virrey Cevallos, había advertido al Rey que no solamente era útil sino de absoluta necesidad su fundación por haber aumentado la importancia de los negocios de toda clase¹⁴²⁷.

Poco tiempo después, en el año 1794, se promulga la Real Cédula que crea el Consulado de Buenos Aires, cuyo primer secretario fuera Manuel Belgrano. La Real Cédula de 1794 remite a la aplicación de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, sancionadas en el año 1737¹⁴²⁸, con prelación sobre la Recopilación Indiana¹⁴²⁹. Éstas a su vez observaban como antecedente la

¹⁴²⁷ Cfr. LEVENE, R., *Manual de historia...*, cit., pp. 247 y 249.

¹⁴²⁸ En realidad se trata del cuerpo normativo correspondiente a la tercera etapa de su dictado por la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao (Etapa nueva) y que siguiera a las Etapas primitiva (459 a 1560) y antigua (1560 a 1737). Estas Ordenanzas –cuyo nombre por entonces era el de Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa Bilbao– fueron además de las más importantes de la península ibérica y que rigieron en la Argentina antes de la etapa de la codificación e inspiraron la mayoría de las legislaciones hispanoamericanas. Cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO y GÓMEZ LEO, OSVALDO, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 59, 60 y 131.

¹⁴²⁹ En realidad, las Ordenanzas se encontraban en tercer lugar en el orden de prelación, ya que estaban antecedidas en primer lugar por las pragmáticas, reales cédulas, órdenes y reglamentos posteriores a la erección del Consulado y luego por

Ordenanza Terrestre de 1673 (o de Colbert o Code Savary), que a su vez seguía el Edicto de 1560–, que en materia de diferendos entre socios disponía que “toda sociedad contendrá la cláusula de someterse a los árbitros para las diferencias que sobrevengan entre los socios y, aun cuando la cláusula fuere omitida, uno de los socios podrá nombrarlo, estando los otros obligados a proceder de igual manera y, en caso contrario, será nombrado por el juez para quienes han rehusado hacerlo” (artículo 9 Título IV)¹⁴³⁰. Según se apuntara, las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, que ya se utilizaban con anterioridad¹⁴³¹, continuaron aplicándose por años, aún luego de la declaración de la independencia y del dictado de las primeras leyes patrias.

No obstante ocuparse del modo de resolución de conflictos entre socios, las Ordenanzas de Bilbao apenas regulaban el funcionamiento de las sociedades –en su Capítulo X “De las Compañías de Comercio”– mayormente como contratos asociativos en cierta forma análogos a los previstos en el antiguo derecho

la Real Cédula de creación del Consulado. Luego de las Ordenanzas de Bilbao resultaban de aplicación la Recopilación de Indias de 1681 y las Ordenanzas Reales de Castilla de 1492.

¹⁴³⁰ Cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125, comunicación efectuada por el académico en la sesión privada del 28 de setiembre de 2006. También se señala que “la Revolución Francesa consideró al arbitraje como una de las herramientas más eficaces contra los abusos del antiguo régimen, inscribiéndolo como parte integrante de la Declaración de los Derechos del Hombre, al concebirlo como ‘el medio más razonable de terminar un conflicto entre ciudadanos’. La Constitución del 3 de setiembre de 1791 declaró ‘el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus conflictos por la vía del arbitraje no puede ser restringido por los actos del poder legislativo’”. CAIVANO, ROQUE y ZAMENFELD, VÍCTOR, “El arbitraje en materia societaria”, ED, 194-152.

¹⁴³¹ MARILUZ URQUIJO, J., “Notas sobre la evolución de las sociedades...”, cit., p. 101. Reconocían parcialmente entre sus antecedentes a la Ordenanza francesa de 1673, la que, por vez primera se ocupa de regular el funcionamiento de las embrionarias sociedades colectivas y en comandita.

romano. Para aquellas cuestiones abordadas deficitariamente o no tratadas por las Ordenanzas, se recurría a textos anteriores –las Partidas¹⁴³²–. Aún así, las Ordenanzas ya contemplaban cuestiones capitales, como la imposición al momento de celebrarse la escritura de constitución de la determinación de la forma en que se atenderían las pérdidas, y la prohibición a los socios de retirar suma alguna correspondiente al capital o ganancias hasta la finalización del contrato, si así no se hubiera estipulado.

Además, influidas por la Ordenanza de Colbert, las de Bilbao también incluían el arbitraje forzoso para los diferendos societarios –aún cuando correspondía a los tribunales consulares dirimir los litigios comerciales– disponiendo:

“Y porque al fin de las compañías estándose ajustando sus cuentas, se suelen suscitar entre los interesados de ellas muchas dudas y diferencias de que proceden pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos, como la experiencia lo ha demostrado; por evitar semejantes daños, y para que las tales dudas, diferencias y pleitos sean decididas sumariamente, se ordena: que todos los que gozaran de compañía hayan de capitular y poner cláusula en la escritura que de ella otorgaren, en que digan y declaren que por lo tocante a las dudas y diferencias que durante ella y a su fin se las puedan ofrecer, se obligan y someten al juicio de dos o más personas prácticas que ellos o los jueces de oficio nombraren y que estarán o pasarán por lo que sumariamente juzgaren sin otra apelación ni pleito alguno; cuya cláusula se les hará guardar y observar bajo de la pena convencional que también

¹⁴³² Se trata de un texto perteneciente al reinado de Alfonso X El Sabio (1252-1284), fuertemente influido por el derecho romano y canónico, que sufrió varias reelaboraciones hasta su sanción legal en 1348 por disposición del Ordenamiento de Alcalá. Sin perjuicio de que su aplicación era subsidiaria de los Fueros, las Partidas ocuparon un lugar preponderante en el derecho hispánico.

deberán imponerse o la arbitraria que los jueces les señalaren”¹⁴³³.

Como se ve, puede sostenerse que la cuestión arbitral no resultaba una práctica desconocida –más bien todo lo contrario– en los territorios hispanoamericanos, por tanto en aquellos que posteriormente integrarían la República Argentina. Este sistema de resolución de conflictos entre socios es reseñado por MARILUZ URQUIJO quien lo ilustra con un caso particular:

“en la documentación conservada [tanto en el período de los territorios de ultramar como en el colonial] encontramos abundantes ejemplos de ambas situaciones: escrituras en las que los contratantes se imponen la obligación de zanjar sus diferencias designando árbitros cuya voluntad acatarán so pena de pagar una suma determinada e incitaciones del prior y cónsules a que los litigantes designen árbitros. Pero la legislación vigente dejaba margen a las cavilaciones de los litigantes y los tratadistas. Algunos autores sostenían que si la cuestión versaba sobre la validez del contrato de sociedad correspondía que fuese resuelta por el tribunal y que no podría obligarse a nadie a que la sometiera contra su voluntad a juicio arbitral. En torno al carácter forzoso del arbitraje se planteó una interesante cuestión el año 1810. Habiendo resuelto el Consulado que los socios Pablo Gari y Mariano Clausell designasen contadores ‘que hagan de jueces árbitros, arbitradores y amigables componedores que determinen las diferencias ocurridas y les eviten dilatados y costosos litigios’, uno de los contadores aceptó nombrar los contadores pero no que estos revistiesen el carácter de árbitros arbitradores. Ante esa oposición el prior y Cónsules resolvieron el 24 de marzo de 1810 que ‘visto este artículo y teniendo consideración a que

¹⁴³³ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo X, n° XVI.

este auto de 8 del presente fue proveído con reflexiva adhesión al espíritu de la Ordenanza y fines que esta se propuso para evitar en el comercio dilatados, costosos y pertinaces litigios como asimismo que del indicado medio de jueces árbitros arbitradores amigables componedores no resulta perjuicio alguno a las partes contendoras, antes bien muchos beneficios a ellas y a la universidad, debemos mandar y mandamos se guarde, cumpla y ejecute en todas sus partes el expresado auto sin que se admita más escrito'. No conforme, uno de los socios apeló al juez de alzadas argumentando que el art. 5 de la R.C ereccional disponía el arbitraje si éste era consentido por las partes pero lo excluía en caso de oposición y que siendo tan clara la letra de la ley no correspondía acudir a su espíritu para convertir en forzoso lo que era de aceptación voluntaria. En octubre de 1810 el juez de alzadas –doctor José de Darragueyra– y sus dos colegas revocaron el auto apelado declarando que el nombramiento debía hacerse ‘de meros contadores que elijan las partes con reserva de tercero, para en caso de discordia’, al tribunal del Consulado”¹⁴³⁴.

Esta asignación de carácter voluntario –no forzosa– al arbitraje habría de repetirse y mantenerse tras la sanción del primer Código de Comercio patrio, el de Buenos Aires en 1852.

7.2.2. Derecho patrio

Más allá de la preferencia normativa por el arbitraje que observaran las sucesivas legislaciones previas a la existencia de un cuerpo normativo sancionado por las autoridades de la República, las diferencias entre socios no siempre se dirimieron por esa vía. Un

¹⁴³⁴ MARILUZ URQUIJO, J., “Notas sobre la evolución de las sociedades...”, cit., pp. 116 y 117.

curioso ejemplo de disolución de una sociedad resuelto por vía ordinaria ilustra la cuestión:

“A principios del siglo XIX se dilucidó ante el Consulado la cuestión de si ciertos desórdenes de la vida privada de uno de los socios podía dar pie a que otro solicitase la disolución de la compañía. Habiendo surgido desinteligencias entre Raimundo Rial, socio capitalista, y Juan Rodríguez Andrade, socio industrial, el primero hizo sorprender al segundo por una partida de soldados que una noche lo encontró junto a una mulata casada en el almacén donde debía trabajar. Inmediatamente Rial pretendió que ese hecho le daba motivo para disolver anticipadamente la compañía ‘por no ser justo ni regular que con mis intereses se le permita fomentar sus vicios y sus pasiones’, insistiendo en el abandono de tareas que era consiguiente a ese género de expansiones. El 5 de junio de 1804 el tribunal, integrado por Francisco Ignacio de Ugarte, Eugenio Balbastro y Cornelio de Saavedra, respectivamente prior, cónsul y teniente de cónsul del Real Tribunal del Consulado, declaró no haber lugar a la disolución ‘y mientras el socio Rodríguez Andrade permanezca en la prisión por la causa criminal que se le sigue debe correr a cargo de Rial la administración de los fondos e intereses de la sociedad llevando la correspondiente cuenta formal de todo bien sea para entregar con ella el manejo de los dichos intereses a su referido socio si obtiene su libertad antes del vencimiento del término de la compañía o bien para que en caso de no obtenerla cumplido dicho término se proceda a la división con arreglo a sus pactos o como les conviniere...”¹⁴³⁵.

¹⁴³⁵ Cfr. MARILUZ URQUIJO, J., “Notas sobre la evolución de las sociedades...” cit., p. 114. En un informe dirigido por Sebastián de Velasco –oidor juez de alzadas– al Virrey, se rechazó que el mencionado socio Rial tuviese personería para celar la conducta privada de su compañero”

Producida la Revolución de Mayo se sancionaron varias disposiciones relacionadas con el derecho comercial –Asamblea del año 1813– y se dispuso el registro obligatorio de los contratos de sociedad por ante el escribano del Consulado –1815-¹⁴³⁶. Al interregno 1810-1816 corresponde el primer antecedente patrio en materia arbitral: el Reglamento para la Administración de Justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, dictado por el Triunvirato el 23 de enero de 1812 y que creara el Tribunal de Concordia (cuyas funciones se extendieron hasta 1815).

Éste tenía como función procurar el avenimiento de las partes o, si no se tenía éxito en el cometido, dictar “formal sentencia sobre si resulta o no mérito a un litigio de buena fe por duda mayor o menor de hecho o de derecho”¹⁴³⁷. Tal tentativa legislativa de carácter sui generis no funcionó como se esperaba¹⁴³⁸, por lo que el

¹⁴³⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, R. y GÓMEZ LEO, O., *Tratado teórico práctico...*, cit., t. I, , p. 133.

¹⁴³⁷ No se trataba en realidad de un tribunal arbitral, ya que el mismo no resolvía conflictos, sino que más bien se limitaba a evaluar la procedencia de la sujeción de aquellos ante los órganos judiciales. Cfr. ANAYA, JAIME y PALACIO, LINO, “Arbitraje, jurisdicción y honorarios”, ED 174-286.

¹⁴³⁸ El establecimiento del Tribunal de Concordia fue calificado como una tentativa inútil y absurda –IBÁÑEZ FROCHAM–, basada en la creencia “de que los litigios traen consecuencias funestas para la sociedad, por lo que conviene ‘sofocarlos en su origen’, lo que constituía un sano propósito, sin duda, pues a evitar los pleitos tiende o debe tender el esfuerzo del profesional honesto y del propio Juez, que ha de procurar en lo posible –y en algunos casos por imperio de la ley– lograr un avenimiento entre las partes. Pero no era eso lo que estatuyó el Reglamento, destinado a regir una sociedad que estaba aún en la etapa pastoril de su evolución. Iba más allá. Por él venía a inmiscuirse el estado en la actividad privada del individuo, ejercitando una tutela contraproducente. No otra cosa importaba ese Tribunal de Concordia, que era como un tamiz superpuesto de tal manera que un pleito, antes de ser llevado a conocimiento de los jueces, debía pasar por uno, dos o tres cerñidores: ningún Juez de clase alguna admitirá pleitos por escrito sin que la demanda este encabezada por éste decreto del tribunal de Concordia: ‘pase a la justicia ordinaria’”; IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La*

Estatuto del 5 de mayo de 1815 abolió y disolvió el Tribunal de Concordia, imponiendo a “los jueces de primera instancia ante quienes se promuevan las demandas deberán invitar a las partes a la transacción de ellas por todos los medios posibles, antes de entrar a conocer judicialmente”.

La ruptura formal del vínculo con España –1816– no importó que el embrionario derecho patrio ignorara los avances de la más evolucionada legislación española, lo que legitimó –ahora sí en el derecho nacional– la vieja práctica del arbitraje. Por Reglamento del año 1817 se dispuso la continuidad en la observancia de las leyes españolas, en tanto no contrarioran las que en el futuro se dictaran en estas tierras. Incluso, algunas provincias como Mendoza, Corrientes y San Juan adoptaron como propias el para entonces moderno código español sancionado en 1829 –Código Fernandino o Código de Sainz Andino–.

Este código tenía entre sus fuentes al Código de Comercio francés de 1807, que imponía la solución arbitral de los conflictos entre socios¹⁴³⁹. El Código Fernandino acentuó la unidad funcional

organización judicial argentina (ensayo histórico). Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853, La Facultad–Bernabé y Cía., Buenos Aires, 1938, p. 56. Si el asunto no excedía de quinientos pesos, la resolución del Tribunal era inapelable, por lo que denegada la vía judicial no había pleito; si excedía los quinientos pesos y no superaba los cinco mil pesos, podía apelarse ante la Provincia, cuyo Tribunal de Concordia resolvía sobre la procedencia de litigio; y en asuntos de más de cinco mil pesos podía acudir por apelación ante el Superior Gobierno Central, contra cuya resolución no cabía recurso alguno. “Se obligaba, así, a un acreedor a recorrer tres instancias de concordia para que lo autorizaran a demandar a su deudor, y luego – si triunfaba allí– a recorrer otras tres instancias de justicia para conseguir el cobro de su crédito”, id., p. 473. Cfr. LEGUISAMÓN, HÉCTOR, “La mediación de la República Argentina”, en *Temas selectos de teoría del proceso. Una visión iberoamericana*, coord. CARASCO SOULÉ, Porrúa, México, 2012, pp. 472 y 473.

¹⁴³⁹ Arts. 51 a 64. En Francia se mantuvo hasta la sanción de la ley del 17 de julio de 1856, que atribuyó a los tribunales de comercio la solución de las controversias entre los socios, prohibiendo la inclusión de cláusulas arbitrales en el

de todas las sociedades de comercio, manteniendo el arbitraje forzoso de las Ordenanzas de Bilbao incluso para las anónimas, cuyo tratamiento incorporaba. Estas normas relativas al arbitraje incluían la mención obligatoria en toda escritura constitutiva de sociedad a “la sumisión al juicio de árbitros en casos de diferencias entre los socios, expresándose el modo de nombrarlos”. Así, se encontrase o no estipulado en el contrato, se “imponía que toda diferencia entre socios ‘se decidirá por jueces árbitros’ ... [y] se estableció la actuación de árbitros para las reclamaciones de los socios al tiempo de la liquidación”¹⁴⁴⁰.

Ni la escasa materia societaria prevista en el Código Fernandino –o el francés de 1807–, ni sus insuficientes menciones al procedimiento aplicable, evitaron la proliferación de intentos

contrato social –lo que según su Exposición de Motivos sólo se admitía con carácter amigable y voluntario “cuando las partes eligen libremente y sin coacción los jueces para un litigio nacido y actual”–. La ley de 1856 fue justificada en los trabajos preparatorios sosteniendo que la admisión de la cláusula en el contrato de sociedad sería “autorizar que los socios se obliguen por anticipado y con frecuencia sin reflexión a hacer resolver por árbitros desconocidos controversias ignoradas”, y el legislador “no puede hacerse culpable de tal inconsecuencia” permitiendo prácticamente un retorno al arbitraje forzado. La respuesta, para COHEN, en la actualidad mueve a la sonrisa. Cfr. COHEN, DANIEL, *Arbitrage et société*, L.G.D.J., Paris, 1993, N° 17. El criterio se sostuvo hasta que Francia adhiriera al Protocolo de Ginebra de 1923, reconociendo la validez de la cláusula compromisoria y modificando en consecuencia el Código de Comercio –ley del 31 de diciembre de 1925– con lo que se autorizó a las partes a convenir “en el momento en que contratan” la sujeción a árbitros. Por todo esto, véase ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125, con apoyo en COHEN, DANIEL, *Arbitrage et société*, cit.,

¹⁴⁴⁰ ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125, con apoyo en RUBIO, JESÚS, “Sainz de Andino y la codificación mercantil”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950, p. 158. Posteriormente el Código de 1882 abandonó la obligatoriedad del arbitraje en materia societaria.

asociativos en el Río de la Plata¹⁴⁴¹ –por tanto de la multiplicación de los conflictos societarios–. Del fracaso de uno de ellos, la Compañía para la Navegación del Río Bermejo –1824–, surgieron antecedentes de interés que a la postre influirían en la mentalidad del codificador de 1859.

El abrupto final de la Compañía se debió al secuestro de la nave que ésta explotaba y la detención de sus tripulantes por el gobierno paraguayo durante la dictadura de Gaspar Rodríguez de Francia. Al ser liberado cinco años más tarde el piloto a cargo, Nicolás Descalzi, reclamó judicialmente sus haberes y los gastos realizados al accionista Juan Martín de Pueyrredón. Descalzi, “dispuesto a sostener el honor de la compañía y el suyo personal”, realizó su reclamo únicamente a Pueyrredón por ser notoriamente el socio más solvente, no obstante dividir la Compañía su capital en acciones y registrar en sus estatutos la limitación de responsabilidad de sus socios sólo hasta el capital que suscribieran¹⁴⁴².

¹⁴⁴¹ La sociedad anónima Banco de Descuentos se funda en 1822, la Sociedad Rural Argentina en 1826, la Sociedad Pastoral de Merinos en 1836.

¹⁴⁴² Se sigue el prolijo trabajo de investigación y reconstrucción de los hechos efectuado por MARILUZ URQUIJO, JOSÉ, “Las sociedades anónimas en Buenos Aires antes del Código de Comercio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 16, Buenos Aires, 1965, pp. 39 a 45. En torno a la constitución de sociedades, por decreto del 24 de agosto de 1826 –dictado por Rivadavia y Salvador María del Carril– se produce un cambio copernicano, cesando la tibia intervención del poder Ejecutivo e introduciéndose toda una novedad: los bancos y compañías, cuando la responsabilidad del socio fuera limitada, ya no podrían formarse sin la previa autorización por ley especial de la legislatura. Éste sería durante tres décadas el único texto legal patrio referente a sociedades anónimas. El decreto aludía a compañías consolidadas, que eran aquellas en las que los socios no se encontraban ilimitada, mancomunada y solidariamente obligados por las obligaciones sociales. Hasta entonces las sociedades anónimas no requerían autorización legislativa para funcionar, y operaban gracias a privilegios, como en el caso del Banco de Descuentos (por la Junta de Representantes) o la Sociedad Rural

La defensa de Pueyrredón estuvo a cargo de Dalmacio Vélez Sarsfield quien posteriormente referiría “yo me vi en apuros en la defensa de un pleito sobre esta materia, las sociedades anónimas existían en Buenos Aires y no había ley sobre la materia”. Los planteos de Vélez Sarsfield en cuanto a que la responsabilidad del socio se limitaba al importe de su suscripción no prosperaron y la pretensión de Descalzi fue acogida favorablemente.

El argumento del tribunal distinguió para ello dos etapas en la vida de la Compañía para la Navegación del Río Bermejo: una referida a su organización, para la que regía la limitación, y otra atinente al viaje explorador en la que cada acreedor podía dirigirse contra cualquiera de los socios, ya que hasta el regreso de la expedición la sociedad se reputaba anómala, y sólo del resultado positivo de aquella se derivaría, posteriormente, su regularidad.

7.2.3. Código de Comercio de 1862

En rigor, el primer ordenamiento propiamente argentino que vino a sustituir el ordenamiento español en materia mercantil, fue el Código de Comercio de Buenos Aires de 1859, posteriormente adoptado por la Nación en 1862. Éste no se avocaba de una manera acabada al estudio de las sociedades¹⁴⁴³, no obstante ya desde la sanción de la Constitución Nacional de 1853 todos los habitantes de la Confederación Argentina gozaban del derecho inalienable de

Argentina (Presidente de la República). Antes de ello sólo cabía la registración obligatoria de los contratos de sociedad ante el escribano del Consulado, según su disposición del 22 de noviembre de 1815.

¹⁴⁴³ Es sabida la desconfianza que a Vélez Sarsfield producían las sociedades anónimas, a las que en tiempos de la sanción del Código consideraba más como instituciones propicias para la especulación financiera que para aglutinar capitales con fines productivos.

asociarse con fines útiles –su artículo 14¹⁴⁴⁴–, práctica que obviamente se realizaba en extenso aún antes de su reconocimiento y sin perjuicio de la inexistencia o insuficiencia de la legislación¹⁴⁴⁵.

El Código no representaba mayores avances respecto de sus antecedentes –su fuente inmediata fueron el Código Fernandino de 1829 y el Código de Brasil de 1850–, más allá de la inclusión de 21 artículos referidos a las sociedades anónimas¹⁴⁴⁶, por lo que la cuestión arbitral como regla para la resolución de conflictos tampoco sufrió modificaciones significativas.

Según se refiriera anteriormente, de una manera natural que no importaba novedad¹⁴⁴⁷, el Código de Comercio de 1862 impuso a

¹⁴⁴⁴ “Tal disposición, que se ha mantenido inalterada, importa incluso el derecho de crear o constituir nuevas sociedades y el de participar en aquellas ya existentes, por lo que las leyes que en consecuencia se dicten deben interpretarse de modo tal que no lo restrinjan”. Cám. CC, II, Santa Fe, , SP LL., 1981-392.

¹⁴⁴⁵ Corresponden a este período grandes sociedades como la Compañía de Gas, de 1852, que proveía alumbrado a la ciudad de Buenos Aires.

¹⁴⁴⁶ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Introducción al derecho societario, Parte general*, t. 1, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 142.

¹⁴⁴⁷ Se trataba más bien de la apuntada consagración en el derecho patrio de normativa que se remontaba a la ordenanza francesa de Moulins de 1560 y a la Ordenanza Terrestre –o *Code Savary*– de 1673. Razonablemente el Código de Comercio francés de 1807 también imponía el arbitraje en materia societaria, siguiendo así una vieja tradición que obligó a agregar en todo contrato de sociedad o de seguro marítimo una cláusula sometiendo determinadas cuestiones a arbitraje Cfr. CAIVANO, R. y ZAMENFELD, V., “El arbitraje en materia societaria”, cit., ED 194-152; “en términos más generales, la Revolución Francesa consideró al arbitraje como una de las herramientas más eficaces contra los abusos del antiguo régimen, inscribiéndolo como parte integrante de la Declaración de los Derechos del Hombre, al concebirlo como ‘el medio más razonable de terminar un conflicto entre ciudadanos’. La Constitución del 3 de septiembre de 1791 declaró ‘el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus conflictos por la vía del arbitraje no puede ser restringido por los actos del poder legislativo’”.

los socios –aún de sociedades irregulares¹⁴⁴⁸– el arbitraje en procura de evitar las dilaciones propias de los tribunales de derecho¹⁴⁴⁹, el consecuente menoscabo patrimonial que tales demoras ocasionan y las divisiones de carácter personal entre socios que las discusiones prolongadas profundizan, “reemplazando para ello la tramitación estricta de los tribunales e derecho, por un procedimiento sumario, á cargo de personas expertas en materia de comercio y que merezcan la confianza de los interesados, á quienes corresponde el derecho de hacer su nombramiento”¹⁴⁵⁰.

Dos artículos –448 y 449¹⁴⁵¹– de su Capítulo XI (“Del modo de dirimir las diferencias entre los socios”) se ocupaban específicamente del tema disponiendo que todas las cuestiones

¹⁴⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina comentado*, t. I, vol. 2, 3ª reimpression, Amorrortu, Buenos Aires, 1957, p. 713.

¹⁴⁴⁹ Cfr. MALAGARRIGA, CARLOS, *Código de comercio comentado*, t. II, 4ª ed., Lajouane, Buenos Aires, 1936, n° 527, p. 444.

¹⁴⁵⁰ OBARRIO, MANUEL, *Curso de derecho comercial*, t. I, Lajouane, Buenos Aires, 1907, n° 460, p. 451.

¹⁴⁵¹ “En la Edad Media y comienzos del Renacimiento (siglos VI a XVI) cuando las compañías mercantiles se iban tipificando hacia sus formas actuales, el arbitraje era la regla general tanto para dirimir sus conflictos internos como para solucionar los que tuviesen con terceros. La autoridad jurisdiccional del ‘estado-ciudad’ cedía ante la autonomía de voluntad de las partes y la fuerza de las corporaciones. Con el correr del tiempo, al organizarse las naciones se afianza la justicia como rama del poder estatal y el arbitraje, producto de los segundos factores, se va reduciendo en importancia para convertirse en la época contemporánea en un procedimiento de excepción. Por ello y otros motivos, el arbitraje ha pasado a ser [hoy] un instituto del derecho procesal; tanto es así que en nuestra legislación ni en el derecho comparado, aparece en los códigos de comercio o en las leyes que tratan específicamente las sociedades mercantiles. Una rara excepción fueron las normas de los arts. 448 y 449 del Cód. de Comercio y que, de todos modos, se reducían, la primera, en forma imprecisa a enunciar que los socios debían resolver sus diferencias a través del arbitraje salvo estipulación diversa en el contrato de sociedad y la segunda, a establecer una base para el trámite”. ZALDÍVAR, E., “Arbitraje”, cit., LL 1997-D, 1049.

sociales que se suscitaran entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serían decididas por jueces arbitradores, 'hubiérase o no estipulado así en el contrato de sociedad'.

No obstante, mientras el código español se refería al juicio de árbitros, terminología también seguida en el código argentino para la solución de conflictos durante la liquidación de la sociedad (artículo 504), el artículo 511 del Código de 1862 encomendaba a los arbitradores la solución de todos los diferendos “que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición”.

Esto daba lugar a la “singularidad de que para el estadio liquidatorio la ley convocaba tanto a los árbitros como a los arbitradores, en tanto la regla genérica para todos los diferendos disponía la actuación de arbitradores, sin que esta legislación contuviese pauta alguna sobre la caracterización de cada figura. Sin embargo, con el soporte interpretativo de la legislación procesal, se pudo sentar la distinción entre los árbitros, sujetos a las reglas del arbitraje de derecho, y los arbitradores identificados con la amigable composición”¹⁴⁵².

Bajo estos lineamientos mantuvo el derecho argentino en su primigenia versión codificada la tradición del arbitraje societario obligatorio, no obstante por entonces abandonado por Francia¹⁴⁵³, con el agregado de que por su recepción con alcance genérico quedaban también incluidos los conflictos planteados en las sociedades por acciones.

¹⁴⁵² ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

¹⁴⁵³ En 1843 la Corte de Casación francesa declaró la nulidad de las cláusulas compromisorias, mientras que en 1856 se derogó la obligatoriedad del arbitraje como medio de resolución de los conflictos societarios, criterio que se mantuvo hasta 1925.

7.2.4. Código de Comercio de 1889

El Código de Comercio de 1862 tuvo una efímera existencia. En 1889 un nuevo Código lo sustituyó ocupándose con mayor detalle de las sociedades, a partir del “notable desenvolvimiento que [éstas] han experimentado entre nosotros” y que forzó a los legisladores a intentar “transformar completamente” las normas existentes, según refiriera entonces el informe de la Comisión Reformadora. Sirvieron como antecedentes del Código de 1889, además del Código de 1862, las leyes portuguesa e italiana –ambas mencionadas por la Comisión encargada de su redacción– junto a la ley francesa de 1867, la ley inglesa de 1862, la ley belga de 1873, el código federal suizo de las obligaciones de 1881, el código de comercio español de 1885, el código general de comercio alemán de 1861 y las leyes alemanas de 1870 y 1884¹⁴⁵⁴.

Se ha dicho que el sistema arbitral de resolución de conflictos previsto en el Código de Comercio de 1862 provenía del Código de Comercio español de 1829 (su artículo 323, al que sin embargo no reproducía), que a su vez reconocía como fuentes la Ordenanza de Colbert de 1673 y las Ordenanzas de Bilbao. Estas últimas –según también ya se apuntara– “lo fundamentaban en que, en la conveniencia de evitar ‘pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos’, [las diferencias] fuesen decididas sumariamente por dos o mas personas prácticas”.

Pero tanto la solución arbitral propuesta por el Código Sainz Andino como del primer Código de Comercio de la República rara

¹⁴⁵⁴ “Nuestro país, formado con población extranjera, y nuestra industria y comercio, a base de capitales europeos, exigían una legislación que se inspirase en aquellos modelos”. RIVAROLA, MARIO, *Sociedades anónimas*, t. 1, 5ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1957, p. 75.

vez habían dado los resultados esperados, al tiempo que coartaban la posibilidad de los socios para resolver de común acuerdo acudir directamente a los tribunales de justicia¹⁴⁵⁵, por lo que no llamó la atención que el Código de Comercio de 1889 permitiera –ya no obligara– a las partes, cuando así lo hubieran estipulado contractualmente, resolver sus diferencias sin someterse a jueces arbitradores¹⁴⁵⁶.

Similar tesitura había seguido poco tiempo antes el ordenamiento francés (ley del 17 de julio de 1856) sumándose a la creciente impopularidad del arbitraje, que ya había sido desterrado en varios países¹⁴⁵⁷ y que destacada doctrina de la época veía con disvalor¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁵ Cfr. MALAGARRIGA, C., *Código de comercio...*, cit., t. II, n° 527, p. 445 y *Tratado de derecho comercial*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1958, p. 206.

¹⁴⁵⁶ Empero, la posición no resultaba incontrovertida. El Proyecto de Reformas al Código de Comercio encomendado por el Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública al Senado el 14 de octubre de 1870 –elevado para su consideración con fecha 14 de abril de 1873 por VILLEGAS y QUESADA– mantenía la fórmula original, sometiendo inexorablemente todas las cuestiones sociales a jueces arbitradores.

¹⁴⁵⁷ Francia, por ley de 1856. A este lo siguieron Suiza, Bélgica, Italia, Portugal y Brasil (ley 1350 de 1866). Cfr. SEGOVIA, LISANDRO, *Explicación crítica del nuevo código de comercio*, t. I, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1892, nota 1619, p. 503; SIBURU, JUAN, *Comentario al código de comercio*, t. V, Lajouane, Buenos Aires, 1912, n° 1608, p. 328 y ed. Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1933.

¹⁴⁵⁸ SEGOVIA, L., *Explicación y crítica...*, cit., t. I, p. 503, nota 1619; ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125, “si bien no faltaron excepciones significativas, la doctrina, en particular la comercialista, fue poco favorable al arbitraje. Y tuvo buen acompañamiento de la jurisprudencia que, frente a la claridad de los textos legales, sentó criterios tan restrictivos de su aplicabilidad que llegó al extremo de negar que pudiesen someterse a árbitros arbitradores las causas en que se dirimen cuestiones de derecho y no de hecho ... Factor gravitante en esta hostilidad fue, sin duda, la deficiente regulación del arbitraje en los ordenamientos procedimentales, circunscriptos al arbitraje doméstico ad hoc, propensos a una extremada judicialización de los procesos arbitrales que dificultaba y prolongaba la sustanciación y la ejecución de los laudos. A lo que se sumó todavía la enseñanza de

En su nueva redacción del año 1889¹⁴⁵⁹, el artículo 448 del Código de Comercio establecía que “todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por jueces arbitradores, a no ser que se haya estipulado lo contrario en el contrato social”. De este modo el arbitraje seguía siendo, pese a la reforma, el método ordinario de resolución de conflictos sociales¹⁴⁶⁰, sólo que ahora ya no se coartaba la libertad de las partes para resolver –de común acuerdo– acudir a la justicia¹⁴⁶¹.

Cabía en tales circunstancias a los socios la designación de los árbitros –la ley no era clara en cuanto a si se trataba de árbitros o amigables componedores¹⁴⁶²– en los términos dispuestos en el

Halperín negando la aplicabilidad de los artículos 441 y 448 del Código a las sociedades anónimas dado que ‘por su estructura y funcionamiento, no se da el litigio entre socios, presupuesto de aplicación del art. 448’.

¹⁴⁵⁹ La nueva redacción obedeció a que la falta de precisión y mala terminología del Código de 1862 dificultó su aplicación. Cfr. ZALDÍVAR, E., “Arbitraje”, cit., LL 1997-D, 1049. No obstante y según se dirá más adelante, el resultado de la reforma no fue positivo por cuanto pocas veces se cumplió el procedimiento arbitral cuando alguno de los afectados obstaculizó la suscripción del compromiso o la designación de árbitros. Cfr. HALPERÍN, ISAAC, *Sociedades comerciales. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 242; MALAGARRIGA, CARLOS, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, 235.

¹⁴⁶⁰ La disponibilidad dispuesta en los artículos 448 y 449 del Código de 1889 ya indicaban que el arbitraje, por defecto estatuido, no era de orden público. Cfr. SIBURU, J., *Comentario al código...*, cit., t. V, ed. 1933, pp. 327 y 328; FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., t. I, vol. 2, p. 712.

¹⁴⁶¹ Cfr. MALAGARRIGA, C., *Tratado elemental de derecho...*, cit., t. I, p. 236.

¹⁴⁶² Cfr. MALAGARRIGA, C., *Tratado elemental de derecho...*, cit., t. I, p. 237; ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Código de comercio y leyes complementarias*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 560. Parte de la doctrina entendía que se trataba exclusivamente de amigables componedores, cfr. COLOMBO, CARLOS, *Código procesal civil y comercial de la Nación, comentado y anotado*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 830.

estatuto¹⁴⁶³, bajo apercibimiento de que la elección se efectuara de oficio por el Tribunal “en las personas que a su juicio sean peritas e imparciales para atender el negocio que se disputa”. Pero las frecuentes discrepancias en la selección de los árbitros no disminuían aún frente a la existencia de previsiones contractuales, por lo que los inconvenientes procedimentales en su designación coadyuvaban al disvalor con que por entonces se veía la solución arbitral.

Alguna doctrina daba cuenta de ello señalando que “no obstante las previsiones que contienen en general los contratos sociales, se discute a veces –también en incidencias previas– la clase de árbitros a designar: iures (jueces de derecho o ‘árbitros arbitradores’; sólo después de una etapa difícil ello queda establecido. Luego viene la determinación del árbitro tercero y el procedimiento ante el tribunal arbitral. Dictada la sentencia aparece con frecuencia la complicada acción de nulidad del laudo (artículo 808, Código Procesal Civil) que abre un nuevo debate contradictorio entre las partes”¹⁴⁶⁴.

Además, el Código no permitía discernir si la alocución “jueces arbitradores” sería luego de aplicación al juicio de las dos especies que posteriormente establecería el CPCCN:

i.-) árbitros de derecho o árbitros juris (iures), a los que cabe actuar conforme a derecho, con sujeción a lo alegado y probado como si se tratar de magistrados ordinarios, siendo su laudo recurrible en los mismos términos que una sentencia ordinaria para el caso de que las partes no hubieran renunciado a tal derecho, supuesto en que incluso puede solicitarse su

¹⁴⁶³ Ante escribano público para que reciba el juramento de los árbitros. Cfr. CASTILLO, RAMÓN, *Curso de derecho comercial*, t. III, 3ª edición, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1935, pp. 369 y 370.

¹⁴⁶⁴ ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de comercio...*, cit., t. I, 1964, n° 1074, p. 560.

declaración de nulidad basada en fallas del procedimiento, extemporaneidad o extrapetición; o bien a ii.-) a arbitrajes o amigables componedores, quienes fallan a su leal saber y entender sin necesidad de someterse a formas legales, de acuerdo a los elementos aportados por las partes y los por éstos recabados.

La idea del legislador al receptor esta jurisdicción de excepción era la de permitir que las cuestiones planteadas entre socios tuvieran una definición simple. Cuando del compromiso de las partes no surgía claro si estas se sometían a árbitros de derecho o a amigables componedores, los tribunales y la doctrina se inclinaban por la competencia de estos últimos, por adaptarse mejor en razón de su especialidad a la materia mercantil¹⁴⁶⁵, además de por emplear la ley el vocablo “arbitrador”, el espíritu del precepto y la alusión a personas peritas que efectuaba el artículo 449 del Código de Comercio¹⁴⁶⁶.

Con respecto a la designación de los árbitros, el Código disponía que “las partes interesadas los nombrarán en el término que se haya prefijado en la escritura, y en su defecto, en el que señalare el Tribunal competente. No haciéndose el nombramiento dentro del término señalado, y sin necesidad de prórroga alguna, se hará de oficio por el Tribunal, en las personas que a su juicio sean

¹⁴⁶⁵ Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de comercio...*, cit., t. I, ns. 1081 y 1083, p. 563; MALAGARRIGA, C., *Código de comercio...*, cit., t. II, n° 528, p. 445 y *Tratado de derecho comercial*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1958, p. 206.

¹⁴⁶⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio. Tratado de derecho comercial en forma exegética*, t. 1, vol. 2, Amorrortu, Buenos Aires, 1957, pp. 712 y 713. El Código tampoco precisaba cual debía ser la materia que, salvo pacto en contrario, debía resolverse mediante arbitraje, por lo que los tribunales se inclinaron por interpretar que cuando la cuestión se circunscribía a la aplicación e interpretación de la ley, no funcionaba la cláusula arbitral. Cfr. Cámara Comercial, 24 de marzo de 1943, LL, t.. 30, p. 613; JA, 1943, t. 1. p. 912.

peritas é imparciales para entender en el negocio que se disputa” (artículo 449)¹⁴⁶⁷.

En el caso de que el nombramiento hubiera sido hecho por los socios sin que mediara común acuerdo, cada uno de ellos podía recusar –según las reglas del Código de Procedimiento¹⁴⁶⁸– a los árbitros nombrados por los otros socios. Si, en cambio, el nombramiento había sido hecho judicialmente, sólo podía recusarlos el socio que no había dado lugar al nombramiento judicial.¹⁴⁶⁹

Estas cuestiones generaron innecesarias demoras al procedimiento, haciendo que pronto la doctrina se manifestara abiertamente en contra del sistema arbitral consagrado en el Código de Comercio de 1889. En 1892, apenas tres años después de su sanción, SEGOVIA bregaba por la supresión del juicio arbitral, al que consideraba una forma primitiva de justicia que originariamente gozara del favor de comerciantes que buscaban ser juzgados por pares.

“En teoría, el arbitraje parece un medio excelente de terminar las cuestiones con economía de tiempo y dinero, y cuando se trata de cuentas que revisar y de relaciones complicadas, como son las sociales, hay la ventaja de que el árbitro dispone de más tiempo que un juez para su minucioso exámen. Más, en la práctica, el arbitraje no ha respondido á la expectativa del legislador y ha engañado todas las esperanzas, produciendo generalmente efectos contrarios á los que se buscaban con esa institución. Los árbitros se consideran muchas veces no como jueces, sino más bien como los defensores de los que han

¹⁴⁶⁷ El artículo 449 del Código de Comercio prácticamente reproducía el artículo 324 del Código Sainz Andino.

¹⁴⁶⁸ SEGOVIA, L., *Explicación crítica...*, cit., t. I, nota 1620, p. 504.

¹⁴⁶⁹ MALAGARRIGA, C., *Código de comercio...*, cit., t. II, n° 531, p. 451 y *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 211.

nombrado. Sus pareceres se dividen y el tercero en discordia se vé en la necesidad de elegir entre conclusiones igualmente parciales é injustas, so pena de no haber fallo. Es notable que en las Instrucciones portuguesas de 1773 se consigne ya, que la esperiencia ha demostrado que hay en el árbitro uno de estos tres vicios: amor, odio ó ignorancia. El arbitraje, dice Troplong, es una manera de juzgar tan defectuosa que y tan falta de garantías, que ha debido dejarse á los interesados la libertad de recurrir ó no a él; y aconseja que no se comprometa asunto que sea de alguna gravedad. El arbitraje forzoso no es, con efecto, conforme á la índole propia de la institución, y constituye, como decían los comerciantes de Burdeos, un antiguo error contra el cual la esperiencia nos tiene aleccionados, y que es preciso destruir¹⁴⁷⁰.

La prédica tuvo pronta y favorable acogida en la doctrina nacional. En 1907 OBARRIO coincidía en que la experiencia arbitral forzosa no siempre atendía el interés de los socios, e imputaba a la defectuosa y desprovista de garantías manera de juzgar del arbitraje la razón por la cual la ley de 1889 había dejado en libertad a las partes para recurrir al arbitraje o rechazarlo según las circunstancias¹⁴⁷¹, mientras que SIBURU reafirmaba esa impresión en 1912 agregando que en la práctica el arbitraje forzoso estaba poco menos que abolido, tendencia que aconsejaba seguir¹⁴⁷².

¹⁴⁷⁰ SEGOVIA, L., *Explicación crítica...*, cit., t. I, nota 1619, p. 503.

¹⁴⁷¹ Cfr. OBARRIO, M., *Curso de derecho comercial*, cit., t. I, n° 461, p. 452, quien cita palabras de TROPLONG: “en cuanto a mi, que he sido árbitro algunas veces, declaro por experiencia que en un proceso de alguna gravedad, a nadie aconsejaría hacer juzgar por árbitros. Un tribunal que se crea el derecho de ser más equitativo que las leyes [francesas] más equitativas del mundo, me parece que no puede adaptarse sino a un pequeño número de cuestiones de hecho y de intereses mediocres”.

¹⁴⁷² SIBURU, J., *Comentario al código...*, cit., t. V, ed.. 1912, n° 1608, p. 328.

Este rechazo generalizado pronto encontró eco en los tribunales. En 1919, el procurador general de la Nación – MATIENZO– en autos GOBIERNO NACIONAL C. CÍA. DOCK SUD DE BUENOS AIRES se manifestó contrario al arbitraje –si bien como solución aplicable al Estado– interpretando a ese efecto el artículo 100 de la Constitución Nacional, posición que recibió respuesta encontrada en BIELSA y SPOTA¹⁴⁷³. Las escasas voces sosteniendo la bondad del arbitraje pronto fueron acallándose frente al difundido incremento del disfavor de la doctrina y los jueces.

En 1951, CASTILLO contrastaba los resultados obtenidos mediante arbitraje frente a las perspectivas que lo alumbraran: habiendo estado llamado a evitar dilaciones y gastos, y a obviar el apasionamiento que provoca ventilar cuestiones pasadas en un ambiente de confianza recíproca –tal se consideraba entonces a la sociedad, mayormente familiar–, el arbitraje pronto se había revelado como “una práctica desastrosa”, plagada de momentos inadecuados, largos y costosos, con “una amplitud y un apasionamiento tales que no serían tolerados por los jueces ... este juicio [arbitral], que persigue la garantía de pronunciamiento de tres jueces, lo resuelve uno sólo de ellos, el árbitro tercero, porque los árbitros nombrados por las partes encuentran más fácil o más cómodo resolver en favor de la que los propuso”¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷³ Cfr. ARECHA, M., “Arbitraje y mediación en...”, cit., IJ-XXV-171, quien cita Estudios de derecho público, t. 1, p. 283 de BIELSA y “La cláusula compromisoria en el derecho administrativo”, JA, 1943-1 p. 603, de SPOTA.

¹⁴⁷⁴ CASTILLO, R., *Curso de derecho comercial*, cit., t. III, n° 505, pp. 340 y 341. En contra, MALAGARRIGA, C., *Código de comercio...*, cit., t. II, n° 527, p. 445 y Tratado de derecho comercial, t. I, TEA, 1958, p. 206, para quien “estas censuras son en realidad injustas, pues la solución de 1889 concilió prudentemente todos los intereses e importó una correcta interpretación de la voluntad no expresada de los socios”. Id. FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio. Tratado...*, cit., t. 1, vol. 2, p. 712, quien refería que “las censuras que se han formulado al sistema adoptado por el legislador [dual, de libre elección de jurisdicción], carecen de todo fundamento”.

En concordancia con tales ideas, el Anteproyecto de Ley General de Sociedades (dec. 9.311/58) de MALAGARRIGA y AZTIRIA, del año 1959, posibilitaba la exclusión del socio que incumpliera su obligación de aportar mediante “procedimiento judicial sumario” (artículos 39 y 110), solución que con la sanción en 1972 posteriormente se aplicaría a prácticamente la totalidad de las disputas societarias.

7.2.5. La cuestión arbitral desde la sanción de la Ley de Sociedades

En 1972 la opinión generalizada no había cambiado, por lo que se vislumbraba con claridad cuál habría de ser el criterio que alumbraría la Ley de Sociedades Comerciales 19.550¹⁴⁷⁵. ZAVALA RODRÍGUEZ resumía el pensamiento crítico imperante y señalaba el criterio legal en la materia remarcando que “el fracaso del procedimiento arbitral resulta evidente, salvo en lo que se refiere a seguros o materias que se arbitran en las bolsas o mercados institucionales similares.

En lo demás, el arbitraje es el medio a que recurren los socios creyendo que solucionarán sus problemas, para convencerse luego que es un engranaje más pesado y caro aún que el de la justicia. En

¹⁴⁷⁵ La ley 19.550 tiene como fuentes principales el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de BIBILONI de 1926, el Anteproyecto de Ley General de Sociedades de MALAGARRIGA y AZTIRIA (dto. 9.311/58, elevado como Proyecto a la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Educación y Justicia con fecha 27 de diciembre de 1967), en el Anteproyecto de la Comisión Revisora de 1963, y en las por entonces recientes leyes italiana de 1942, Companies Act. inglesa de 1948, Código de Comercio de Honduras de 1950, española de 1951, alemana de 1965 y francesa de 1966. Sin embargo, la doctrina sostiene mayormente que resulta más bien una creación patria, producto de adecuar –reelaborando– normas preexistentes a soluciones adoptadas por los tribunales y a la opinión de doctrinarios locales.

los casos extremos –pero desgraciadamente muy frecuentes– debe promoverse un juicio ordinario para pedir al consocio, convertido en rival, la ‘constitución del tribunal arbitral’, la fijación de las bases del arbitraje y la determinación de las reglas del procedimiento a seguir (compromiso)”¹⁴⁷⁶.

Estas observaciones a la primigenia obligatoriedad del arbitraje, que había nacido con el objetivo de evitar pleitos largos y costosos mediante la decisión sumaria de prácticos en la materia, tomaban como punto de partida el funcionamiento supuestamente ineficiente del instituto durante cinco siglos de intentos –si tomamos como primer antecedente positivo el Edicto francés de 1560–. En dicho contexto no es de extrañar la eliminación de toda mención al arbitraje societario en la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 de 1972 (LSC)¹⁴⁷⁷ –o en su antecedente más directo, el Anteproyecto de MALAGARRIGA y AZTIRIA–.

La ley 19.550 no sólo dejó de imponer el arbitraje, sino que ni siquiera sugirió la posibilidad de que las partes lo incorporaran

¹⁴⁷⁶ ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de comercio...*, cit., t. I, n° 1074, pp. 559 y 560.

¹⁴⁷⁷ Pese a que la tendencia a observar con recelo la solución arbitral ha comenzado a revertirse desde finales del siglo XX, aún recibe numerosas objeciones, algunas de ellas infundadas, como las que reseña y refuta RIVERA, JULIO, “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones y que se resumen en: i.-) se trataría de una “moda” (omitiendo que su origen se remonta a la época de Roma, en que los árbitros resolvían conforma las prácticas y usos del comercio del lugar); ii.-) del mismo resultaría la “privatización” de la justicia; iii.-) para el caso del arbitraje internacional, se trataría de un medio de opresión de las grandes empresas sobre las empresas de los países emergentes; iv.-) implicaría un modo de eludir la aplicación de la legislación estatal imperativa (o de orden público); v.-) los árbitros no son realmente independientes de las partes; vi.-) la confidencialidad atenta contra la transparencia del sistema y crea dificultades para conocer la jurisprudencia; vii.-) en el arbitraje doméstico no hay razones que justifiquen reemplazar al juez por un tercero e implica desconfianza en los jueces; viii.-) no siempre el procedimiento es barato y simple.

mediante pacto expreso. Pero este abrupto giro legislativo no importó la exclusión del arbitraje de los conflictos societarios, sino la confirmación de la tendencia a dejar librada su adopción a la decisión de los socios mediante la inclusión en los contratos de cláusulas que establecieran sus derechos y obligaciones, así como las cuestiones atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad (artículo 11 incs. 8º y 9º LSC)¹⁴⁷⁸. No existiendo prohibición, cabe a los socios habilitar la cuestión arbitral mediante cláusula compromisoria¹⁴⁷⁹, que determine los temas alcanzados¹⁴⁸⁰, en excepción a la regla general procesal fijada por del artículo 15 LSC –procedimiento sumario–.

Este apartamiento –por omisión– de la legislación respecto de la solución arbitral no se mantuvo en el tiempo, ya que la reforma de la LSC por ley 22.903 de 1983 incorporó para las sociedades de responsabilidad limitada un remedio de contenido arbitral –no el arbitraje–, disponiendo que en caso de transmisión de cuotas y ejercicio de opción de adquisición por los socios con impugnación del precio debe recurrirse al contrato¹⁴⁸¹, o en su defecto a la pericia

¹⁴⁷⁸ ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

¹⁴⁷⁹ O someténdose al juicio de árbitros con posterioridad al acaecimiento del conflicto. Cfr. ANAYA, JAIME LUIS, “El arbitraje en los conflictos societarios”, ED 1995-E, p. 853.

¹⁴⁸⁰ Cfr. ZALDÍVAR ENRIQUE, RAGAZZI GUILLERMO, MANÓVIL RAFAEL, SAN MILLÁN CARLOS y ROVIRA ALFREDO, *Cuadernos de derecho societario*, vol. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 435.

¹⁴⁸¹ “Cuando al tiempo de ejercitar el derecho de preferencia los socios o la sociedad impugnen el precio de las cuotas, deberán expresar el que consideren ajustado a la realidad. En este caso, salvo que el contrato prevea otras reglas para la solución del diferendo, la determinación del precio resultará de una pericia judicial” (art. 154 LS).

judicial (artículos 154 LSC y 773 del CPCCN –o su análogo, de existir, en los demás códigos procesales locales-; pericia arbitral)¹⁴⁸².

Puede colegirse que la cuestión arbitral, desde la sanción de la LSC o cuanto menos desde su modificación por ley 22.903, ha quedado abierta a la autonomía de la voluntad, ello en el marco de los respectivos ordenamientos procesales locales¹⁴⁸³, los que mayormente imponen a los jueces el deber de prestar el auxilio de la jurisdicción y dotan a los laudos fuerza ejecutiva en iguales términos que las sentencias judiciales (artículos 754 y 499 CPCCN).

Resuelto por las partes la prorrogación de jurisdicción originaria y la sujeción de la resolución de sus conflictos al laudo de árbitros o amigables compondores, se abre un procedimiento adversarial-adjudicativo sujeto a la ley de rito local, en el que terceros neutrales ya no buscan auxiliar a las partes para que éstas encuentren una solución sino que se las impone¹⁴⁸⁴.

Pero los códigos de procedimiento no son uniformes, ya que con arreglo a lo dispuesto por los artículos 75 inc. 12, 116 y 121 de la Constitución Nacional, son de incumbencia exclusivamente provincial¹⁴⁸⁵. El proyecto de ley de arbitraje de 1998 solucionaba

¹⁴⁸² ARECHA, M., “Arbitraje y mediación en...”, cit., IJ-XXV-171

¹⁴⁸³ Alguna doctrina señala que la regulación del arbitraje en los códigos procesales resulta, en general, deficitaria. Cfr. AGUILAR, FERNANDO, “¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?”, LL 19 y 20 de enero de 2005; ARAZI, ROLAND, “Arbitraje nacional e internacional”, LL 19.8.05; RIVERA, JULIO CESAR, “El arbitraje en Argentina”, Revista de Derecho Comparado, no 11 y “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje_%20y%20Poder%20Judicial2.pdf.

¹⁴⁸⁴ Cfr. CAIVANO, ROQUE, “Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos: una herramienta para las empresas”, Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario, n° 1467, diciembre 1995.

¹⁴⁸⁵ ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

parcialmente la cuestión y establecía la validez de la cláusula arbitral en los contratos o estatutos de sociedades –también asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas, con excepción de las sociedades anónimas que hacen oferta pública– y del arbitraje como forma de resolver las controversias con los socios, las relativas al cumplimiento de los estatutos o validez de sus acuerdos o resoluciones, y las que versen sobre cuestiones relacionadas con las actividades, fines u objeto social (artículo 9, párr. 3).

Por su parte, el proyecto de ley de arbitraje 2000/2001 proponía derogar el Libro VI –Proceso Arbitral– y el artículo 519 del CPCCN, facultando a los árbitros a determinar su propia competencia y ocuparse de las defensas vinculadas con la existencia del acuerdo, incorporando los supuestos de nulidad de acuerdos, resoluciones o asambleas –con excepción de las sociedades anónimas que hicieran oferta pública–, declarando la inapelabilidad del laudo salvo que las partes hubieran pautado lo contrario.

Mayor interés para la materia observaba el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de junio de 2003, de ANAYA, BERGEL y ECHEVERRY. Para sus autores la inclusión del arbitraje al Anteproyecto se daba en consonancia con la creciente difusión que por entonces tenía el arbitraje “como medio privilegiado para la solución de los conflictos societarios, que reconoce seculares raíces en nuestro derecho”, para lo cual proponían la sustitución del artículo 15 LSC por el siguiente texto:

“Procedimiento. Arbitraje. Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de la acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. En ningún caso queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos por el acto constitutivo o estatuto. Cláusulas compromisorias. Los contratos sociales o estatutos pueden incluir cláusulas que sometan los diferendos entre los

socios o entre éstos y la sociedad al arbitraje o a la amigable composición. Valuaciones. Arbitraje pericial. Salvo que el contrato o estatuto prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso quien impugne el precio atribuido por la otra parte, deberá expresar el que considere ajustado a la realidad. Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral¹⁴⁸⁶. Medidas asegurativas y compulsorias.

¹⁴⁸⁶ Además, este nuevo art. 15 LSC incluía el arbitraje para las sociedades cotizantes en bolsas o mercados, las que quedaban “obligatoriamente sometidas a la jurisdicción de los tribunales arbitrales permanentes organizados por dichas entidades, respecto de todas las acciones derivadas de esta ley contra las sociedades o los integrantes de sus órganos, como también respecto de las acciones derivadas de otras leyes que rijan la emisión de los valores negociables cotizados y los derechos de sus titulares. Quedan asimismo sometidas a este arbitraje las personas que efectúen oferta pública de adquisición de acciones o valores, respecto de los destinatarios de esas ofertas. Será competente el tribunal arbitral de la entidad que hubiese autorizado la cotización de la respectiva especie en los términos de los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.811 y, si hubiere más de una, el tribunal arbitral que hubiese estipulado la sociedad en las condiciones de emisión o, en su defecto, se aplicará el principio de prevención. Lo dispuesto en el párrafo anterior no es aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero respecto de las acciones derivadas de las leyes que rijan su existencia y forma, incluidas las acciones de nulidad de disposiciones estatutarias o reglamentarias y de resoluciones sociales, así como las de responsabilidad social contra los integrantes de sus órganos y sus accionistas. Queda a salvo la aceptación de la jurisdicción arbitral por dichas sociedades. Los accionistas e inversores en conflicto con la sociedad o con los integrantes de sus órganos, así como los destinatarios de la oferta pública pueden optar por la jurisdicción de los tribunales judiciales. En los casos de litisconsorcio necesario, la acumulación se efectuará en el tribunal judicial o arbitral ante el cual se hubieren presentado mayor número de demandantes y en caso de igualdad se regirá por el principio de prevención”.

Colaboración judicial. Cuando por aplicación de esta ley o por convenciones de arbitraje se sometan diferendos al arbitraje, podrán los árbitros disponer medidas cautelares, asegurativas y de intervención, a menos que expresamente se las excluya en las cláusulas compromisorias. De ser necesario para su cumplimiento, así como para el de las medidas compulsorias o de ejecución que hayan dispuesto, los árbitros deben requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de la jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

El Anteproyecto de Ley de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación presentado por la Comisión de Reformas establecida por decreto 191/2011 –LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO y KEMELMAJER DE CARLUCCI–, también incluyó el arbitraje societario proponiendo un nuevo y muy extenso artículo 15 LSC que unificara en todo el país el criterio para determinar el procedimiento aplicable, superando las diferencias entre los Códigos de Procedimiento locales. Tales reformas, que finalmente no fueron incorporadas por sugerencia del Poder Ejecutivo Nacional al Proyecto definitivo de ley, consignaban:

“Artículo 15. Procedimiento. Norma general: Si en la ley se dispone o autoriza la promoción de una acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. El procedimiento debe garantizar la defensa en juicio, amplitud probatoria y doble instancia. Recibida la demanda, en la primera resolución el juez debe decidir cuál es el procedimiento. En ningún caso la acción queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos en el acto constitutivo, el contrato o el estatuto, o que las partes se avengan a ellos.

Artículo 15 bis: Arbitraje. Cláusula compromisoria. El acto constitutivo, contrato social o estatuto puede incluir una cláusula compromisoria que someta en forma obligatoria los diferendos entre los socios, o entre éstos y la sociedad o los integrantes de sus órganos sociales, al arbitraje o a la amigable composición. En este caso se debe especificar: 1) el procedimiento por el cual se regirá el arbitraje; 2) la forma de designación de los árbitros; 3) la designación de una entidad que administre el arbitraje, y la previsión, para el caso que ésta desaparezca, de las reglas que se aplicarán; 4) la sede o domicilio del arbitraje; en su defecto se considera que es el domicilio de la sociedad; 5) los recursos que puedan interponerse contra el laudo, o los que se renuncien en su caso; si en el acto constitutivo, contrato o estatuto social no estuviera previsto el procedimiento que regirá el arbitraje o la entidad que lo administre, deberá sustanciarse ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio; si la cláusula compromisoria fuese ambigua, o no pudiesen ser designados los árbitros, deberá recurrirse a la vía judicial. Cláusula compromisoria posterior. Son igualmente válidas las convenciones de arbitraje que celebren las partes en cualquier diferendo, aunque no se incluya una cláusula compromisoria en el acto constitutivo, contrato o estatuto social¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁷ Como novedad, el anteproyecto otorgaba validez a las convenciones de arbitraje celebradas por las partes en cualquier diferendo posterior, aún cuando no se hubiera previsto una cláusula compromisoria en el acto constitutivo. Cfr. BASUALDO MARÍA EUGENIA, "Resolución de Conflictos Societarios a través del Arbitraje", XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina Rosario, 28 y 29 de Junio 2012; www.societario.com/AdminNews/VisorNewsEnviado.aspx?IdNews=541&Asunto=Societario.com%20-%20Newsletter%20nº%20260%20-%20Agosto%202012&Fecha=24/08/2012

Artículo 15 ter: “Valuaciones. Arbitraje pericial. Salvo que el acto constitutivo, contrato o estatuto social prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso, quien impugne el precio atribuido por la otra parte deberá expresar el que considere ajustado a la realidad. Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral. Si no estuviere previsto en el acto constitutivo, contrato o estatuto social el procedimiento aplicable a la pericia arbitral, deberá sustanciarse ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio.”

Artículo 15 quater: “Medidas asegurativas y compulsorias. Colaboración judicial. Cuando por aplicación de esta ley o por convenciones de arbitraje se sometan diferendos al arbitraje, podrán los árbitros disponer medidas cautelares, asegurativas y de intervención, a menos que se las haya excluido expresamente en las cláusulas compromisorias. Podrá preverse la exigencia de notificación previa a la otra parte para ser escuchada antes de adoptar la medida. Colaboración del juez estatal. De ser necesario para el cumplimiento o ejecución de cualquier resolución del tribunal arbitral, incluido el laudo final, así como para el de las medidas asegurativas y compulsorias previstas, o las de ejecución que se hayan dispuesto, los árbitros deben requerir la intervención del juez estatal y este deberá prestar el auxilio de la jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

7.3. NATURALEZA DEL ARBITRAJE SOCIETARIO

7.3.1. Naturaleza, materia y límites

La doctrina clásica ve en el arbitraje un contrato de la especie de los de solución o resolución, como todos los de decisión¹⁴⁸⁸, en el que se procura disolver un estado de conflicto preexistente entre las partes. Para quienes se enrolan en esta tesitura, los árbitros actúan a partir de un mandato conferido por los suscriptores, sujetando sus relaciones a las prescripciones del Código Civil¹⁴⁸⁹.

Empero, corrientes más modernas y superadoras de aquellas conjugan de manera adecuada la naturaleza del instituto, asignando al arbitraje el carácter de un verdadero ejercicio de jurisdicción acotada¹⁴⁹⁰, toda vez que los árbitros –no obstante su falta de imperium¹⁴⁹¹– pueden decidir sobre cualquier cuestión transable y

¹⁴⁸⁸ Que distinguía a su vez tres tipos de contratos: los de fusión o de organización, los que contemplan intereses contrapuestos y los de solución o resolución, dentro de los que se encuentra el arbitraje. Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de comercio...*, cit., t. I, p. 560.

¹⁴⁸⁹ Código Civil, arts. 1868.

¹⁴⁹⁰ Cfr. ALSINA, H., *Tratado teórico...*, cit., t. VII, p. 53; COLOMBO, CARLOS, *Código procesal civil y comercial de la Nación, comentado y anotado*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 856; PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. X, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 29; FASSI, SANTIAGO, *Código procesal civil y comercial*, t. III, Astrea Buenos Aires, 1979, p. 436; CAIVANO, ROQUE, *Arbitraje*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 97 y ss.; NAHID CUOMO, MARÍA DE LOS ANGELES, “En torno a la imposibilidad de cumplir un acuerdo arbitral y sus efectos”, ED 189-577; ANAYA, J. y PALACIO, L., “Arbitraje, jurisdicción...”, cit., ED 174-286; CSJN abril 29-1997, “Blanco Guillermo y otro c. Petroquímica Bahía Blanca y otro s. recurso ordinario” (B275-XXIV-R.O.), del voto en disidencia en la Cámara Nacional Comercial, Dr. CUARTERO, ED 174-295.

¹⁴⁹¹ A partir de lo cual parte de la doctrina califica al arbitraje como pretensión declarativa a la que no cabe reconocer naturaleza jurisdiccional. Cfr. FALCÓN, ENRIQUE, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 608.

siempre dentro de las cuestiones puestas en su conocimiento para su resolución, a partir del poder que expresamente la voluntad estatal les concede y cuyas decisiones se imponen a las partes no obstante la función jurisdiccional limitada de que gozan en cuanto a sus poderes de realización¹⁴⁹².

Lo cierto es que los árbitros, a diferencia de los jueces, desempeñan una actividad mixta, jurisdiccional por su naturaleza pero convencional por su origen en la mayoría de los casos, ya que la estructura de la institución arbitral se explica sobre la base de la voluntad de las partes, sin que su participación en la administración de justicia tenga su fuente en una dependencia directa del poder estatal¹⁴⁹³.

El Código Civil dispone que la materia sujeta a arbitraje esta compuesta por todo derecho patrimonial que esté en el comercio y que pueda ser objeto de transacción¹⁴⁹⁴, excluyendo expresamente:

- i.-) la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, ya sea por la parte ofendida o por el ministerio público, ii.-) las cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción fuera a favor del matrimonio, iii.-) las cosas que están fuera del comercio y los derechos que no son susceptibles

¹⁴⁹² Arg. art. 737 CPCCN. Los árbitros ejercen un poder de juzgamiento, como función sustitutiva de la jurisdicción oficial, que termina en una sentencia –laudo– cuya ejecución debe llevarse a cabo por la judicatura oficial. Cfr. COLOMBO, C., *Código procesal...*, cit., t. IV, p. 822. Esta sustitución no importa que los árbitros cumplan una función estatal propiamente dicha, toda vez que estas sólo están reservadas a órganos gubernamentales. Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El control constitucional y el arbitraje”, LL 2004-E, p. 392; ALVARADO BELLOSO, ADOLFO, “El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses”, LL 1986-E, p. 1005.

¹⁴⁹³ CSJN 11/11/1997, Fallos, 320:2379.

¹⁴⁹⁴ CPCCN arts. 736 y 737 y Código Civil arts. 842, 844 y 849. Véase BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, t. I, 12ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, n° 932, p. 626.

de ser materia de una convención, iv.-) las contestaciones relativas a la patria potestad, autoridad del marido o propio estado de familia, ni el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima, v.-) la transacción sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella; vi-) los derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva¹⁴⁹⁵.

Estas excepciones que señala el Código Civil se refieren mayormente a temas de familia y sucesiones; sin embargo, con relación a la materia societaria hay dos normas aplicables y que vedan transar respecto a la acción para acusar y pedir el castigo de delitos y sobre derechos no susceptibles de convención.

Además, suele señalarse que la solución arbitral no resulta de aplicación en materia societaria¹⁴⁹⁶, aún cuando ella se hubiera pactado previamente¹⁴⁹⁷, en los siguientes casos:

¹⁴⁹⁵ Código Civil, arts. 842, 843, 844, 845, 846 y 848.

¹⁴⁹⁶ En derecho comparado y en igual sentido se ha expedido la Sala 1º. del Tribunal Superior español en sentencia del 18 de abril de 1998 (Rⁿ 455/1994), el que –vigente la Ley de Arbitraje de 1988– ha resuelto que en principio no quedan excluidas del arbitraje las cuestiones referidas a la nulidad de la Junta –asamblea– de accionistas, ni la impugnación de acuerdos sociales, ello sin perjuicio de que si por alguna causa la materia estuviera fuera del poder de disposición de las partes, los árbitros no podrán pronunciarse sobre ella bajo pena de nulidad –total o parcial– del laudo.

¹⁴⁹⁷ “Aun cuando la jurisdicción arbitral sea de excepción y las cláusulas contractuales que someten a ella los conflictos deban interpretarse restrictivamente, si en el contrato de sociedad celebrado entre las partes se convino claramente que todas las controversias entre los socios serían resueltas por un tribunal de arbitradores, cabe considerar lo pactado como una prórroga de jurisdicción judicial, con alcance normativo para las partes; lo cual torna procedente un desplazamiento de competencia para que la cuestión demandada en

i.-) cuando involucrara asuntos de orden público que pudieran interesar a la sociedad¹⁴⁹⁸, por salirse estos del marco del derecho privado propio del ámbito intrasocietario e invadir áreas en las cuales los particulares no tienen facultad de disposición¹⁴⁹⁹. Empero, ni siquiera este principio sería absoluto, inclinándose la doctrina actual por sostener que resulta más recomendable permitir a los árbitros juzgar las

autos, referente a la exclusión de un socio, sea dirimida por tales arbitradores” –del dictamen del Fiscal de Cámara–, CNCom., sala E, junio 17-1994, ED 168-100.

¹⁴⁹⁸ Bajo tal denominación –orden público–, la doctrina engloba al conjunto de principios eminentes –fundamentales– a los cuales se vincula –y en los cuales se cimienta– la digna subsistencia de la organización social establecida. Cfr. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Código civil anotado*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 158 y 163. Si bien su positivación dista de ser pacífica por las dificultades que tal tarea acarrea, su supresión resulta imposible, como se confirma en el Código de Comercio (el art. 18 es fuente directa del art. 21 del Código Civil) y la propia LS (art. 54, entre otros). Cfr. RUCHELLI, H. F. y FERRER, H. C., *El orden público*, Buenos Aires, 1991, p. 11.

¹⁴⁹⁹ Cfr. BOSCH, JUAN, “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje (a propósito de la sentencia ‘Cartelone c. Hidronor’)”, ED 209-693; ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. IV, p. 438, donde se consignan, entre otras, cuestiones en torno a la tipicidad, al régimen de nulidades, a los límites de participaciones en otras sociedades; ZALDÍVAR, E., “Arbitraje”, cit., LL 1997-D, 1049; NISSEN, RICARDO, “Conflictos societarios. El procedimiento judicial en caso de conflicto, las medidas cautelares societarias y la impugnación de acuerdos sociales”, ED, 212-712 –y su cita a FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h.) y RAISERG, CLAUDIA E., “El arbitraje societario. Límites sustanciales, personales y constitucionales al artículo 38 del decreto 677/01”, Ponencia presentada en el Segundo Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, celebrado en Iguazú, Misiones, los días 12 y 13 de junio de 2003; BASUALDO, MARÍA, “El arbitraje como medio de solución de conflictos societarios”, Ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario, celebrado en Tucumán en 2004, t. IV, p. 175; DUPRAT, DIEGO, “El arbitraje y la impugnación de resoluciones asamblearias viciadas de nulidad absoluta”, en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 156.

controversias sobre cuestiones de orden público, sujeto al eventual control judicial posterior de lo decidido por aquellos¹⁵⁰⁰; ii.-) cuestiones que lesionen intereses de terceros o de socios cuando estos fueran ajenos a la controversia¹⁵⁰¹ y, por lo tanto, no tienen intervención en el procedimiento y no lo han aceptado expresa o tácitamente¹⁵⁰²; iii.-) asuntos cuya

¹⁵⁰⁰ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., p. 13, con apoyo en GAILLARD, EMMANUEL y SAVAGE, JOHN. “Basta analizar el alcance de las normas de orden público para advertir que puede haber –y de hecho hay– distintos grados de incidencia del orden público sobre la arbitrabilidad. Hay supuestos en que el orden público acarrea la imposibilidad absoluta de que los árbitros conozcan de las cuestiones que se vinculan, y otros en que no se impide que los árbitros intervengan, aunque se condiciona su decisión. En el primer caso, orden público y no-arbitrabilidad coinciden, pues la norma produce efectos ab initio y obliga al árbitro a declinar su competencia. Esto sucede cuando, además de la indisponibilidad del derecho sustantivo, el legislador establece la indisponibilidad del derecho a recurrir a los tribunales judiciales para dirimir las disputas que afecten a aquel. En estos casos, la imperatividad recae tanto sobre el derecho cuya tutela es exigida por razones de orden público, como sobre la exclusividad de la jurisdicción judicial; es imperativo el reconocimiento del derecho sustantivo y la vía por la que ese reconocimiento debe procurarse. En el segundo caso, el orden público no produce la no-arbitrabilidad sino, más bien una arbitrabilidad relativa, pues los árbitros pueden intervenir y conocer de ellas, a condición de que, al resolverlas, no vulneren el interés general que se intenta proteger. En rigor de verdad, no podemos hablar, en este último caso, de cuestiones no-arbitrables, pues de hecho son susceptibles de someterse a decisión de los árbitros. En ellos, la norma de orden público no es obstáculo para que los árbitros intervengan, produciéndose sus efectos ex post, al autorizar al juez de la nulidad a dejar sin efecto el laudo si aquella ha sido violada”. CAIVANO R. y CAPUTO L., ob. cit., p. 15.

¹⁵⁰¹ “La jurisdicción arbitral no se aplica a las causas entre la sociedad y el socio, pues en las cláusulas que someten a aquélla, los conflictos sociales deben interpretarse restrictivamente” CNCom., Sala D, Septiembre 7-1976, ED 70-144.

¹⁵⁰² Aceptada esta regla general, “se deberá aplicar a cuestiones fácticas. En la mayoría de los casos será de apreciación subjetiva si se afectan intereses de terceros y cuándo esta afectación, directa o indirecta, puede enervar el arbitraje; lo mismo respecto a la situación de otros socios: ¿cuándo el arbitraje en el que no son parte o no lo han consentido expresa o tácitamente, resultará inválido?; ¿que debe

materia no ha sido claramente incluida por las partes en el compromiso arbitral; iv.-) temas relacionados a la existencia de la sociedad o validez del contrato social¹⁵⁰³, por cuanto las cláusulas arbitrales atienden exclusivamente el interés de los socios: a-) si una parte demanda a otra fundándose en un contrato cuya validez una de estas impugna, la cuestión judicial sobre la validez o nulidad del contrato es previa, porque es el contrato lo que crea la jurisdicción arbitral y si aquel es nulo lo será también la constitución del tribunal¹⁵⁰⁴. Esto era así incluso cuando el arbitraje resultaba la única solución posible (Código de Comercio de 1859), en tiempos en que la doctrina discutía sobre si las cuestiones de puro derecho no excedían el marco de aquel¹⁵⁰⁵. b.-) si una de las partes funda su demanda en la existencia de la sociedad y la otra la niega haberla integrado, se deben someter a la competencia ordinaria¹⁵⁰⁶; v.-) aquellas situaciones en que los socios no actúan en calidad de tal, por no tratarse de cuestiones societarias –el compromiso resulta inoponible-; vi.-) en general se ha entendido que quedan excluidos del arbitraje los supuestos en el que se solicita la declaración de nulidad de una

entenderse por ‘intereses afectados’? O sea que nos encontramos en un terreno en el cual la posibilidad de aplicación del arbitraje no puede precisarse”. ZALDÍVAR, E., “Arbitraje”, cit., LL 1997-D , 1049.

¹⁵⁰³ En este sentido, la Directiva 68/151/CEE que limita los casos de nulidad y los efectos retroactivos de su declaración, prevé que la nulidad de la sociedad se declare mediante resolución judicial (art. 11.1.), en resguardo de los intereses de terceros y de la seguridad del tráfico comercial.

¹⁵⁰⁴ Cfr. CASTILLO, R., *Curso de derecho...*, cit., t. III, nº 507, p. 342.

¹⁵⁰⁵ Respecto de la exclusión de cuestiones referidas a la existencia y validez de una sociedad, sus antecedentes, véase SEGOVIA, L., *Explicación crítica...*, cit., t. I, nota 1618, p. 502, con apoyo en EIXIALÁ, HUEBRA, LA SERNA y REUS.

¹⁵⁰⁶ Cfr. CASTILLO, R., *Curso de derecho...*, cit., t. III, nº 507, p. 342; FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., t. 1, vol. 2, p. 713.

asamblea¹⁵⁰⁷. Sin perjuicio de su inclusión en diversos regímenes arbitrales privados, según referiremos infra¹⁵⁰⁸, esta hipótesis ha sido mayormente descartada por diversos ordenamientos y según –también– referiremos infra; vii.-) cuando el conflicto verse sobre la validez de estipulaciones estatutarias nulas por contrariar los supuestos del artículo 13 LSC¹⁵⁰⁹, en tanto se considere a estas materias de orden público societario; viii.-) falta de tipicidad del artículo 17 LSC, excepto para el caso de las sociedades extranjeras (artículo 119 LSC); ix.-) la nulidad por ilicitud de objeto o actividad, artículos 18 y 19 LSC¹⁵¹⁰; x.-) la nulidad por agravamiento de las condiciones para ejercer el derecho de receso, en contravención del artículo 245 LSC¹⁵¹¹; xi.-) los supuestos referidos a derechos indisponibles de las minorías (artículos 236, 263, 275, 281 incs. b y g, 282, 294 inc. 6º y 11, 301 inc. 1º, 311 y 319 LSC), por ser estos “instituidos en resguardo del

¹⁵⁰⁷ Cfr. “Sánchez, María del Pilar c. Maderas Boker, Soc. de hecho s/sumario”, sala B, 20-5-86; “Carello, Cristina y otro c. Productos El Orden, S.R.L. s/sumario”, sala A, 21-12-88; “Amorín y Cía., S.R.L. c. Amorín, Juan s/sum.”, sala C, 18-8-89; “Denami, José y otro c. Rinalmar, S.R.L. y otros s/sumario”, dictamen 66.601, 16-6-92.

¹⁵⁰⁸ En contra, y a favor de la arbitrabilidad de la declaración de nulidad cuando esta no comprometa el interés general o el orden público, véase MOLINA SANDOVAL, CARLOS, “El arbitraje en la dinámica de los conflictos societarios”, ED, 213-899.

¹⁵⁰⁹ Cfr. WETZLER MALBRÁN, RICARDO, “Algunas reflexiones sobre el arbitraje societario –a propósito de la RG (IGJ) 4/10”, DSyC, n° 167, octubre 2001; ARECHA, M., “Arbitraje y mediación...”, cit., IJ-XXV-171.

¹⁵¹⁰ Cfr. WETZLER MALBRÁN, R., “Algunas reflexiones...”, cit., DSyC, n° 167, octubre 2001; ARECHA M., “Arbitraje y mediación ...”, cit., 28-11-2002; IJ-XXV-171; NISSEN, RICARDO, “Conflictos societarios. El procedimiento judicial en caso de conflicto, las medidas cautelares societarias y la impugnación de acuerdos sociales”, ED, 212-712.

¹⁵¹¹ Cfr. WETZLER MALBRÁN, R., “Algunas reflexiones...”, cit., DSyC, n° 167, octubre 2001; ARECHA, M., “Arbitraje y mediación...”, cit., 28-11-2002; IJ-XXV-171.

equilibrio de las relaciones internas y del juego de los derechos de mayorías y minorías, derechos de estos últimos que no resultan disponibles, no pueden ser limitados ni atenuados por el estatuto ni por la práctica. No son derechos de orden público, pero son indisponibles, y en esa medida, según mi parecer, los conflictos que de ellos se deriven, no podrían ser materia de solución en vía arbitral”¹⁵¹².

A estas limitaciones se suma que los tribunales han entendido que, en caso de duda, resulta aconsejable inclinarse por la apreciación restrictiva de las cláusulas compromisorias, por ser la competencia arbitral de excepción (artículo 874 Código Civil)¹⁵¹³. En este sentido, en autos NOVA PHARMA CORPORATION S.A. VS. 3M ARGENTINA S.A. se discutió –entre otras cuestiones– los alcances de una cláusula compromisoria que desplazaba la jurisdicción ordinaria en beneficio de un tribunal arbitral¹⁵¹⁴. Con fecha 28 de abril de 2000, la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, estableció que en materia societaria la competencia arbitral resultaba de excepción y sus cláusulas debían ser interpretadas

¹⁵¹² WETZLER MALBRÁN, R., “Algunas reflexiones...”, cit., DSyC, n° 167, octubre 2001; ARECHA, M., “Arbitraje y mediación...”, IJ-XXV-171 y en *Responsabilidad y abuso en la actuación societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 27; NISSEN, R., “Conflictos societarios. El procedimiento...”, cit., ED, 212-712.

¹⁵¹³ CSJN 18/14/1921, Fallos, 133:431; CNCom., Sala E, ED 194, p. 150; CNCiv. Sala F, agosto 27-1999, “Fernández Gallardo Carlos María y otros c. Morales Ana María y otros s. desalojo”, ED 188-113; CNCom. Sala D, diciembre 22-1997 “Atorasagasti Maria c. Atorrasagasti, Bargués, Piazza y Compañía S.R.L. s. Sumario”, ED 181-155; CNCom., Sala A, 27/08/1999, “Camuzzi Argentina, S.A. c. Sodigas Sur, S.A. s/sumario”, ED, 185-125. Se comparte ésta posición, al tiempo que se señala que más allá de la calidad de instrumento privado que prima facie reviste el contrato social, cebe recordar que el mismo es de primer interés para el Estado, no sólo por razones de política económica, sino porque es éste –el Estado– quien autoriza su funcionamiento regular y en mayor o menor medida lo fiscaliza.

¹⁵¹⁴ ED, 194, p. 151.

restrictivamente, por cuanto el sometimiento de cuestiones litigiosas a jueces privados, árbitros iuris y amigables componedores, implicaba un desplazamiento parcial de la competencia ordinaria, que si fuera total vedaría la intervención de los jueces. Así se resolvió que, atento el ámbito excepcional y restricto que caracteriza al arbitraje, cabía considerar que las acciones por las que se solicitara la declaración de nulidad de una serie de contratos excedían el marco de la competencia arbitral y sólo podían ser decididas judicialmente.

En sentido análogo, la Sala D del mismo fuero en autos CAPTEC S.R.L. VS. CONSTRUCTORA SAN JOSÉ ARGENTINA S.A.¹⁵¹⁵, sostuvo la excepcionalidad de la jurisdicción arbitral y la interpretación restrictiva de la cláusula compromisorias, cuya admisión debe limitarse a aquellos supuestos en que la discusión verse sobre la interpretación de cláusulas del contrato o la verificación de cuestiones de hecho ciertas y determinadas, con exclusión de otras hipótesis en que se trata de cuestiones de derecho o de aplicación de la ley “cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces”.

Este criterio jurisprudencial no es compartido por alguna doctrina que entiende que tal interpretación “especialmente [cuando es] aplicada en cuestiones societarias, encuentra su explicación en dos circunstancias confluyentes: por un lado, la incomprensión ... respecto del arbitraje y, por el otro, la idea de que las cuestiones societarias tienen, por sí mismas, una trascendencia que excede el mero interés particular y que justifica la tutela indelegable del Estado”¹⁵¹⁶. Esta posición cuenta incluso con amplio consenso en

¹⁵¹⁵ http://www.baarbitrationreview.com/Novedades/FALLO_SOBRE_INTERPR ETACION_DE_CLAUSULAS_ARBITRALES_EN_ARGENTINA.pdf

¹⁵¹⁶ En contra de la consideración de la jurisdicción arbitral como de excepción y de la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral, véase CAIVANO, R. y ZAMENFELD, V., “El arbitraje en materia societaria”, cit., ED 194-153.

derecho comparado, en el que se reconoce al tribunal arbitral, en caso de existir cláusulas compromisorias amplias, la facultad de decidir sobre su propia competencia (kompetenz-kompetenz)¹⁵¹⁷.

7.3.2. Dictado y ejecución de medidas cautelares

Además de las restricciones a la materia arbitral ya apuntadas, conspira contra una más eficaz aplicación del arbitraje societario:

i.-) la creencia generalizada de que existe una prohibición para conceder a los árbitros y amigables componedores facultades para decretar medidas compulsorias¹⁵¹⁸, no obstante no existir norma alguna que impida a los tribunales voluntarios disponer medidas cautelares y de que algunos reglamentos expresamente prevén tal posibilidad bajo responsabilidad del solicitante y otorgamiento de contracautela¹⁵¹⁹ –p. ej. Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires¹⁵²⁰–. Siendo que el cumplimiento –

¹⁵¹⁷ En Inglaterra, Arbitration Act. de 1996, art. 30; en Francia, art. 1466 NCPC; en Alemania, Ley de Arbitraje 22 diciembre de 1997, art. 1040; en España, Ley de Arbitraje 23 diciembre 2003, art. 22.1.

¹⁵¹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., t. I, vol. 2, p. 713; CCyCMdP, “Sasso Nicolás c. Neyra Osbelia”, julio 7-1998, JA 1998-IV, p. 47, con comentario –adverso– de CAIVANO, R.

¹⁵¹⁹ Cfr. DUPRAT, D., “El arbitraje institucional...”, cit., p. 167.

¹⁵²⁰ Art. 33 Reglamento Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires: “El Tribunal podrá disponer medidas cautelares bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, y a satisfacción de aquel si las partes no han excluido tal facultad en el convenio de arbitraje. Su cumplimiento se requerirá judicialmente. Las partes podrán igualmente solicitar las medidas cautelares judicialmente, sin que ello implique contravenir el convenio de arbitraje”.

la efectivización— de la cautela indefectiblemente debe requerirse judicialmente, alguna doctrina no ve en esta norma contradicción con las previsiones del artículo 753 CPCCN por ser estas “prohibitivas de medidas compulsorias o de ejecución, caracteres de los que están desprovistas las cautelares¹⁵²¹”. Inversamente, se ha sostenido que no pueden los jueces detener el arbitraje mediante el dictado de medidas cautelares¹⁵²²; ii.-) las dificultades que plantean los supuestos de intervención judicial en el caso de remoción de los administradores, en que se requiere la configuración de actos u omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad. Si el reglamento del tribunal arbitral habilitara la petición por tratarse de una medida accesorio a la de fondo, ese mismo debiera decidir la cuestión teniendo en cuenta los parámetros de la LSC¹⁵²³; iii.-) la prohibición de conceder a los árbitros y amigables componedores facultades de ejecución, las que deben requerirse al juez para que éste preste el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral¹⁵²⁴. Esta prohibición resulta inderogable, toda vez que se refiere a una limitación a la potestad del árbitro

¹⁵²¹ ANAYA, J., “El arbitraje en los conflictos...”, cit., ED 1995-E, p. 853. “Una interpretación armónica del Código Procesal y de los reglamentos [en esta caso de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires] permite sostener que el tribunal arbitral está habilitado y puede adoptar ese tipo de medidas, pero su ejecución queda diferida a los jueces del Estado que son los que pueden hacerlas efectivas. También, hay que acotar que en general, se puede deducir el proceso arbitral y tramitar la cautelar por vía judicial.” ARECHA, M., “Arbitraje y mediación en..”, cit., IJ-XXV-171.

¹⁵²² Cfr. ROJAS, JORGE, “Amparo al arbitraje”, ED 205-163.

¹⁵²³ Cfr. VANASCO, CARLOS, “Bolsas y mercados autorregulados. Nuevo régimen arbitral”, LL 2002-D, 1256; ARECHA, M., “Arbitraje y mediación...”, cit., IJ-XXV-171.

¹⁵²⁴ CPCCN, arts. 753 y 769.

impuesta con la finalidad de trazar su límite con la magistratura oficial¹⁵²⁵.

7.4. ARBITRAJE NORMADO POR EL CPCCN EN MATERIA SOCIETARIA

7.4.1. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral

La cláusula compromisoria es una convención mediante la cual los socios acuerdan someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias derivadas del contrato social que entre estos se produjeran; la Inspección General de Justicia incluso sugiere una cláusula tipo (Res. Gral. 04/01). En ella las partes se limitan a prever los conflictos que eventualmente pudieran surgir, estableciendo la especie de proceso arbitral mediante el cual aquellos habrán de resolverse¹⁵²⁶, sustrayéndose del conocimiento de los jueces ordinarios¹⁵²⁷.

Si bien la cláusula puede efectuarse por escritura pública o instrumento privado¹⁵²⁸, siendo que usualmente se inserta como artículo del estatuto o del reglamento, necesariamente debe hacerse en instrumento público para el caso de las sociedades anónimas¹⁵²⁹. En los casos en que la cláusula compromisoria se encuentre incluida, ab initio, en el contrato social, los suscriptores originarios y sus sucesores deberán resolver sus diferencias por la vía arbitral.

¹⁵²⁵ Cfr. COLOMBO, C., *Código procesal...*, cit., t. IV, p. 856.

¹⁵²⁶ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal civil*, cit., t. X, p. 46.

¹⁵²⁷ Cfr. CAIVANO, R., *Arbitraje*, cit., p. 115.

¹⁵²⁸ CPCCN, arts. 736 y 739.

¹⁵²⁹ LSC, art. 165.

Si en cambio su inserción fuera posterior, de la misma resultará una modificación del contrato social, la que deberá hacerse atendiendo los regímenes de unanimidad o mayorías especiales según el tipo social, habilitando en su caso el ejercicio del derecho de receso para aquellos que se opusieron. Existiendo cláusula compromisoria la jurisdicción arbitral no habrá de claudicar por el sólo hecho de cuestionarse la competencia o aún la validez del contrato o el estatuto¹⁵³⁰ y su fuerza obligatoria resulta de lo dispuesto por el artículo 1197 del Código Civil¹⁵³¹.

La existencia de una cláusula compromisoria fuerza a las partes, de verificarse el conflicto en esta descripto, a suscribir el compromiso arbitral (739 CPCCN)¹⁵³². En tanto marco del proceso, no es de sorprender que la ley imponga que tal compromiso contenga, bajo pena de nulidad, un detalle concreto de las cuestiones que se someterán a juicio arbitral (artículo 740 inc. 3° CPCCN), lo que comprende también aquellas meramente accesorias –y aquellas cuya sustanciación ante los árbitros hubiera quedado consentida-¹⁵³³. Es en el compromiso en que se delimitan los elementos subjetivos y objetivos del proceso y se especifican los asuntos que se someten a arbitraje, se designan los árbitros o amigables

¹⁵³⁰ Cfr. ANAYA, J. L., “El arbitraje en ...” cit., LL 1995-E, p. 853. En sentido análogo, Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, marzo 19-2002, “CIE R P S.A. c. Grinbank Daniel Ernesto s. resolución contractual”, ED 198-465.

¹⁵³¹ CSJN 21/08/1940, Fallos, 187:458.

¹⁵³² No obstante la importancia de la cláusula compromisoria, las partes pueden obviar su suscripción y someterse directamente a arbitraje (art. 736 CPCCN), suscribiendo directamente el compromiso (art. 739 CPCCN). Lo que no puede obviarse es la suscripción del compromiso, luego de producido el conflicto, lo que conspira en caso de negativa injustificada con su rápida resolución.

¹⁵³³ Cfr. BOSCH, J., “Apuntes sobre el control judicial...”, cit., ED 209-693.

componedores y eventualmente se determinan ciertos requisitos del trámite¹⁵³⁴ (lugar, forma y tiempo¹⁵³⁵).

La negativa de alguna de las partes a suscribir el compromiso habilita a requerir judicialmente su firma, o a que ésta sea sustituida por la del juez¹⁵³⁶, pero las dificultades que el ejercicio de este derecho acarrea atentan contra los principios de celeridad y de menor costo propios del proceso arbitral, lo que motiva opiniones a favor de la supresión del compromiso, siguiendo para ello la tendencia de cierta legislación extranjera en la materia¹⁵³⁷. Como se

¹⁵³⁴ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, p. 55.

¹⁵³⁵ Si las partes hubieran omitido establecer el plazo dentro del cual debe pronunciarse el laudo, este será fijado judicialmente, atendiendo las circunstancias del caso (art. 755 CPCCN), o dentro de los tres meses de la última aceptación, si se tratara de amigables componedores (art. 770 CPCCN).

¹⁵³⁶ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, p. 73. La solución brindada por el CPCCN para superar la inacción de la parte remisa al arbitraje no resulta convincente: “tener que ir a juicio, y transitar por el procedimiento de los incidentes, con su secuela de riesgo de costas, período de pruebas, tasa de justicia, aranceles de abogados y eventualmente de peritos, a fin de obtener una sentencia firme en segunda instancia, a partir de la que dará comienzo el trámite de arbitraje pocas veces será considerado el modo más rápido y eficiente de resolver un pleito”. AGUILAR, F., “¿Para qué sirve ...”, cit., LA LEY 19/01/2005.

¹⁵³⁷ Cfr. CAIVANO ROQUE, “El compromiso arbitral, una institución inconveniente”, LL 1997-F, 1177. Id. AGUILAR, F., “¿Para qué sirve ...”, cit., LA LEY 19/01/2005, “la necesidad de incluir dentro del 'compromiso' a la concreta discrepancia o cuestión que se somete al juicio arbitral con expresión de sus circunstancias, la designación de los árbitros, y una multa para quien omitiese los actos indispensables para la realización del compromiso, resulta en que, forzosamente, el acuerdo deba celebrarse cuando ya estalló el conflicto. Ello impide, salvo excepción, que las partes lo formalicen, de donde en la práctica, la exigencia ‘ad solemnitatem’ del ‘compromiso’ se alza como barrera casi infranqueable al arbitraje ... no sucede lo mismo con los reglamentos de arbitraje modernos –extra CPCCN–, siendo la cláusula arbitral auto suficiente en cuanto denote claramente que la voluntad de ambas partes es someterse al juicio arbitral, cobra vida con relativa independencia del contrato en el que se encuentre inserta, y lo sobrevive”.

verá más adelante al referirse al arbitraje privado, la inserción en el contrato social de una cláusula arbitral privada completa, o que remita a determinado arbitraje institucional reglado de manera detallada, puede evitar los inconvenientes propios de la negativa de firma del compromiso arbitral.

Además, el compromiso debe estipular, bajo pena de nulidad, la multa que deberá pagar a la parte que dejara de cumplir los actos indispensables para su realización (artículo 740 inc. 4º), esto es, aquellos cuya ausencia –de no ser posible suplirlos legalmente– malograría la constitución y sustanciación del juicio arbitral¹⁵³⁸. Una vez suscripto, el compromiso arbitral sólo cesa en sus efectos:

- i.-) por decisión unánime de los contrayentes; ii.-) por transcurso del plazo señalado en el mismo o del legal en su defecto –sin perjuicio de la multa que corresponda a la parte que hubiese dejado transcurrir inútilmente el mismo; artículo 740 inc. 4º CPCCN); iii.-) si durante tres meses las partes –o los árbitros– no hubiesen realizado ningún acto tendiente a impulsar el procedimiento (artículo 749 inc. 3 CPCCN).

7.4.2. Juicio arbitral y juicio de amigables compondores

El CPCCN prevé dos especies de proceso arbitral, el juicio arbitral –o de derecho– y el juicio de amigables compondores –o árbitros de equidad o arbitradores-¹⁵³⁹, según los árbitros deban o no sujetar su actuación a dimensiones formales legalmente

¹⁵³⁸ Cfr. COLOMBO, C., *Código procesal...*, cit., t. IV, p. 838.

¹⁵³⁹ CPCCN, arts. 736 y ss. y arts. 766 y ss., respectivamente.

establecidas y resolver o no el conflicto conforme a normas jurídicas¹⁵⁴⁰.

Estos procesos además se distinguen en virtud de ciertas modalidades que en lo esencial no transitan por las formas, sino por la sujeción estricta al derecho en la fundamentación del laudo en el caso de los árbitros y la posibilidad de resolver a verdad sabida y buena fe guardada en la amigable composición¹⁵⁴¹. Para el caso de que las partes hubieran omitido, al tiempo de suscribir el compromiso, definir el tipo de arbitraje a celebrarse, la Corte Suprema –y luego explícitamente la ley– han resuelto que se entiende que éste será de amigables componedores¹⁵⁴².

Tratándose de un juicio arbitral, una vez interpuesta demanda y corrido su traslado por diez días, se procede a designar audiencia para la firma del compromiso¹⁵⁴³. Es al momento de suscribirse el compromiso arbitral que se eligen los árbitros, aunque nada impide que ello se hubiera previsto en la cláusula compromisoria dispuesta en los estatutos.

Empero, en materia de sociedades comerciales, la designación anticipada de árbitros –personas físicas– no parece adecuada a poco que se repare en que la duración contractualmente prevista para el ente –usualmente 99 años– suele exceder la expectativa de vida humana, lo que habrá de generar conflictos frente a la ausencia o

¹⁵⁴⁰ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, pp. 14 y 15. Las sentencias –laudos– de los árbitros deben dictarse conforme derecho (art. 754 CPCCN), mientras que los amigables componedores deciden según su leal saber y entender (art. 769 CPCCN).

¹⁵⁴¹ Cfr. ANAYA, J. y PALACIO, L., “Arbitraje, jurisdicción...”, cit., ED 174-286.

¹⁵⁴² CSJN 10/06/1905, Fallos, 102:67; CSJN 27/08/1924, fallos, 141:242; CSJN 26/09/1928, Fallos, 152:324.

¹⁵⁴³ CPCCN, art. 330. La resistencia a suscribirlo conlleva la aplicación de la multa que, bajo pena de nulidad, debe prever el compromiso arbitral (art. 740 inc. 4° CPCCN)

incapacidad del árbitro designado¹⁵⁴⁴. Sí en cambio resulta prudente referir en la cláusula compromisoria las características con que deba contar el árbitro, o bien a la institución a la que este debe pertenecer¹⁵⁴⁵.

Estos –al igual que los amigables componedores– son recusables, si bien sólo con expresión de causa cuando hubieran sido elegidos por las partes (artículo 746 CPCCN¹⁵⁴⁶), circunstancia que suspende el procedimiento (artículo 747 CPCCN)¹⁵⁴⁷. El juicio arbitral propiamente dicho recién comienza cuando, producida la aceptación del cargo por los árbitros y superadas sus eventuales recusaciones, estos dictan su primera resolución¹⁵⁴⁸.

Conformado el tribunal, este elige a su presidente –si no se optara por un único árbitro–, quien puede por sí solo firmar providencias de mero trámite. Las partes pueden prever el

¹⁵⁴⁴ Ya hemos señalado que las personas jurídicas no pueden ser designadas árbitros.

¹⁵⁴⁵ En el juicio arbitral las partes puedan elegir libremente para jueces a personas que tengan todos los conocimientos jurídicos o técnicos para una mejor solución del litigio, con la consecuente eficacia del fallo que se dicte –CSJN 11/11/1997, Fallos, 320:2379–. De allí que el acentuado carácter *intuitu personae* de la función y la manifiesta imposibilidad en que se encuentra una persona jurídica para actuar por sí, configuran un impedimento para designar en carácter de árbitro a una sociedad (artículos 743 CPN y 781 CPCBA), Capel. Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal, Necochea, marzo 4-1999, “Santa Anita Agrícola Ganadera S.A. c. Gonzalo y Pablo Martínez S.A. y ot. sobre rendición de cuentas”, ED 184-520. En contra, CAIVANO, ROQUE, “Las personas jurídicas como árbitros y los límites de la autonomía de la voluntad en un curioso caso de arbitraje”, ED 184-521.

¹⁵⁴⁶ Si la elección hubiera correspondido al juez, sólo se los podrá recusar por las mismas causas que a los jueces (art. 746 CPCCN).

¹⁵⁴⁷ Al igual que el fallecimiento de una de las partes (art. 755 CPCCN); o que los árbitros no pudieran pronunciarse antes de que la autoridad judicial hubiera decidido sobre alguna cuestión referida en el art. 737 CPCCN.

¹⁵⁴⁸ Cfr. PALACIO L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, pp. 112 y 122.

procedimiento al que habrán de sujetarse los árbitros, o de lo contrario les corresponderá a estos decidir si se guiarán por las normas del juicio ordinario o del sumario¹⁵⁴⁹, según la naturaleza e importancia económica de la causa y siendo la decisión que en tal sentido adopten irrecurrible¹⁵⁵⁰.

La previsión legal conspira con la celeridad inicialmente pretendida para el arbitraje y se suma a las dificultades propias de la suscripción del compromiso arbitral, sujetando la resolución del conflicto a las normas de procesos de conocimiento amplios. En cuanto a la prueba, su diligencia puede ser delegada en uno de los árbitros; en lo demás, estos actúan de forma colegiada¹⁵⁵¹. El CPCCN prevé que toda la sustanciación del juicio arbitral debe hacerse ante un secretario –persona capaz e idónea–, nombrada por las partes, los árbitros o un juez, según el caso¹⁵⁵².

En los arbitrajes de equidad, los amigables compondores (árbitros de equidad o árbitros arbitradores) no se encuentran

¹⁵⁴⁹ Cfr. En el arbitraje de derecho la forma ordinaria o sumaria del proceso es meramente supletoria, pudiendo las partes adoptar otra o crear la propia. Cfr. ANAYA, J. y PALACIO, L., “Arbitraje, jurisdicción...”, cit., ED 174-286.

¹⁵⁵⁰ CPCCN, arts. 750, 767 inc. 6°, 741 y 751. Esta posibilidad de elección que otorgaba el código de la Nación a los árbitros *iure* ha sido suprimida con su reforma por ley 25.624, lo que fuerza la tramitación del procedimiento exclusivamente por vía ordinaria, modo inadecuado –también lo era el procedimiento sumario– por tiempo y forma para la resolución de los conflictos societarios. Para CAIVANO, ROQUE, “Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje”, LL 1994-A-994, la propia estructura del procedimiento arbitral hace inapropiada la sujeción de los árbitros a normativa pensada para la resolución judicial de conflictos.

¹⁵⁵¹ CPCCN, art. 750.

¹⁵⁵² Art. 749 CPCCN. Esta intervención obligada de un secretario, carecería de fundamento y sólo redundaría en un mayor costo del proceso arbitral. Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, p. 103; CAIVANO, R., “Argentina necesita...”, cit., LL 1994-A, p. 994.

sujetos a formas legales para la resolución del diferendo¹⁵⁵³, resolviendo la cuestión ex aequo et bono, según su leal saber y entender y a verdad sabida y buena fe guardada.

Empero, ello sólo constituye una liberación relativa que no implica prescindencia de todas las formas, las que resultan insoslayables para la sustanciación del litigio y deben adecuarse a la complejidad del caso porque el arbitraje de los arbitradores no guarda necesaria correspondencia con la sencillez de la controversia sino con la fundamentación del laudo¹⁵⁵⁴.

Éstos sólo se limitan a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presenten, a pedirles las explicaciones que crean convenientes –principio de defensa en juicio y bilateralidad que dan un contenido mínimo como garantía de debido proceso¹⁵⁵⁵–, y a dictar sentencia en un plazo no mayor de tres meses y según su leal saber y entender¹⁵⁵⁶. Ello no significa que los amigables componedores no deban respetar el principio de contradicción, ya que de no hacerlo el arbitraje será nulo¹⁵⁵⁷.

Las reglas del juicio de amigables componedores también son de aplicación en caso de pericias arbitrales, y deben someterse a la decisión de peritos árbitros o, si hubiere conformidad de partes, a la de amigables componedores¹⁵⁵⁸. En tales supuestos no cabe al árbitro perito declarar el derecho que pueda asistir a las partes¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵³ CPCCN, art. 769.

¹⁵⁵⁴ Cfr. ANAYA, J. y PALACIO, L., “Arbitraje, jurisdicción...”, cit., ED 174-286.

¹⁵⁵⁵ Cfr. ANAYA, J. y PALACIO, L., “Arbitraje, jurisdicción...”, cit., ED 174-286.

¹⁵⁵⁶ CPCCN, arts. 769 y 770.

¹⁵⁵⁷ Cfr. ZAVALA RODRÍGUEZ, C., *Código de comercio...*, cit., t. I, p. 563.

¹⁵⁵⁸ CPCCN, art. 773.

¹⁵⁵⁹ Cfr. “Su incumbencia, que tiene por objeto una decisión acerca de hechos ... asume un perfil jurisdiccional porque lo decidido a este respecto se impone con los

En casos en que las liquidaciones o cuentas fueren muy complicadas y de lenta y difícil justificación, o requirieran de conocimientos especiales, deben ser sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiere conformidad de partes, a la de amigables componedores. La liquidación de sociedades, incluida la determinación del carácter propio o ganancial de los bienes de la sociedad conyugal, impuesta por sentencia, se sustancia por juicio ordinario, sumario o incidente, según lo establezca el juez de acuerdo con las modalidades de la causa (artículo 516 CPCCN).

7.4.2.1. Recursos

El laudo, decisión definitiva de los árbitros o amigables componedores sobre las cuestiones litigiosas incluidas en el compromiso, no emana de un órgano del Estado en sentido jurídico material aunque sustancialmente pueda equipararse a las sentencias dictadas por los jueces –participa de su mismo carácter imperativo y tiene aptitud para adquirir eficacia de cosa juzgada¹⁵⁶⁰. Contra su dictado por parte de árbitros iuris resulta posible interponer todo recurso admisible respecto de las sentencias de los jueces, mientras que contra la decisión de amigables componedores sólo procede la acción de nulidad¹⁵⁶¹.

efectos preclusivos que le asigna el último párrafo del art. 773 del cód. procesal”; ANAYA, J. y PALACIO, L., “Arbitraje, jurisdicción...”, cit., ED 174-286.

¹⁵⁶⁰ PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, p. 134. Esta calidad no se halla supeditada a la homologación judicial del laudo.

¹⁵⁶¹ CPCCN, arts. 758 y 771 respectivamente. No resulta claro, tanto para árbitros iuris como para amigables componedores, que puedan recurrirse las providencias interlocutorias A favor, véase FALCÓN, E., *Código procesal civil...*, cit., t. IV, p. 650; en contra, FASSI, S., *Código procesal civil...*, cit., t. III, p. 460; PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, p. 127; CAIVANO, R., *Arbitraje*, cit., p. 215.

Los recursos contra el laudo de iuris deben ser interpuestos ante el tribunal arbitral, por escrito fundado, dentro de los cinco días de notificado el mismo¹⁵⁶². Sólo si la admisibilidad de la apelación fuera denegada, corresponde ocurrir en queja ante el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien hubiera correspondido conocer si la cuestión no se hubiera sometido a arbitraje –salvo que el compromiso estableciera la competencia de otros árbitros–. De concederse el recurso, se hará en relación¹⁵⁶³.

No obstante tales previsiones, en materia societaria las cláusulas compromisorias –o en su defecto los compromisos arbitrales– suelen incluir una renuncia expresa al derecho de apelar el laudo, o incluso al de tacharlo de nulidad, en cuyo caso, desde su dictado será irrecurrible¹⁵⁶⁴ –no prever esta situación puede transformar el trámite arbitral en una sucesión de recursos con la consiguiente demora y costos¹⁵⁶⁵–. Pero la observancia de tal precepto –su validez– debe efectuarse con cautela, ya que esta irrecurribilidad genérica convencional no puede ser abarcativa de materias irrenunciables por comprometer el interés o el orden público, o cuando las decisiones adoptadas –laudadas– resulten inconstitucionales, ilegales o irrealizables¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶² CPCCN, art. 759. De ello se corre traslado a la contraparte, por cinco días, pese al silencio que sobre el particular guarda el CPCCN. Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. X, p. 163.

¹⁵⁶³ CPCCN, arts. 763 y 759.

¹⁵⁶⁴ CPCCN, arts. 741 inc. 5° y 758.

¹⁵⁶⁵ Cfr. AGUILAR, F., ¿Para qué sirve ...”, cit., LA LEY 19/01/2005.

¹⁵⁶⁶ Cfr. CSJN junio 01-2004, re “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, LL 2004-E, p. 266; BIDART CAMPOS GERMÁN, “El control constitucional y el arbitraje”, LL 2004-E, p. 392. En contra del fallo precitado, por ende de la apertura de la instancia extraordinaria cuando el laudo fuera tachado de inconstitucional, irrazonable y contrario al orden

De allí que la irrecurribilidad resulta aún más dudosa en materia de amigable composición, en que la cuestión pudiera ventilar la nulidad del laudo. Empero y más allá de lo hasta aquí señalado, la renuncia deja igualmente habilitadas a las partes para solicitar aclaratorias al laudo y aún recurrir por nulidad el mismo¹⁵⁶⁷:

i.-) cuando este se fundara en una supuesta falta esencial de procedimiento. La misma se configura frente a la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado la garantía de regularidad del contradictorio¹⁵⁶⁸; ii.-) por haber fallado los árbitros fuera de término al que debía sujetarse el arbitraje¹⁵⁶⁹, iii.-) por haberse expedido los árbitros sobre asuntos no comprometidos (artículo 754)¹⁵⁷⁰, o haber omitido los

público, pese a la renuncia efectuada, ver GONZALEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Desnaturalización del arbitraje administrativo”, LL 2004-E, p. 493.

¹⁵⁶⁷ CPCCN, art. 760.

¹⁵⁶⁸ De allí que el mero disenso sobre la evaluación de la prueba efectuada en el laudo, ni el contenido del laudo en cuanto al fondo de la cuestión, no se corresponden con la causal de nulidad por falta esencial del procedimiento. Al tribunal sólo cabe controlar que se hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que la legislación considera indispensables para una buena administración de justicia. Cfr. CNCom. Sala D, julio 12-2002, re “Total Austral S.A. c. Saiz Francisco”, JA 2003-II, p. 77.

¹⁵⁶⁹ El vencimiento del plazo conlleva la pérdida de la jurisdicción arbitral. Cfr. CAIVANO, R., *Arbitraje*, cit., p. 292.

¹⁵⁷⁰ “Es requisito básico del laudo arbitral su estricta adecuación a las cuestiones incluidas en el compromiso arbitral”, CSJN 01/06/2004, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A.”; CSJN 05/11/2002, “Meller Comunicaciones S.A. c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, disidencias de FAYT y PETRACCHI. Ello obedece al componente voluntario que juntamente con el legal da origen de la jurisdicción de los árbitros: si las partes convinieron sujetarse a arbitraje para resolver determinadas controversias, no pueden los árbitros excederse de los límites impuestos. Cfr. CAIVANO, ROQUE, “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”, JA 1994-I, p. 845.

incluidos¹⁵⁷¹. En este caso, la nulidad será solo parcial si el pronunciamiento fuera divisible¹⁵⁷². Ello no implica que el laudo no recaiga, también, sobre puntos incidentales conexos o implícitamente comprendidos entre los propuestos, así como sobre aquellos no incluidos en el compromiso que hubiesen sido materia de debate o prueba durante el juicio¹⁵⁷³; iv.-) cuando –según ya apuntamos– el laudo contraríe el orden público¹⁵⁷⁴.

No obstante las restrictivas previsiones del artículo 760 CPCCN en cuanto a la posibilidad de revisión del laudo, y aún mediando renuncia en tal sentido, en ocasiones los tribunales y la Corte Suprema han aceptado su procedencia, ingresando al examen de su justicia o equidad¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷¹ CNCCom. Sala C, junio 3-2003 re “Calles Ricardo c. General Motors Corporation”, LL 2004-B, p. 312.

¹⁵⁷² CPCCN, art. 760.

¹⁵⁷³ Cfr. PALACIO, L., *Derecho procesal...*, cit., t. IX, p. 138.

¹⁵⁷⁴ CSJN 01/06/2004, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A.”

¹⁵⁷⁵ En “José Cartellone S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor S.A.)” –ED suplemento de Derecho administrativo, junio 30-2004–, la CSJN resolvió, disconforme con la cuantía de los intereses fijados en el laudo, y pese a que su determinación era materia del compromiso, que “no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo en que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio”. Tal resolución le ha valido críticas a la CSJN críticas. En contra, PALACIO, LINO ENRIQUE, “Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario”, ED 208, p. 988; en sentido análogo al sostenido por el autor, véase el voto en disidencia de BOGGIANO, en CSJN noviembre 17-1994, re “Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina S.A.”, Fallos 317, p. 1527, para quien “la administración privada de justicia que implica el arbitraje no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos como

Cuando lo que se planteara fuera la nulidad de un laudo dictado por amigables componedores (el mismo no es recurrible¹⁵⁷⁶), la pretensión no tramitará como recurso sino como acción –de nulidad–, que deberá interponerse dentro del quinto día de notificado por ante el Tribunal al que hubiera correspondido atender el pleito, de no haber existido pacto arbitral¹⁵⁷⁷.

Ello presenta un problema respecto de los efectos de la interposición de demanda: cuando un recurso es interpuesto contra un laudo dictado por arbitradores de derecho, este tiene el efecto suspensivo previsto en el artículo 243 CPCCN. No sucede lo mismo para el caso del laudo de amigables componedores, en que la ley ha dejado de lado la salida recursiva, por lo que el planteo deberá acompañarse del pedido de medidas cautelares¹⁵⁷⁸.

7.5. ARBITRAJE PRIVADO EN MATERIA SOCIETARIA

7.5.1. Aspectos generales

Ya se ha dicho que la regulación del arbitraje en el código de procedimiento resulta deficitaria¹⁵⁷⁹, en particular en materia

el de ‘promover justicia’ y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa –cumplidos ciertos recaudos– a los laudos arbitrales.” Para un comentario del fallo, véase Cfr. BOSCH, J., “Apuntes sobre el control judicial...”, cit., ED 209-693. También CNCom. Sala C, junio 3-2003 re “Calles Ricardo c. General Motors Corporation”, LL 2004-B, p. 312.

¹⁵⁷⁶ CPCCN, art. 771.

¹⁵⁷⁷ Cfr. CAIVANO, R., “Los laudos arbitrales y su...”, cit., JA 1994-I, p. 845.

¹⁵⁷⁸ Cfr. ANAYA, JAIME, “Control judicial de arbitraje”, LL 2004-B, p. 313.

¹⁵⁷⁹ Cfr. AGUILAR, FERNANDO, “¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?”, LA LEY 19/01/2005, 1-LA LEY 20/01/2005, 1; “El juicio de arbitraje previsto en el Libro Sexto del Código Procesal no es utilizado sino excepcionalmente. Ello nos

societaria, a lo que se suma la inexistencia de una ley nacional de arbitraje que complemente las falencias de aquel¹⁵⁸⁰. Empero, con

indica con toda certeza que algo resulta inadecuado en él, y que debería ser cambiado”.

¹⁵⁸⁰ Existen no obstante numerosos proyectos: i.-) El Anteproyecto de 1998 contenía una norma conforme la cual se equiparaba al acuerdo arbitral la cláusula contenida en contratos o estatutos de sociedad. Su artículo 9 preveía: “Es válida como acuerdo la cláusula de los contratos o estatutos de sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas, exceptuadas las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones, estableciendo el arbitraje como forma de resolver las controversias con sus miembros, socios o asociados, las que surjan entre éstos, las relativas al cumplimiento de los estatutos o validez de sus acuerdos o resoluciones y las que versen sobre cuestiones relacionadas con las actividades, fines u objeto social”, cfr. sobre el particular CAIVANO, R. y ZAMENFELD, V., “El arbitraje en materia societaria”, cit., ED, 194-152; ii.-) el proyecto del 1 de marzo 1991 –presentado en Diputados-; iii.-) el proyecto presentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto al Senado en marzo de 1999; iv.-) el presentado por el Ministerio de Justicia en febrero de 2001–en línea con Proyecto de Ley Modelo de UNCITRAL– elevado al Congreso el 31 de enero de 2002 por el Poder Ejecutivo, con sanción del Senado y dictamen favorable de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados el 26 de agosto de 2003 –este Proyecto incluye las cuestiones disponibles y las controversias entre las personas jurídicas y sus miembros, excepto en el caso de sociedades que hagan oferta pública, y prescinde de la exigencia de acuerdos formales posteriores a la cláusula de arbitraje.-; v.-) el proyecto del 26 de febrero del 2004 –correspondiente a VANOSI, R.– y que propone transformar en ley nacional a la Ley Modelo UNCITRAL. En materia de arbitraje internacional pueden verse principalmente la Convención de Nueva York de 1958 y el Tratado Interamericano de Panamá de 1975. Para el MERCOSUR los Protocolos de Las Leñas (1992) y Buenos Aires (1998). Para protección de inversiones extranjeras los Bilateral Investment Treaty (BIT) bajo la Convención de Washington (Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI) de 1966. Alguna doctrina propone una ley nacional que establezca un procedimiento de arbitraje eficaz, rápido, y de costo reducido, que sirva de marco legal para que cada provincia la adopte en sus respectivos códigos procesales o mediante ley especial, lo que contribuiría al desarrollo del arbitraje, y por ende a aumentar la productividad general de la economía nacional en razón de la especialización de los árbitros y la celeridad y menores costos del procedimiento. Cfr. AGUILAR F., “¿Para qué sirve ...”, cit., LA LEY 19/01/2005.

mayor frecuencia las partes rehúyen de la justicia ordinaria eligiendo tribunales privados en procura de dirimir sus conflictos de un modo pacífico, rápido y con bajo costo¹⁵⁸¹, tareas que quedan a cargo de técnicos dotados de una alta especialización y que gozan de la confianza de aquellos en razón de sus anteriores fallos¹⁵⁸² –lo que además los torna previsibles–.

Este arbitraje privado societario suele celebrarse a través de procedimientos sin formalismos y cuenta con reglamentos que procuran impedir defensas dilatorias o la producción de prueba superflua (aunque atendido el principio del contradictorio, el derecho de defensa e imponiendo la actuación conforme al principio de la buena fe)¹⁵⁸³. Así el arbitraje siguió funcionando como mecanismo de solución para las controversias entre socios aún luego de la sanción de la LSC¹⁵⁸⁴, y pese a la inicial tendencia observada por algunos Registros de observar las cláusulas compromisorias incluidas en los estatutos sometidos a su conformidad¹⁵⁸⁵.

Los avances logrados en el campo del arbitraje societario paulatinamente fueron despejando diversas dudas relativas a la validez de la inclusión de tales cláusulas o de sus efectos

¹⁵⁸¹ ARECHA M., “Arbitraje y mediación en el derecho societario”, cit., 28-11-2002, IJ-XXV-171

¹⁵⁸² Cfr. AGUILAR, F., ¿Para qué sirve ...”, cit., LA LEY 19/01/2005.

¹⁵⁸³ ARECHA, M., “Arbitraje y mediación...”, cit., IJ-XXV-171; FELDMAN DE CÁRDENAS, SARA y LEONARDI DE HERBÓN, HEBE, *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 21.

¹⁵⁸⁴ Cfr. AGUILAR, F., ¿Para qué sirve ...”, cit., LA LEY 19/01/2005. La Bolsa de Comercio de Buenos Aires contaba con un Tribunal Permanente desde 1963, que recogía su experiencia de años anteriores y que aún continúa funcionando.

¹⁵⁸⁵ LSC, art. 167. Dificultad que mermó paulatinamente frente al creciente recurso de introducir el arbitraje en las convenciones de accionistas –lo que no soluciona la dificultad de la ejecución del laudo–. Cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

vinculatorios respecto de los socios que se incorporan posteriormente a la sociedad (y de los administradores o síndicos no socios), e incluso la posibilidad de llevar al arbitraje la impugnación de resoluciones asamblearias¹⁵⁸⁶.

Finalmente, la inserción de cláusulas arbitrales –compromisorias– como mecanismo alternativo de resolución de conflictos sociales ha sido específicamente sugerida para los contratos de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones –cerradas¹⁵⁸⁷–, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires por la Inspección General de Justicia (Res. Gral. n° 4/01, de mayo de 2001, sancionada durante el desempeño del Dr. GUILLERMO RAGAZZI como Inspector General¹⁵⁸⁸; refrendada por art. 74 Res. Gral. n° 7/05)¹⁵⁸⁹:

¹⁵⁸⁶ Cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

¹⁵⁸⁷ “La sede natural del arbitraje se encuentra en las sociedades cerradas”. CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 118.

¹⁵⁸⁸ Segundo período en que el Dr. RAGAZZI ocupara el cargo de Inspector General de Justicia (1981/1986 y 2000/2003).

¹⁵⁸⁹ En cuanto a las razones expuestas por la IGJ para sugerir la inclusión de cláusulas arbitrales y proponer un modelo: “VISTO: La nota N° 372/01 de la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; y CONSIDERANDO: Que la mencionada Dirección dictó la Disposición N° 12/2000, por la cual quedó conformada en su ámbito una Comisión Consultiva sobre Arbitraje cuya responsabilidad primaria es la identificación de acciones para la promoción del arbitraje, como método participativo de justicia (artículo 2° de la Disposición citada). Que la referida Comisión ha recomendado la inclusión de una cláusula arbitral para la composición de diferencias, conflictos o controversias entre socios, derivadas de contratos o estatutos sociales, habiéndose adjuntado un texto de la misma a la nota remitida a este Organismo por la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia. Que conforme al artículo 2°, inciso a) del decreto N° 1493/82, la Inspección General de Justicia está facultada para propiciar la adopción de modelos de contratos y estatutos. Que asimismo, en el marco de su

competencia, el actual proceso de modernización del derecho societario brinda a los organismos de fiscalización y registro de las sociedades comerciales posibilidades de desempeñar un rol activo que incluye cooperar efectivamente con iniciativas tendientes a dicha modernización. Que el desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos constituye actualmente una realidad de indudable trascendencia que reclama también de dicha cooperación. Por otra parte, entre dichos métodos, el del arbitraje societario reconoce en el derecho nacional antecedentes suficientes que han sido destacados por calificada doctrina. Que el contenido de la cláusula arbitral adjunta a la comunicación recibida, puede considerarse comprendida entre las atinentes al funcionamiento de las sociedades, toda vez que apunta a brindar soluciones frente a hipótesis de conflictos derivadas del contrato social o de su interpretación, eventualidades que se encuentran directamente ligadas al iter funcional de las entidades. Que asimismo, dicha cláusula resulta admisible bajo los alcances que el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes reconoce en materia societaria. Que con la mínima adecuación de términos que reclama la índole parciaria del negocio, tampoco se advierte óbice en extender la posibilidad de inclusión de la cláusula arbitral a los contratos de colaboración empresaria. Que si bien cláusulas de contenido similar al de la recomendada por la Comisión Consultiva sobre Arbitraje son actualmente admisibles de acuerdo con los criterios de este Organismo, resulta apropiado declarar expresamente su viabilidad en aras de propender a su mayor difusión, con la consiguiente ampliación de sus posibilidades de empleo útil en la práctica. Por ello y lo dispuesto en los artículos 11, inciso c) y 21, inciso a), de la Ley N° 22.315 y el artículo 2°, inciso a), del Decreto N° 1493/82, EL INSPECTOR GENERAL DE JUSTICIA RESUELVE: Artículo 1°.- La Inspección General de Justicia admitirá la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de sociedades de responsabilidad limitada, en los estatutos de sociedades por acciones sometidas a su contralor y en los contratos de colaboración empresaria regulados por la Ley N° 19.550. Artículo 2°.- A los fines dispuestos en el Artículo anterior, decláranse de uso opcional las cláusulas que, como Anexos 'A' y 'B', forman parte de esta Resolución, referidas respectivamente a los citados tipos societarios y a los contratos de colaboración empresaria. El Departamento Precalificación se limitará a verificar la fidelidad con sus términos de la cláusula incluida en el documento registrable. Artículo 3°.- Esta Resolución entrará en vigencia el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial. Artículo 4°.- Regístrese como Resolución General. Comuníquese a la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial. Publíquese. Oportunamente archívese”.

“Sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones¹⁵⁹⁰. Solución de controversias: Cualquier diferencia, conflicto o controversia entre los socios¹⁵⁹¹, derivada del presente Contrato o su interpretación, en todos los casos deberá intentar solucionarse por conciliación. Si la solución no fuese lograda dentro de los treinta (30) días corridos, contados a partir de la notificación de la decisión de dar inicio a la conciliación, debidamente comunicado a todas las partes por quien promoviese la cuestión, la misma se resolverá en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por arbitraje institucional¹⁵⁹², con renuncia a cualquier otra jurisdicción que pudiera corresponder.

El arbitraje institucional –en contraposición al ad hoc– al que alude la cláusula modelo es aquel en el que por voluntad de las

¹⁵⁹⁰ Alguna doctrina considera que la cláusula es aplicable –registrable– incluso para sociedades de personas o partes de interés. Cfr. MACORETTA, CORA, “Métodos alternativos de resolución de conflictos para la gestión de conflictos societarios”, ED, 254 –17/09/2013, nro 13.323

¹⁵⁹¹ Alguna doctrina ha señalado que la fórmula utilizada por la IGJ deja fuera los conflictos entre el socio y la sociedad, entre ésta y sus administradores o entre éstos y aquellos. Cfr. MOLINA SANDOVAL, CARLOS, “Arbitraje societario”, LL 2005-F, 892.

¹⁵⁹² El Inspector General prefirió guardar silencio respecto del tipo de arbitraje (de derecho, de equidad o mixto). Cfr. TRIOLO, IGNACIO, “Arbitraje ‘societario’ en la República Argentina. Con especial referencia a las sociedades cerradas y a propósito de la normativa de la IGJ”, Astrea, Buenos Aires, <http://www.viziolitriolo.com.ar/pdf/arbitraje-societario-en-la-republica-argentina.pdf>. Se optó por el arbitraje institucional por sobre el arbitraje ad hoc, como también lo hiciera el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales MJDH 112/02 para evitar conflictos de intereses o sospechas vinculadas con la designación de los árbitros, proveer a las partes de un reglamento, infraestructura y organización y contar con árbitros especializados. Cfr. DUPRAT, D., “El arbitraje institucional frente a un nuevo escenario...”, cit., pp. 164 y 165.

partes se produce la intervención de una institución especializada que asume las funciones de apoyo e intermediación que se les atribuye, de conformidad con sus normas reguladoras¹⁵⁹³. Continúa el modelo de cláusula arbitral estableciendo que:

“...en defecto de acuerdo en contrario de las partes, el arbitraje será llevado a cabo por los árbitros que integren el Tribunal Arbitral de o que, en su caso, ésta designe, todo bajo las reglas de arbitraje por ella establecidas¹⁵⁹⁴. La decisión será inapelable, obligatoria y hará ejecutoria, renunciando las partes a apelar y, en general, a someter la cuestión a jurisdicción judicial. Cuando la diferencia, conflicto o controversia se de con la participación de la totalidad de los socios, la resolución que se adopte será oponible a la sociedad, sin perjuicio de los derechos de terceros, que no podrán ser afectados por la misma. Todas las notificaciones se harán por comunicación notarial, carta documento, telegrama, fax, e-mail o cualquier medio fehaciente que así disponga en Tribunal o acuerden las partes. En los casos en que sea necesario promover alguna acción judicial relacionada con el arbitraje, esta será competencia exclusiva de los Tribunales Ordinarios de la Capital Federal. Para todos los casos se considerarán domicilios especiales constituidos los expresados al comienzo de este contrato respectivamente”.

¹⁵⁹³ Cfr. CATTANEO, MARÍA, “El Anteproyecto de Reforma del art. 15 de la Ley de Sociedades y la Res. IGJ 4/01”, en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 190.

¹⁵⁹⁴ En concordancia, CATTANEO proponía modificar el Anteproyecto 112/2002 agregando al mismo que “si en la cláusula compromisoria las partes se refirieren a alguna institución arbitral, el arbitraje se realizará de acuerdo con las reglas contenidas en el reglamento de dicha institución”. Cfr. CATTANEO, M., “El Anteproyecto de Reforma del art. 15...”, cit., p. 187.

Por su parte, la Bolsa de Comercio de Buenos Aires¹⁵⁹⁵, en su reglamento al Régimen Arbitral también sugiere un modelo de cláusula compromisoria:

“Modelo de cláusula compromisoria: Toda controversia que se suscite entre las partes con relación a este contrato, su existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución, se resolverá definitivamente por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires de acuerdo con la reglamentación vigente para el arbitraje (indicar si de derecho o de amigables componedores) que las partes conocen y aceptan”.

Además fija la competencia del Tribunal de Arbitraje General en toda cuestión en la que se controvierta la validez, interpretación

¹⁵⁹⁵ Se trata de un organismo privado de arbitraje comercial –asociación civil–, con sede en la ciudad de Buenos Aires, que reglamentó el arbitraje con carácter institucional en 1963 (Estatuto original sancionado por asamblea general extraordinaria del 29 de enero de 1969, modificado por las asambleas extraordinarias del 28 de enero de 1971, 29 de abril de 1992 y 27 de abril de 1995 –res. IGJ 371 del 21 de marzo de 1969; 3239 del 15 de julio de 1971; 554 del 1 de julio de 1992 y 1245 del 30 de junio de 1995–. Reglamento aprobado por el Consejo de la Bolsa de Comercio el 28 de enero de 1971 y res. IGJ del 15 de julio de 1971, reformado el 27 de septiembre de 1972, 27 de junio de 1970 y 25 de noviembre de 1992 –res. IGJ 27 de diciembre de 1972, 4541 del 3 de septiembre de 1979 y 52/93 del 9 de febrero de 1993). Si bien en sus orígenes funcionó con árbitros permanentes que actuaban exclusivamente como amigables componedores, en la actualidad permite optar entre un arbitraje de derecho y un arbitraje de amigables componedores (en el primer supuesto con posibilidad de recurrir ante un tribunal judicial o con renuncia a los recursos, sin necesidad de transitar previamente por procedimientos de mediación o conciliación). El Tribunal de Arbitraje se integra por tres árbitros permanentes y tiene su sede en la Bolsa de Comercio de la ciudad de Buenos Aires. En el ámbito internacional se encuentra bastante difundida la utilización, entre otras, de la Cámara de Comercio Internacional –ICC–, París, la American Arbitration Association –AAA–, Nueva York (opera a través de la International Centre for Dispute Resolution o ICDR, la London Court. of International Arbitration –LCIA–, Londres.

o cumplimiento de actos, contratos, convenciones, pactos u operaciones que tengan por objeto derechos patrimoniales relativos a la producción y el comercio o los servicios, en tanto los mismos sean transables (artículo 3 Reglamento Tribunal Arbitral –RTA-).

Sin perjuicio de que el procedimiento se rige por las reglas del RTA, se aplica supletoriamente el CPCCN, pudiendo las partes proponer al tribunal la modificación parcial o la complementación de las normas de aquel (artículos 24 y 87 RTA). En cuanto al dictado de medidas compulsorias, se ha dicho antes al tratar el caso de árbitros y amigables componedores que las partes no pueden concederles tales facultades –ni de ejecución–, las que deben ser requeridas al juez¹⁵⁹⁶.

Pero si bien tal prohibición ha sido reputada como inderogable –se trataría de una limitación a la potestad del árbitro impuesta con la finalidad de trazar su límite con la magistratura oficial¹⁵⁹⁷–, el RTA prevé la posibilidad de que el tribunal disponga medidas cautelares bajo responsabilidad del solicitante y otorgamiento de contracautela. Ello es posible dado que el cumplimiento de la cautela debe requerirse judicialmente (artículo 33 RTA¹⁵⁹⁸), por lo que la doctrina no ve en esto contradicción con las previsiones del artículo 753 CPCCN por ser estas “prohibitivas de medidas compulsorias o de ejecución, caracteres de los que están desprovistas las cautelares¹⁵⁹⁹”. Más adelante se tratarán los diversos intentos legislativos sobre la materia.

¹⁵⁹⁶ CPCCN, arts. 753 y 769.

¹⁵⁹⁷ Cfr. COLOMBO, C., *Código Procesal...*, cit., t. IV p. 856.

¹⁵⁹⁸ Las partes igualmente pueden solicitar las medidas cautelares judicialmente, sin que ello implique contravenir el convenio de arbitraje (art. 33 RTA).

¹⁵⁹⁹ ANAYA, J., “El arbitraje en los conflictos societarios”, cit., ED 1995-E, p. 853. “Una interpretación armónica del Código Procesal y de los reglamentos [en esta

7.5.2. Supuestos especiales, cláusula arbitral y materia societaria arbitrable

Hemos referido que no pueden someterse a arbitraje aquellas cuestiones que no puedan ser objeto de transacción¹⁶⁰⁰, lo que da amplio margen a la materia arbitral societaria, la que incluye – entre otras cuestiones-:

i.-) la determinación del importe a pagarse al accionista que se retira de la sociedad; ii.-) las rendiciones de cuentas debidas por los administradores de las sociedades por partes de interés; iii.-) la disolución y liquidación de la sociedad, y sus cuestiones derivadas; iv.-) las nulidades de las decisiones de órganos colegiados –ello con el alcance que se referirá más adelante-; v.-) el ejercicio de las acciones de responsabilidad; vi.-) la remoción de socios y administradores en los casos previstos por la ley o los estatutos ; vii.-) las cuestiones relacionadas con la interpretación del contrato social; viii.-) la materia cautelar asegurativa de todas éstas.

7.5.2.1. Arbitrabilidad en supuestos de nulidades assemblearias

Se ha dicho al referirse a los límites de la materia arbitral que en general se sostenía la imposibilidad de declarar por tal vía la

caso de la Bolsa de Comercio] permite sostener que el tribunal arbitral está habilitado y puede adoptar ese tipo de medidas, pero su ejecución queda diferida a los jueces del Estado que son los que pueden hacerlas efectivas. También, hay que acotar que en general, se puede deducir el proceso arbitral y tramitar la cautelar por vía judicial.” ARECHA, M., “Arbitraje y mediación...”, cit., IJ-XXV-171.

¹⁶⁰⁰ CPCCN, art. 737.

nulidad de las decisiones asamblearias –y las de demás órganos sociales–. No obstante esta posición a sido paulatinamente abandonada por la doctrina y tribunales extranjeros y por las propias normas en materia de arbitraje.

En la actualidad se extiende el criterio de que si bien no serían arbitrables los acuerdos cuya nulidad fuera absoluta, sí resulta posible hacerlo en caso de nulidades relativas, por tratarse de materia disponible que involucra los intereses de los accionistas confrontados con los de la sociedad¹⁶⁰¹. Además no resulta posible negarse a priori al sometimiento de la jurisdicción arbitral pactada alegando que el vicio invocado involucra el orden público, por cuanto la LSC no especifica qué normas lo atienden y no resulta sencillo determinar cuándo se esta en presencia de una nulidad absoluta o relativa¹⁶⁰². Quienes con mayor precisión entienden que la disponibilidad de la materia que determina su arbitrabilidad está dada en función del interés tutelado por la norma infringida con independencia de que sea de naturaleza legal o estatutaria, o de que se trate de normas imperativas¹⁶⁰³, sostienen que en definitiva es el

¹⁶⁰¹ Cfr. VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Compendio crítico de derecho mercantil*, , vol. I, t. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 616; *Introducción al derecho mercantil*, 20ª ed., Tirant. Lo Blanch, Barcelona, 2007, p. 421; DUPRAT, D., “El arbitraje y la impugnación de resoluciones asamblearias...”, cit., pp. 156 y 161; MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., “El arbitraje en la dinámica de los conflictos societarios”, ED, 213-899; MACORETTA, CORA, “Métodos alternativos de resolución de conflictos para la gestión de conflictos societarios”, ED, 254 –17/09/2013, nro 13.323.

¹⁶⁰² Cfr. CNCom., Sala D, re “Albrecht. Pablo y otra c. Cacique Camping S.A. s. sumarísimo”, ED 20-8, 1996.

¹⁶⁰³ Para CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “tampoco debería ser obstáculo para la arbitrabilidad de una determinada materia el hecho de que esté regida por normas imperativas. La imperatividad de una norma no trae directamente aparejada la prohibición de someter a arbitraje los derechos que ella consagra, ni aun cuando esa imperatividad haya tenido como causa la intención legislativa de tutelar un interés general. Así como no es sinónimo de orden público, ‘imperatividad’ tampoco es sinónimo directo de ‘no-arbitrabilidad’. Del mismo modo que no siempre tiene

interés lo que determina la disponibilidad y no el tipo de nulidad en que incurra el acuerdo adoptado¹⁶⁰⁴. En este sentido, tratándose de

como propósito atender un interés general, la imperatividad tampoco tiene siempre el mismo alcance: puede referirse al derecho sustantivo que la norma reconoce o al derecho de acudir a los tribunales judiciales. En otras palabras, cuando el legislador califica de imperativa una norma, algunas veces prohíbe la renuncia del derecho de fondo reconocido por ella y otras prohíbe la renuncia del derecho a accionar ante los jueces estatales. En el primer caso, cuando el legislador reconoce un derecho sustantivo y le otorga carácter imperativo a la norma que lo consagra, lo que desea es impedir su renuncia por parte del titular. Aunque puede no ser así, en la mayoría de estas situaciones, lo que subyace es el orden público como fundamento: el mecanismo instrumental de quitar ese derecho del ámbito de los derechos disponibles suele tener como base la consideración del legislador, que reconoce un derecho no tanto en miras a satisfacer un interés propio, sino un interés colectivo, lo que justifica que se prive al titular de ese derecho de la potestad de disponer de él a su antojo. Pero ello, conforme la más moderna tendencia en la materia, no impide –al menos no necesariamente– su arbitrabilidad, pues el hecho de someterlo a arbitraje no implica que lo esté resignando, sino simplemente sometiéndolo a la decisión de un juez diferente de los estatales. En el segundo caso, en cambio, la incidencia sobre la arbitrabilidad es directa, pues lo que el legislador impone es la intervención de los tribunales del Estado, a quienes les otorga jurisdicción exclusiva e irrenunciable, prohibiendo todo pacto de prórroga de esa jurisdicción”. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., p. 18.

¹⁶⁰⁴ Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., pp. 133, 134 y 146, para quien siendo que la legislación –en este caso española– admite el arbitraje en ámbitos donde las normas imperativas son mayoría, como sucede en defensa del consumidor, nada impide su aplicación en derecho societario, máxime cuando “con el arbitraje no se está disponiendo de normas sustantivas aplicables a un litigio, sino simplemente del proceso judicial para la satisfacción de una determinada pretensión ... por lo que en principio nos debe resultar indiferente el carácter –dispositivo o imperativo– de las normas”. Además la autora cita en su apoyo a: GIMÉNEZ DURAT, “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, en Seminario sobre Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, TAB, Butlletí, núm. 4, 1992, pp. 17 a 22; FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, RCDI, núm. 618, 1992, pp. 2033 a 2054 y “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, TAB, Bulletí, num. 7, 1995, pp. 21 a 30; RAMOS MÉNDEZ, “Cuestiones prácticas del arbitraje en las sociedades mercantiles”, en

acuerdos de nulidad relativa en los que los legitimados para su impugnación cuentan con un plazo breve y de caducidad para formular su impugnación –tres meses, artículo 251 LSC–, la acción queda en manos de aquellos, quienes pueden tanto disponer sobre su ejercicio como el modo de resolución¹⁶⁰⁵.

En concordancia, el artículo 251 LSC previsto en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales (resol. MJDH 112/2002) preveía que la acción de impugnación de la decisión asamblearia debía promoverse contra la sociedad por ante el juez de su domicilio o el tribunal de arbitraje designado.

En España¹⁶⁰⁶, desde la promulgación de la Ley de Arbitraje 36/1988 –y la posterior emisión por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) y el Tribunal Supremo de las resoluciones del 19 de febrero y 18 de abril de 1998– se reconoció abiertamente la posibilidad de acudir al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, siempre que la cláusula arbitral lo permita. En coincidencia, el Anteproyecto de Ley de Arbitraje español del 22 de octubre de 1992 preveía la posibilidad de que los estatutos dispusieran la pertinencia del arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, cuestión que regulaba en detalle en tres artículos:

“Artículo 60. Cláusula estatutaria de arbitraje: 1.– Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales habrá de ser resuelta por uno o varios

Seminario sobre Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, TAB, *Bulletí*, núm. 4, pp. 51 a 64, entre otros.

¹⁶⁰⁵ Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., p. 149, quien incluso reduce la aplicabilidad del orden público a escasos supuestos.

¹⁶⁰⁶ La Directiva 68/151/CEE impone la declaración de nulidad de la sociedad –o su existencia– por vía judicial (art. 11.1.) dejando los demás supuestos abiertos a arbitraje.

árbitros con sujeción a Derecho y conforme a la ley de Arbitraje. 2.– serán de aplicación los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas relativos a los acuerdos impugnables, la celeridad de la acción y la legitimación. 3.– El inicio del procedimiento arbitral se podrá hacer constar en el Registro Mercantil por medio de anotación preventiva, que se cancelará cuando los árbitros estimaren la oposición de una de las partes al procedimiento, los interesados desistieren del arbitraje de común acuerdo, el laudo desestimare la impugnación del acuerdo social, hubiese transcurrido el plazo sin haberse dictado el laudo o éste hubiera sido anulado judicialmente”.

“Artículo. 61: Suspensión del acuerdo impugnado: 1.– el demandante o demandantes que representen al menos un cinco por ciento del capital social podrán solicitar del árbitro o árbitros, al tiempo de presentar las alegaciones iniciales, la suspensión del acuerdo impugnado. 2.– El árbitro o árbitros resolverán de inmediato sobre dicha solicitud, pudiendo disponer que se aseguren, mediante aval o caución los perjuicios que eventualmente pudieran causarse a la sociedad. 3.– La anotación preventiva de la decisión arbitral que ordene la suspensión del acuerdo impugnado se practicará, sin más trámites, a la vista de aquella, y se cancelará en iguales casos y circunstancias que la anotación preventiva relativa al inicio del procedimiento arbitral”.

“Artículo 62. Laudo arbitral: 1.– l laudo que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los socios, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado. 2.– el laudo que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, una vez que conste la oportuna notificación, en virtud de la correspondiente escritura de protocolización y se publicará en extracto del Boletín Oficial del Registro

Mercantil. A estos efectos el laudo deberá ordenar la cancelación de la inscripción del acuerdo y de los sistemas posteriores a esta inscripción que sean contradictorios con la decisión adoptada. 3.– la inscripción a que se refiere el párrafo anterior se practicará transcurridos 30 días a contar desde la fecha del asiento de presentación sin que ninguna de las partes acredite documentalmente la pendencia del recurso de anulación previsto en la Ley de Arbitraje. En otro caso, el Registrador suspenderá la inscripción extendiendo al margen del asiento de presentación nota expresiva de la pendencia del recurso”¹⁶⁰⁷.

Esta solución fue finalmente ratificada por la Ley de Arbitraje 60/2003 del 23 de diciembre de 2003 y su reforma por Ley 11/2011 del 20 de mayo de 2011, y que dispone en sus artículos 11 bis y ter:

“Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral. Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles. 1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El

¹⁶⁰⁷ Por la transcripción de estos artículos del Anteproyecto español de LSA –y sus partes omitidas–, véase CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., nota al pie 18 de pp. 128 y 129.

“Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto.
2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella”¹⁶⁰⁸.

La ley española deja no obstante un punto sin clara resolución al disponer que “la expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado” (artículo 37.2), sin precisar tal extensión y contrariando el inciso anterior que permite a los árbitros prorrogar su plazo por un término no superior a dos meses¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁸ Por la transcripción de estos artículos del Proyecto de Ley del 8 de septiembre de 2010 –y sus partes omitidas–, véase TARRÍO BERJANO, MANUEL GERARDO, “La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales: esquema de situación”, Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 55, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 125 a 141.

¹⁶⁰⁹ “Resulta irracional la norma que permite laudar válidamente sine die. Por ello el último inciso del apartado 2 del artículo 37 deberá tenerse por no escrito. Queda vigente el párrafo anterior que permite a los árbitros prorrogar el plazo para laudar hasta dos meses. Esta privilegiada facultad de los árbitros debe tranquilizar la preocupación por las desastrosas consecuencias del laudo extemporáneo. Intranquilidad fuera de lugar por cuanto en la vida práctica son eventos realmente desconocidos, que además, con lo dicho, debe sosegarse. La situación resultante será que el laudo fuera de plazo seguirá considerándose dictado por quién ya no es árbitro ... por último advertir que, frente a la drástica solución que proponemos, no caben paliativos como pudiera ser, en una interpretación benévola, la de colmar la laguna producida, estimando que, extinguido el plazo previsto, todavía el árbitro podría laudar, aunque fuera de plazo, en un término ‘razonable’ o ‘prudentemente admisible’. Solución que chocaría no sólo con nuestros antecedentes históricos ... en que imperó siempre el principio de certeza exigente en el plazo, sino sobre todo en la inseguridad jurídica que se ocasionaría, con una regla de semejante indefinición para conocer el momento en el que el laudo debería tenerse por firme”. CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, “Un precepto legal que debe entenderse por no escrito: ¿Hacia el arbitraje de plazo indefinido? La Notaria, ISSN 0210-427X, Nº. 2, 2012, pp. 36 y 37, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4034053>.

En cambio, otras legislaciones como la colombiana disponen que compete sólo a los jueces atender los planteos de nulidades assemblearias –según las formas del proceso abreviado; artículos 191 y 194 Código de Comercio de 1971, artículos 408 y 421 del Decreto 2282 de 1989¹⁶¹⁰–, aún cuando existiera cláusula compromisoria que dispusiera lo contrario.

En cuanto a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos assemblearios –para el caso de existir cláusula compromisoria en tal sentido–, en nuestro derecho esta se vería refrendada en la posibilidad de la asamblea de disponer del mismo revocando tanto la decisión que habilita el ejercicio del derecho de receso como aquella que hubiera sido impugnada –resolución que surte efecto desde entonces impidiendo la continuación del proceso, sin perjuicio de la subsistencia de las responsabilidades por los efectos producidos-¹⁶¹¹.

En este sentido la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, del 27 de agosto de 1999 en autos CAMUZZI ARGENTINA, S.A. C. SODIGAS SUR, S.A.¹⁶¹², consideró que el acuerdo arbitral pactado en un convenio de accionistas cuenta con suficiente autonomía y expone la intención de las partes de atribuir jurisdicción a quienes resuelvan sus diferendos¹⁶¹³, por lo que la sola pretensión de

¹⁶¹⁰ Si bien el art. 233 de la ley 222 de 1995 dispuso que los conflictos que tengan origen en el contrato social “a menos que se haya convenido pacto arbitral o amigable composición” se sujetan al trámite del proceso verbal sumario, el Tribunal Superior de Bogotá sostiene la inaplicabilidad de estas normas para el caso de impugnación de asambleas –no así si la impugnación refiriera a una decisión de junta directiva–. Cfr. BENETTI SALGAR, JULIO, “Arbitraje y derecho de sociedades”, en *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005, pp. 422 y 423.

¹⁶¹¹ LS, arts. 245 y 254. En similar sentido, por aplicación del art. 115.3 LSA española, CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., p. 155.

¹⁶¹² ED, 185-125.

¹⁶¹³ En virtud del principio de autonomía de la cláusula compromisoria admitido internacionalmente –Convención de Viena de 1990 ratificada por la ley 22.765, Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL y Ley Modelo de Arbitraje Comercial–,

invalidez de una asamblea modificatoria del convenio no puede dejar sin efecto la cláusula compromisoria, la que mantiene su vigencia para decidir sobre la nulidad. De ese modo no corresponde a la autoridad judicial expedirse sobre la competencia del tribunal arbitral –lo que importaría invadir su competencia– y que comprende la facultad de conocer por sí sobre su propia jurisdicción¹⁶¹⁴.

7.5.2.2. Arbitrabilidad en supuestos de acción social de responsabilidad

En el caso de las sociedades de personas –tomamos aquí, para el caso y para todas dadas sus similitudes, a la sociedad colectiva–, el contrato puede regular el régimen de administración, que recae tanto en socios como terceros. Si así no lo hiciera, cualquiera de los socios indistintamente puede administrar la sociedad, lo que luce congruente si se repara en la amplitud y alcances de las responsabilidades de los socios para el tipo¹⁶¹⁵.

Más allá de que el artículo 127 LSC alude exclusivamente a la administración promiscua del ente, acertadamente se ha entendido

aquella no depende del contrato principal en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción para resolver una eventual controversia.

¹⁶¹⁴ Sin perjuicio de ello, el fallo ratificó el criterio de Primera Instancia en cuanto a que la justicia ordinaria debe entender en la demanda impugnatoria y que el proceso arbitral no suspende, por cuanto los accionistas firmantes del convenio no revestían carácter de unánimes, de modo que no corresponde extender sus efectos a terceros no firmantes.

¹⁶¹⁵ La administración corresponde exclusivamente a personas físicas, en razón del carácter personal e indelegable de las labores –sin perjuicio de la ausencia de norma expresa en tal sentido, sí prevista para el caso de las sociedades anónimas (artículo 266 LSC)–.

que la regla debe extenderse a otras formas¹⁶¹⁶ y también a la representación de la sociedad, con los alcances del artículo 58 LSC¹⁶¹⁷. Siendo de carácter dispositivo toda esta materia referida a la administración, la inclusión de cláusulas arbitrales para dirimir las controversias relativas al daño producido al patrimonio social o al individual de los socios, resulta lícita –y obvia cuando la regla es la administración promiscua entre socios-¹⁶¹⁸.

Tampoco difiere la solución cuando la administración se encuentre en manos de terceros, por cuanto estos deben su sujeción al contrato de sociedad en razón de su carácter de integrantes de órganos sociales, regidos por aquel y la LSC. Es que la solución legal de otorgar facultades promiscuas de administración no permite inferirse la inexistencia de órganos, sino sólo su informal actuación para el caso de que el contrato no regulara su funcionamiento¹⁶¹⁹.

Ello es así por cuanto la sencilla estructura de las sociedades

¹⁶¹⁶ En cuanto a la forma de administración esta podrá ser i.-) unipersonal, cuando recaiga sobre una única persona, socia o no; ii.-) indistinta, cuando corresponda a todos o a varios socios, que no cuentan con funciones previamente determinadas y que pueden obrar el uno sin el otro –no es necesario que la división de funciones de los administradores resulte del contrato social, sino que es factible que se decida en la resolución social nominatoria, tal como sucede en el supuesto de delegación de funciones ejecutivas parciales a los gerentes de la sociedad anónima – arts. 128 y 270 LSC– (cfr. OTAEGUI, JULIO, *Administración societaria*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 332); iii.-) conjunta, cuando se designan varios administradores para que actúen de manera conjunta “especificando la responsabilidad de cada uno; es decir, sectorizando la administración y distribuyéndola” (cfr. RADRESA, EMILIO, *Sociedades colectivas*, Astrea, Buenos Aires, 1973, pp. 39 y 88); iv.-) plural colegiada, en caso de que la administración plural resuelva las cuestiones por mayoría.

¹⁶¹⁷ Cfr. ZUNINO, JORGE., *Régimen de sociedades comerciales*, 20ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 171.

¹⁶¹⁸ Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., p. 181.

¹⁶¹⁹ LSC, art. 125.

personalistas no requiere de órganos diferenciados en los que distribuir las diferentes tareas –autorganicismo de estructura simple–, correspondiendo el carácter de órgano a cualquiera de los socios –o clase de socios– que actúan de manera directa como si fueran la sociedad. Otro tanto sucede respecto de la representación social¹⁶²⁰. En cuanto a la posibilidad de que la cláusula compromisoria incluya mecanismos de resolución de conflictos entre los administradores, o de imposibilidad de funcionamiento por producirse un empate en el proceso de toma de decisiones, esta se verá más adelante.

Respecto de las sociedades de capital, también resulta de aplicación la regla arbitral –cuando estuviera estatutariamente prevista– para dirimir las controversias relativas al daño producido al patrimonio social o al individual de los socios. Se trata de controversias cuyo contenido es renunciable y transable, y en última instancia orientada al resarcimiento de los daños causados, por lo que “no puede negarse que el derecho al resarcimiento es perfectamente disponible por parte de la sociedad y, en consecuencia, susceptible de ser decidido mediante arbitraje si procede o no y en qué límites”¹⁶²¹.

Además, el director no pierde calidad de sujeto pasivo de la acción social de responsabilidad aún cuando pudiera haber dejado

¹⁶²⁰ Cfr. COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 146; ZALDÍVAR, E., y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. II, p. 24; GAGLIARDO, MARIANO, “Asamblea nula (quórum ficto y deliberación inexistente)”, JA 2000-II-709.

¹⁶²¹ MUÑOZ PLANAS, JOSÉ MARÍA, “Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978, p. 465; CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, “El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado”, en *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, vol. 22 Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 297.

de serlo producto de su remoción por decisión asamblearia de promoverla, y su vínculo es aún contractual por cuanto deriva de la actividad de aquel como integrante del órgano de administración, sujeto al contrato social al que adhirió y por el cual se desempeñó hasta su cese.

También se ha dicho al tratar la acción social que para su ejercicio resulta necesario su previo tratamiento en asamblea, sin que medie para el caso de quitus la desaprobación de accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social. Nada de ello cambia en el caso de someter la misma a procedimiento arbitral; para que quede expedita su tramitación tanto judicial como arbitral se requiere el mencionado tratamiento asambleario.

No sucede lo mismo respecto de la responsabilidad de los administradores para con terceros –acreedores sociales– quienes no se encuentran obligados a someterse al arbitraje estipulado en el contrato social para dirimir una acción de responsabilidad contra los administradores. Respecto de la acción individual de responsabilidad¹⁶²², dado su carácter extracontractual y que atiende al perjuicio ocasionado a terceros, la cláusula arbitral tampoco les es oponible¹⁶²³.

7.5.2.3. Casos de empates en órganos colegiados

Puede suceder que la cláusula arbitral prevea la posibilidad de que los árbitros resuelvan en caso de empate entre los integrantes de órganos colegiados. En punto a este supuesto no contemplado en la ley argentina, si bien existen antecedentes extranjeros que rechazan su validez por cuanto el empate no importaría la

¹⁶²² LSC, art. 279.

¹⁶²³ Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., pp. 185 y 190.

existencia de contienda o conflicto que merezca la tutela judicial¹⁶²⁴, alguna doctrina sostiene su viabilidad cuando de la controversia derivada de la falta sistemática de acuerdos derive en la paralización del normal funcionamiento de la sociedad¹⁶²⁵, caso en que “los árbitros no serían competentes para dictar un laudo que sustituya la voluntad social, aunque sí lo serían para declarar a instancia de los socios o administradores [atendiendo la gravedad del caso], la disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales que haga imposible su funcionamiento”¹⁶²⁶.

7.5.2.4. Arbitrabilidad frente a supuestos que involucren ganancias sociales

Las cláusulas estatutarias para determinar la aplicación de resultados por parte de la mayoría, que si forman parte de los estatutos sus efectos vinculan tanto a socios originarios como a quienes posteriormente se incorporen, pueden agruparse en tres clases¹⁶²⁷:

- i.-) el modelo garantista establece la obligatoriedad de un reparto de dividendos ajustado a un porcentaje respecto de los

¹⁶²⁴ España, Resolución DGRN 27 abril 1989.

¹⁶²⁵ Cfr. FAVIER DUBOIS, EDUARDO (h.), “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, LL 2010-E, 675, quien propone incluir en los estatutos mecanismos de desempate (rotación en las decisiones finales, sorteo, o diferimiento hacia terceros calificados y de confianza).

¹⁶²⁶ Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., pp. 48 y 49.

¹⁶²⁷ Según clasificación de CALAVIA MOLINERO, JOSÉ MANUEL, “Derecho del socio a las ganancias sociales y su posible remisión a arbitraje en caso de conflicto en las sociedades de capital”, Anuario de Justicia Alternativa, nº 11, Ed. Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2011, pp. 151 y 152. El autor agrega una cuarta forma de cláusula estatutaria que concede el derecho de separación a los socios en el caso de no reparto sistemático de ganancias sociales.

resultados, después de reservas legales y estatutarias, provisiones y demás retenciones legalmente establecidas, lo que presenta como inconveniente la rigidez de un porcentaje mínimo o máximo. Si bien ello da seguridad al socio individualmente considerado, puede provocar problemas de autofinanciación a la sociedad; ii.-) el modelo flexible, que establece la obligatoriedad de reparto siempre y cuando se cumpla un presupuesto de carácter económico y conexo a las necesidades de la sociedad, tiene su origen en el pacto contractual que vincula a aquella como distribuidor con un fabricante, al exigir este último que, durante la vigencia del contrato de distribución, la sociedad tenga fondos propios mínimos relacionados con el volumen de facturación o ventas. Por comparación al modelo anterior, permite su aplicación con la flexibilidad de tener en cuenta en cada ejercicio la situación de evolución y desarrollo económico del ente; iii.-) un tercer modelo mixto prevé una cláusula estatutaria que garantiza el reparto periódico de beneficios en un determinado porcentaje de beneficios no demasiado significativo y para alcanzar distribuciones más significativas habrá que alcanzar el presupuesto de que los fondos propios mantengan el equilibrio establecido convencionalmente con referencia bien sea al parámetro de las ventas y/o de otros parámetros de carácter económico.

Estas tres modalidades pueden a su vez observar dos supuestos¹⁶²⁸:

i.-) que la asamblea no adopte ningún acuerdo de distribución, no obstante cumplirse los presupuestos de la cláusula que lo hacen obligatorio. En tal caso deberá solicitarse la declaración

¹⁶²⁸ Cfr. CALAVIA MOLINERO, J., "Derecho del socio a las ganancias sociales...", cit., p. 154.

del derecho a la aplicación de la cláusula estatutaria con la determinación de las cantidades objeto de reparto; ii.-) que el acuerdo adoptado fije el reparto de dividendos en violación de la cláusula estatutaria, debiéndose en tal caso impugnarse y solicitar la determinación correcta de las cantidades objeto de reparto.

Es aconsejable que la cláusula estatutaria de arbitraje otorgue la facultad expresa al tribunal arbitral de determinar el objeto de reparto “y así salvar la objeción de que la mera impugnación del acuerdo social podría dejar la cuestión sin resolverse sí sólo se puede actuar en relación a la validez o no del acuerdo social” ¹⁶²⁹.

7.5.2.5. Arbitrabilidad frente a supuestos de separación y exclusión de socios

Se ha visto que cualquier socio en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación, de responsabilidad limitada y el socio comanditado en la sociedad en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa, siendo nulo el pacto en contrario¹⁶³⁰, lo que importa su eliminación de la sociedad, sin o contra su voluntad, por haberse éste transformado en un elemento perturbador de la buena marcha del ente, atento a privilegiar la ley la conservación de la empresa y el interés social por sobre el particular del socio excluido. No existe impedimento para que quien fuera excluido por acuerdo de los socios pueda demandar su reincorporación por vía judicial o arbitral, de existir previsión contractual en tal sentido.

¹⁶²⁹ Cfr. CALAVIA MOLINERO, J., “Derecho del socio a las ganancias sociales...”, cit., p. 154.

¹⁶³⁰ LSC, art. 91.

Tal posibilidad de acordar la vía arbitral como método para dirimir supuestos de separación exclusión en sociedades personalistas también puede ser de aplicación para las sociedades de capital en aquellos casos admitidos por la LSC en relación a la falta de integración de aportes¹⁶³¹.

7.5.2.6. Arbitrabilidad en materia de disolución de sociedades

Ya se refirió que la disolución no es propiamente un estado jurídico, sino el acaecer de un supuesto previsto por la ley o el contrato social, que resulta condición para la apertura de un procedimiento de reorganización o de liquidación¹⁶³², y que las causales de disolución enumeradas en el artículo 94 LSC no agotan todos los supuestos legales previstos para las sociedades comerciales, ya que además las partes pueden prever otras (artículo 89 LSC)¹⁶³³, como la inactividad de la sociedad o la pérdida de affectio. Tampoco existe impedimento para someter a arbitraje la materia relativa a la disolución de la sociedad –al igual que la

¹⁶³¹ CORREA DELCASSO, J., “El arbitraje societario en España. Aproximación...”, cit., p. 298, con apoyo en MUÑOZ PLANAS, J., “Problemas de arbitraje...”, cit., p. 480 y SAP de Barcelona del 26 de febrero de 2008 (JUR 2009\84469) y auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Cádiz del 4 de febrero de 2004 (AC 2005\163).

¹⁶³² LSC, arts. 89, 94, 19, 32, 140 y 146 y LCQ, art. 151. Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de derecho societario*, cit., p. 198.

¹⁶³³ “El art. 94 de la ley 19.550 contiene en sus distintos incisos las causales de disolución de las sociedades mercantiles. La enumeración propuesta por dicha norma no agota las causales de disolución, toda vez que el art. 89 del citado cuerpo legal posibilita que los socios puedan prever en el contrato constitutivo causales de disolución no previstas en la ley. Por otro lado, hay varias disposiciones al margen de los artículos citados que regulan supuestos de disolución (arts. 19, 32, 140, 145), existiendo incluso otros ejemplos fuera de la Ley de Sociedades (art. 155, ley 19.551; art. 39, ley 18.061; arts. 48 y 51, ley 20.091, y art. 7º, ley 12.906) (Juzg. Com. 1ª, n. 6, ED 80-588)”

impugnación del acuerdo que resuelva o no su disolución– y su ulterior liquidación¹⁶³⁴.

7.6. LEY 26.831 DE MERCADO DE CAPITAL Y EL ARBITRAJE OBLIGATORIO PARA SOCIEDADES ABIERTAS

La ley 26.831 de Mercado de Capitales del 29 noviembre 2012¹⁶³⁵, al igual que su antecesor decreto delegado 677 de 2001, consagra un estatuto de los derechos del consumidor financiero que aborda aspectos de transparencia en el ámbito de la oferta pública, en procura de obtener confianza y seguridad que aumenten el financiamiento de las empresas y protejan al ahorrista. Para ello dispone de “un sistema de arbitraje obligatorio para los emisores y optativo para los inversores ... un elemento fundamental para otorgar al mercado la confianza en un sistema que garantiza la aplicabilidad de la ley y la seguridad jurídica de los inversores”¹⁶³⁶.

La ley obliga a las entidades autorreguladas a crear un

¹⁶³⁴ Cfr. CORREA DELCASSO, J., “El arbitraje societario en España. Aproximación...”, cit., p. 301.

¹⁶³⁵ Sancionada el 29 de noviembre de 2012, promulgada por el Poder Ejecutivo el 27 de diciembre de 2012 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de diciembre de 2012. Derogó la Ley 17.811, el art. 80 de la Ley N° 11.672, los Decretos N° 656/92, N° 749/00, N° 677/01, N° 476/04 y los arts. 80 al 84 del Decreto N° 2284/91.

¹⁶³⁶ Mensaje de Elevación del Decreto Delegado 677/01 –derogado y sustituido por la ley 26.831 de Mercado de Capitales–. Ello sin perjuicio del giro intervencionista observado con la sanción de la ley 26.831, y que procuraba –además y según su exposición de motivos, revertir el reducido rol del Estado como consecuencia de la crisis financiera internacional del año 2008 y que causara que los países desarrollados modificaran sus regulaciones a fin de prevenir y mitigar el riesgo sistémico, promover la transparencia y proteger al consumidor de servicios financieros.

Tribunal Arbitral permanente (artículos 32 inc. f y 46)¹⁶³⁷, al que quedan sometidas en forma obligatoria las entidades cuyas acciones, valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones coticen o se negocien, en sus relaciones con los accionistas e inversores¹⁶³⁸. Lo mismo sucede con los asuntos que planteen los

¹⁶³⁷ Bolsas de comercio autorizadas a cotizar valores negociables, mercados adheridos y entidades no bursátiles habilitadas por la Comisión Nacional de Valores

¹⁶³⁸ El decreto delegado 677/01 –abrogado por Ley 26.821– omitía tratar la situación de las sociedades constituidas en el extranjero que cotizan en el mercado argentino, defecto que la CNV subsanó mediante Resolución General N° 371/01, eximiendo a éstas de la jurisdicción arbitral cuando lo cuestionado se relacionara con su existencia y forma o con las acciones derivadas de la ley del lugar de constitución para la impugnación de resoluciones de órganos sociales y las de responsabilidad contra sus integrantes u otros accionistas. Sí quedan sujetas a arbitraje local las cuestiones específicas suscitadas por su actuación en los mercados de capitales reguladas por el derecho argentino, cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125. ARECHA, M. (“Arbitraje y mediación en el derecho societario”, 28-11-2002; IJ-XXV-171) atribuye la modificación introducida por la Resolución General N° 37/01 a la crítica efectuada por ZAMENFELD en su ponencia “El art. 38 del decreto delegado 677/01, aplicación y alcances” –VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario, 2001–. Posteriormente la resolución CNV 400/02 de Reglamentación del decreto delegado 677/01, para el Capítulo XXVIII (“Tribunales Arbitrales”) de las Normas CNV reglamentando el artículo 38 del Anexo del decreto delegado 677/01 en su artículo 3° dispuso que la competencia atribuida a los Tribunales Arbitrales permanentes de las entidades autorreguladas por el artículo 38 del Régimen de Transparencia de la Oferta Pública del Decreto N° 677/01 “no comprende a las cuestiones vinculadas con la existencia y forma de una sociedad comercial constituida en el extranjero, a las cuales les será aplicable lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley N° 19.550, ni a las acciones derivadas de la ley aplicable al lugar de constitución del emisor extranjero, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra los integrantes de los órganos sociales o contra los accionistas, así como todas las acciones de nulidad de disposiciones estatutarias o reglamentos de la sociedad. Ello no obstará al sometimiento voluntario a la competencia de esos Tribunales Arbitrales permanentes por parte de las sociedades comerciales constituidas en el extranjero, el cual deberá ser expreso”.

accionistas e inversores en relación a los agentes que actúen en su ámbito, excepto en lo referido al poder disciplinario, ello sin perjuicio de que sus reglamentos pudieran contemplar el derecho de aquellos en conflicto con la entidad –o con el agente– de optar por acudir a los tribunales judiciales¹⁶³⁹ –con lo que en puridad el régimen arbitral sólo es unilateralmente obligatorio para las sociedades y agentes comprendidos en su ámbito–.

Quedan entonces comprendidas en la jurisdicción arbitral para las sociedades cotizantes todas las acciones derivadas de la LSC, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales¹⁶⁴⁰, las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o

¹⁶³⁹ “Además no es forzoso, puesto que si la demandante fuese la sociedad y plantease el juicio ante la justicia ordinaria, el accionista o inversor podría aceptar esta jurisdicción, a la que también tiene derecho, bastando que no oponga excepción de incompetencia. Otra singularidad la constituye el hecho de que se impone un arbitraje institucional permanente, pero no lo deja librado a la determinación de las partes, sino que establece imperativamente la jurisdicción del Tribunal ya existente o a crear por las entidades autorizadas a cotizar valores negociables”. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125, con apoyo en VANASCO, CARLOS AUGUSTO, “El arbitraje en el decreto 677/01”, en *Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales*, Ed. Bolsa de Comercio de Rosario, 2005, 123. En contra, véase NISSEN, RICARDO, para quien si bien es cierto que el art. 38 [del derogado decreto 677/01, sustituido por un análogo art. 46 de la ley 26.831] dispone que los reglamentos deben dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores de optar por los tribunales judiciales si bien “ello parecería otorgar al arbitraje un carácter optativo para el socio o accionista, pero ello no es tan así, pues de seguido, y haciendo implícita referencia a lo dispuesto por el art. 253 de la ley 19.550, aquella norma dispone que en los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se hará efectiva ante el Tribunal Arbitral, lo cual, además de contradecir el régimen previsto por la ley 19.550, se presta a todo tipo de maniobras, que siempre es preferible evitar”, en “Conflictos societarios. El procedimiento judicial en caso de conflicto, las medidas cautelares societarias y la impugnación de acuerdos sociales”, ED, 212-712.

¹⁶⁴⁰ En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, supuesto usual en los casos de

contra otros accionistas, las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos¹⁶⁴¹, debiendo someterse a jurisdicción arbitral:

i.-) quienes efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición¹⁶⁴²; ii.-) los supuestos de determinación de la relación de canje de acciones¹⁶⁴³ y iii.-) la impugnación del precio que se asigne al accionista minoritario forzado a vender¹⁶⁴⁴.

La ley 26.831 no menciona el tipo de arbitraje aplicable, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 766 CPCCN las controversias deberán resolverse en el caso del artículo 46 de la ley 26.831 mediante amigable composición, no siendo clara la solución

nulidades assemblearias –artículo 253 LSC–, aquella se efectúa ante el tribunal judicial. El decreto delegado 677/01 disponía la acumulación ante el tribunal arbitral, aún cuando alguno de los accionistas hubiera optado por los tribunales del Estado. Cfr. ARECHA, M., “Arbitraje y mediación...”, cit., IJ-XXV-171.

¹⁶⁴¹ Alguna doctrina ha sostenido su improcedencia por cuanto el arbitraje societario a.-) tiene como límite las materias vinculadas al orden público y a los derechos indisponibles en tutela de terceros; b.-) reconoce como límite personal a las materias que pueden afectar a los socios que no son parte en la litis; por lo que no pueden someterse a arbitraje las acciones de nulidad de asamblea, nulidad de la sociedad y desestimación de la personalidad jurídica. Además, tachan el art. 38 del decreto 677/01 de inconstitucional por modificar el artículo 15 LS en exceso de los límites de la delegación legislativa. Cfr. FAVIER DUBOIS, EDUARDO y RAISBERG, CLAUDIA, “El arbitraje societario: límites sustanciales, personales y constitucionales al art. 38 del Decreto 677/01”, IJ-XVI-380; FERNÁNDEZ, HÉCTOR, “Acerca de la inconstitucionalidad del art. 38 del Dec. 677/01 y de la necesidad de la reforma del art. 15, LSC”, en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 233 y “Reflexiones acerca del Decreto N° 677/2001”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 16, pp. 15/29; id. IJ-XXX-527.

¹⁶⁴² Ley 26.831, art. 46.

¹⁶⁴³ Ley 26.831, arts. 95 y 96.

¹⁶⁴⁴ Ley 26.831, arts. 95 y 96.

para los supuestos de los artículos 95 y 96 de la misma norma¹⁶⁴⁵.

7.7. ARBITRAJE SOCIETARIO EN EL DERECHO COMPARADO

7.7.1. Brasil

El arbitraje societario fue obligatorio en Brasil entre 1850 y 1866, año en que al tornarse facultativo –Ley 1310– su utilización fue decreciendo como método de resolución de conflictos hasta la sanción de la Ley 9.307 de Arbitraje de 1996, que al permitir optar por dicha vía le dio un renovado impulso¹⁶⁴⁶. Finalmente, a Ley

¹⁶⁴⁵ En el caso de los arts. 95 y 96 sus reglas están destinadas a la exclusiva determinación del valor de las acciones u otros títulos convertibles, “y a través de un expeditivo procedimiento que diseña a tal efecto, deja expresamente sentado que éste sólo tendrá por objeto determinar la valuación controvertida. Es un muy claro el caso de arbitraje pericial, tal como se describe en el art. 773 del Código Procesal al ceñirlo a resolver ‘exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente’. El legislador no lo tuvo en cuenta y, en vez de librar la cuestión a tales árbitros, hace intervenir a peritos en un estadio probatorio, para que luego el Tribunal arbitral o el juez dicten sentencia. Como seguidamente se la declara apelable, debería excluirse que se trate de una amigable composición puesto que sus laudos solamente son impugnables por acción de nulidad (art. 771). Difícil resulta aceptar, sin embargo, que se trata de un arbitraje iuris, siendo que nada debe resolverse con fundamento en derecho. Sólo resta resignarse a un inevitable arbitraje sui generis, en una poco feliz solución que incluye un específico régimen de costas, pero omite indicar ante qué tribunal se decidirá la apelación. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125. Si bien el trabajo de ANAYA refiere a los arts. 30 y 38 del DL 677/01, lo dicho resulta de aplicación analógica para el caso de los arts. 46, 94 y ss. de la ley 26.831.

¹⁶⁴⁶ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., pp. 32 a 35, con apoyo en DIAS GONÇALVES VILELA, MARCELO, *Arbitragem no direito societario*, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, p. 55. Antes de ello –siempre siguiendo a CAIVANO y CAPUTO– la doctrina sostenía la arbitrabilidad de los conflictos societarios que para cuya solución debían aplicarse normas imperativa –WALD ARNOLDO, “A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I)”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, enero-marzo 2007, p. 25–.

10.303 del 31 de octubre de 2001, que modificara la ley de sociedades, autorizó la inserción de cláusulas estatutarias que impongan el arbitraje para solucionar las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas controladores y los accionistas minoritarios (artículo 109, inc. 3), e incluso la impugnación de decisiones asamblearias, obligatoriedad que se extiende a los socios que se incorporen con posterioridad¹⁶⁴⁷.

7.7.2. Chile

La ley de Sociedades Anónimas –18.046 del 22 de octubre de 1981– dispone que la escritura de la sociedad puede expresar la naturaleza del arbitraje a que deben someterse las diferencias que ocurran entre los accionistas o entre éstos y la sociedad o sus administradores¹⁶⁴⁸, tanto durante la vigencia de la sociedad como

¹⁶⁴⁷ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., pp. 32 a 35, con apoyo en DIAS GONÇALVES VILELA, M, *Arbitragem no direito...*, cit., p. 189, WALD, A., “A arbitrabilidade dos conflitos...”, cit., p. 27 y VILLAGRA DA SILVA MARQUES, RICARDO, “A eficácia da cláusula compromissória estatutária: uma questão (ainda) controvertida”, en *Novos rumos da arbitragem no Brasil*, ed. Fiuza, San Pablo, 2004, p. 343.

¹⁶⁴⁸ Si bien el legislador plantea que los estatutos sociales son el único medio para que las partes pacten un arbitraje (art. 227 COT, arts. 352 n.º 10, y 415 del Código de Comercio y art. 4 de la LSA), también pueden establecerlo mediante acuerdo extraestatutario. En el caso de que se fijara estatutariamente –se sigue aquí a VAZQUEZ PALMA–, se puede hablar de una cláusula arbitral que se adhiere al contrato social, mientras que en el segundo caso –extraestatutario–, puede tomar la forma de acuerdo independiente, pero en ambos casos el convenio arbitral debe ser considerado de una manera autónoma e independiente, de lo que se deriva que los requisitos de forma son distintos en uno y otro caso. En tal sentido, las cláusulas arbitrales estatutarias deben formalizarse mediante escritura pública, mientras que en los acuerdos parasociales el pacto arbitral no debe revestir tal formalidad salvo que así lo estipulen los socios. “De acuerdo con la legislación chilena, la cláusula arbitral incluida en los estatutos sociales tomará, además, la forma de una escritura pública de constitución social; sin embargo, dicha cláusula no es de

su liquidación, lo que incluye la contienda sobre la interpretación de los estatutos y normas legales suplementarias, la impugnación de balances y estados financieros, las referidas al pago de dividendos, a contratos de suscripción de acciones entre accionistas y la sociedad y a la declaración de nulidad, caducidad o inhabilidad de cualquier administrador (artículo 4, inc. 10^o)¹⁶⁴⁹.

Si nada se dijera en la escritura –con lo que se entiende que la cláusula compromisoria no resulta ser un elemento esencial de la escritura de constitución de la sociedad¹⁶⁵⁰–, la ley dispone que las

aquellas que deban inscribirse en el registro de comercio correspondiente ni publicarse (en el caso de las sociedades anónimas) en el Diario Oficial, de manera que no está pensada la incorporación de la cláusula en los estatutos con aparentes fines publicitarios a terceros, sino más bien como parte de la normativa interna. De hecho, la única forma en que los terceros (por ejemplo, futuros socios) podrán conocer su existencia es por medio de la propia escritura de constitución social. VÁZQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, “El arbitraje en el derecho societario chileno: análisis normativo y jurisprudencial”, en *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, ed. Legis, Bogotá, N° 23, abril-junio de 2008, pp. 107 a 152.

¹⁶⁴⁹ Cfr. PUELMA ACCORSI, ALVARO, *Sociedades. Sociedad Anónima*, t. II, 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, n. 572, p. 714; VÁZQUEZ PALMA, M., “El arbitraje en el derecho societario chileno...”, cit., pp. 107 a 152

¹⁶⁵⁰ Cfr. TORRES ZAGAL, ÓSCAR, *Derecho de sociedades*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, n. 33, p. 528. En este sentido, “El arbitraje que establece la Ley de Sociedades Anónimas es aquel supletorio para el caso que las partes nada dispongan en la escritura social, respecto del cual es posible substraerse para entregar el conocimiento del conflicto a los tribunales ordinarios de justicia. Si el arbitraje se pacta y reglamenta expresamente en la escritura social, no procede la opción a que alude el inc. 2.º del artículo 125 de la Ley n.º 18046”. CS, 24 de agosto de 1992, “Kotliarenco v. Banco de Chile”; CA de Valdivia, 30 de agosto del 2000, “Carrasco A; Enrique Tapia W.; Jorge Rodríguez A.; José Fernández R.; Franklin Geldres A” – confirmada por CS el 9 de noviembre del 2000; CS, 10 de abril del 2000 “Luis Germán Villalobos v. Sociedad Golden Sat. S.A.” (todas estas en cita de VÁZQUEZ PALMA, M., “El arbitraje en el derecho societario chileno...”, cit., pp. 107 a 152. Para otros, Si bien sólo se permite que los estatutos contengan estipulaciones que determinan que puede conocer de los conflictos sociales un árbitro, no está

diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador¹⁶⁵¹. Empero, la norma parecería indicar que ante la ausencia de cláusula arbitral en la escritura de constitución, el régimen de arbitraje establecido en la ley resultaría facultativo, pudiendo en caso de conflicto el demandante sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria¹⁶⁵².

Este derecho no podrá ser ejercido por los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Tampoco por aquellos accionistas que individualmente posean, directa o

permitido disponer la participación de la justicia ordinaria, que solo tienen competencia de excepción Cfr. PUELMA ACCORSI, A., *Sociedades*, cit., n° 574, p. 716.

¹⁶⁵¹ El árbitro puede ser de derecho, o arbitrador o amigable componedor. El arbitrador debe fallar obedeciendo a la prudencia y equidad, y no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso (si nada se hubiera previsto, a las que para el caso establezca el Código de Procedimiento Civil). El árbitro de derecho debe fallar con arreglo a la ley y se somete tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva a las reglas establecidas para los jueces ordinarios en los casos en que la ley lo permita pueden concedérsele facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley (artículo 223 Código Orgánico de Tribunales).

¹⁶⁵² “La redacción de este texto legal puede ser objeto de distintas interpretaciones, pero la Corte Suprema ha interpretado que esta posibilidad de llevar la causa a la justicia ordinaria rige exclusivamente cuando por aplicación del artículo 4, inciso 10, deben entenderse árbitros arbitradores, pero no cuando el estatuto contiene una convención de arbitraje”. Cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125 y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, octubre 2006; Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, t. V, p. 879; TORRES ZAGAL, Ó., *Derecho de sociedades...*, cit., n. 33, p. 534; CS, recurso de queja 24 agosto 2002; PUELMA ACCORSI, A., *Sociedades*, cit., n° 574, p. 718, quien cita resolución de CS del 27 de Agosto de 1992 en causa entre accionistas del Banco de Chile, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2ª parte, sec. 1º, pág. 127.

indirectamente, acciones cuyo valor libro o bursátil supere determinada cantidad¹⁶⁵³ (artículo 125 ley 18.046). Además corresponde a estos árbitros –también a los de derecho– entender la liquidación de sociedades colectivas o en comandita civil.

En cuanto al procedimiento, se aplican las reglas generales del juicio arbitral y si corresponde resolver a la justicia ordinaria, los procedimientos comunes. Existen además dos normas especiales sobre procedimiento contenidas en la LSA:

i.-) con relación al juicio por disolución de la sociedad anónima cerrada, en razón de la existencia de motivos graves, el tribunal debe proceder breve y sumariamente apreciando la prueba en conciencia (artículo 105, inc. 2º). Se resuelve como incidente la cuestión relativa a reemplazo de liquidadores (artículo 119, inc. 2º)¹⁶⁵⁴; ii.-) “en las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas” (artículo 227 inc. 3º COT, conc. artículo 414 Código de Comercio) La norma no se refiere a la rendición de cuentas propiamente dicha sino a las cuestiones a que esta diere lugar, lo que remite a las controversias surgidas entre las partes –objeciones u observaciones rechazadas por quien da la cuenta–, debiéndose distinguir respecto de los juicios relacionados con la obligación de rendir cuentas que ii.a.-) el declarativo sobre cuentas, del que conoce la justicia ordinaria, tramita por las normas del juicio sumario –su objeto es obtener únicamente la declaración de la obligación de rendir una cuenta en los casos en que ella está establecida por la ley o el contrato–, y ii.b) el juicio sobre cuentas del que conoce un tribunal arbitral, cuya

¹⁶⁵³ Medida en “unidades de fomento” valuadas a la fecha de presentación de demanda

¹⁶⁵⁴ Cfr. PUELMA ACCORSI, A., *Sociedades*, cit., nº 576, p. 717.

tramitación es aquella que se encuentra reglamentada en el Título XII del Libro III del Código de Procedimiento Civil y que tiene por finalidad la presentación y análisis de la cuenta y su impugnación o aprobación, sin que se discuta acerca de la obligación de rendirla, pues ésta ha sido establecida por la ley, el contrato o la resolución judicial¹⁶⁵⁵; iii.-) a las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad colectiva o en comandita comercial (artículo 227 inc. 4 del Código Orgánico de Tribunales de 1943), o de una sociedad de responsabilidad limitada (ley 3.918 de 1923, por reenvío al régimen de las sociedades colectivas). Por excepción, interviene la justicia ordinaria en el caso de las sociedades anónimas cerradas, para resolver si es procedente reemplazar a un liquidador por un liquidador designado por la junta de accionistas (artículo 119 inc. 2º LSA)¹⁶⁵⁶.

Si bien el estatuto debe establecer la forma en que se designan los árbitros, no puede hacerlo respecto de personas determinadas¹⁶⁵⁷. El artículo 415 del Código de Comercio prevé a propósito de la disolución y liquidación de una sociedad colectiva que si en la escritura se hubiera omitido hacer la designación que indica el número 10 del artículo 352, se entenderá que las cuestiones que se

¹⁶⁵⁵ VÁZQUEZ PALMA, MARÍA FERANADA, “El arbitraje en el derecho societario chileno...”, cit., pp. 107 a 152, con cita a los fallos de CS, del 22 de noviembre de 1990, “Banco Osorno y La Unión” y del 17 de octubre de 2001, “Ana María Cerva Culaciati; Rosa Cristina Culaciati Ríos; Ema Estela Cerva Culaciati; Juan Cristián Cerva Culaciati con Gonzalo Larraín Minvielle”

¹⁶⁵⁶ PUELMA ACCORSI, A. *Sociedades*, cit., t. II, pp. 716, 717, 718.

¹⁶⁵⁷ Por ser la duración de la sociedad anónima indefinida, la función de árbitro *intuitu personae* y la variabilidad del elenco de socios. Cfr. SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho Comercial, Sociedades de personas y de capital*, t. 1, 7ª ed. Editora Jurídica de Chile, Santiago, 2006, n. 594, p. 182. Sí en cambio puede establecerse las calidades que deben reunir los árbitros, p. ej. profesor de derecho comercial. Cfr. TORRES ZAGAL, Ó., *Derecho de Sociedades...*, cit., n. 33, p. 531.

susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, “serán sometidas a compromiso”, mientras que el numeral 10 del artículo 352 establece que en las sociedades colectivas la escritura social debe expresar si las diferencias que ocurran durante la sociedad deben ser o no sometidas a las resolución de arbitradores, y en el primer caso, la forma en que deba hacerse su nombramiento.

Sobre el particular VÁZQUEZ PALMA señala que

“cuando la ley expresa en la primera disposición ‘... serán sometidas a compromiso’, y en la segunda que ‘... serán sometidas a la resolución de arbitradores’ se está refiriendo en realidad al arbitraje de manera que se emplean erróneamente tales vocablos como sinónimos de este último, de hecho, no tiene sentido hablar de ‘compromiso’ en un arbitraje obligatorio, porque no hay necesidad del mismo. Por su parte, con ‘arbitradores’, el legislador no está aludiendo a la calidad específica del árbitro, sino que su interpretación debiera ser solo la de someter sus conflictos ante árbitros. Lo que acontece es que esta disposición parte del evento que las partes (socios) pueden señalar lo contrario, es decir, que decidan no someter sus controversias a arbitraje y, al así reconocerlo, se llega a una situación contradictoria entre la libertad de las partes y el arbitraje forzoso. ¿Qué predomina? De la conjugación de ambas normas habría necesariamente que entender que el arbitraje es en principio facultativo para las partes, pero si estas no señalan en su escritura social cómo resolverán sus controversias o se deciden finalmente por este mecanismo, entonces el arbitraje pasará a ser obligatorio. Es decir, frente a la ausencia o clara manifestación de voluntad expresada a favor del arbitraje, el legislador obliga a las partes a someterse a este mecanismo. No es difícil encontrar jurisprudencia que respalde el segundo de estos postulados, es decir, el que obliga

a las partes a someterse a un arbitraje cuando existe una cláusula compromisoria pactada, porque ello se deriva de la propia fuerza obligatoria de todo contrato, en concordancia con el efecto positivo y negativo del mismo. Sin embargo, si existe una cláusula arbitral pactada, pero luego las partes acuden a la justicia ordinaria sin oponer la respectiva excepción de incompetencia, ¿podría forzárseles a seguir el camino arbitral?” ...[esta pregunta]... fue contestada de manera afirmativa por la Corte de Apelaciones de San Miguel, que anuló de oficio todo lo obrado en un juicio ordinario seguido íntegramente ante un conflicto societario, por considerar que aquello atentaba contra la obligatoriedad del arbitraje ... Lo interesante de este fallo es que la CS declaró la nulidad del procedimiento solo al percatarse de la existencia de la cláusula arbitral en los estatutos sociales, de manera que si ella no hubiera existido, el juicio habría concluido ante la justicia ordinaria confirmando nuestra tesis en orden a reconocer la voluntad de las partes en esta materia. Sin embargo, el sentenciador en nuestra opinión yerra por cuanto anula un procedimiento válido invocando la cláusula arbitral pactada, cuestión que es del todo improcedente. En otras palabras, creemos que las cortes respectivas podrían haber invocado la obligatoriedad del arbitraje por prescripción legal, pero no tomar el camino de hacer valer la cláusula arbitral, porque ella solo puede ser defendida por los interesados al hacer valer sus efectos en la oportunidad pertinente”¹⁶⁵⁸.

Si bien contra la sentencia arbitral pueden interponerse recursos de apelación y casación ante el tribunal que habría conocido si se hubiera interpuesto un juicio ordinario –salvo que las partes hayan renunciado a ellos o expresamente los sometieran a

¹⁶⁵⁸ VÁZQUEZ PALMA, M., “El arbitraje en el derecho societario chileno...”, cit., pp.107 a 152

arbitraje–, la casación nunca procede contra las sentencias de los arbitradores y el de apelación sólo lo hace cuando las partes hubieran expresado que se reservaban dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y hubieran designado a las personas para desempeñar tal cargo (artículo 239 Código Orgánico de Tribunales).

7.7.3. Colombia

En su etapa inicial, el derecho colombiano sólo reconoció validez al contrato de compromiso arbitral –artículo 308 de la ley 105 de 1890–, por lo que los tribunales declaraban nulas las simples cláusulas compromisorias insertas en los estatutos. Este criterio varió con la ley 2 de 1938, que aceptaba la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, lo que se mantuvo al sancionarse el Código de Comercio de 1971. Este dispone la validez las cláusulas sometidas a decisión de árbitros o de amigables componedores las diferencias que, con motivo del contrato social, ocurran a los asociados –presentes o futuros– entre sí o con la sociedad, así como la forma de hacer la designación de tales árbitros y amigables componedores (artículo 110.11).

La validez de la cláusula arbitral también se extiende a los conflictos entre administradores no socios y la sociedad. La práctica fue extendiéndose, de modo que para el año 2005 se observaba que casi la totalidad de los estatutos de sociedades comerciales preveían una cláusula compromisoria, aún cuando su uso resultara infrecuente. Empero, no toda materia puede sujetarse a arbitraje, existiendo consenso mayormente en su inaplicabilidad respecto

de¹⁶⁵⁹:

i.-) la impugnación de decisiones asamblearias, de competencia de la justicia ordinaria por aplicación de los artículos 194 del Código de Comercio y 408.6 y 421 del Código de Procedimiento Civil; ii.-) las controversias que se susciten en relación con el derecho de inspección, y que son resueltas “por la entidad que ejerza la inspección, vigilancia y control” (artículo 48, ley 222 de 1995); iii.-) la determinación de la existencia de un grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan o el restablecimiento del derecho de voto de acciones con dividendo preferencial, cuando la sociedad no genere utilidades y se establezca que ha habido ocultamiento o distracción de beneficios (artículos 28 y 64 ley 222 de 1995); iv.-) el empleo por la sociedad de medidas coactivas contra los socios morosos para hacer efectivo el pago de los aportes (artículos 125 y 397 Código de Comercio); v.-) el cobro forzoso de utilidades (artículo 156 Código de Comercio); vi.-) el nombramiento del liquidador cuando la causal de disolución sea el desacuerdo entre socios –aunque la decisión sobre la ocurrencia de la causal sea arbitral– (artículos 109 y 228 Código de Comercio).

7.7.4. Estados Unidos

Tanto en ámbito federal –*Federal Arbitration Act*¹⁶⁶⁰– como en

¹⁶⁵⁹ Por esta enumeración y en extenso, véase BENETTI SALGAR, JULIO, “Arbitraje y derecho de sociedades”, en *El Contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005, pp. 417 y 420 a 421.

¹⁶⁶⁰ La *Federal Arbitration Act*. fue sancionada para superar la anacrónica hostilidad al arbitraje heredada por los tribunales estadounidenses del derecho inglés. Cfr. MUÑOZ, FRANCISCO, “Arbitraje societario en Estados Unidos. El ejemplo

el local –p. ej. *Delaware Uniform Arbitration Act*– se observa una fuerte política de orden público que favorece la utilización del arbitraje y que presume la aplicación de la cláusula arbitral salvo que la interpretación del texto del acuerdo no prevea la disputa iniciada. El arbitraje más común involucra los reclamos de los socios, en representación de la sociedad, contra los administradores por violación del deber de fidelidad –*breach of fiduciary duty*–, sin existir consenso respecto de la arbitrabilidad en caso de sociedades públicas o abiertas¹⁶⁶¹.

Tampoco existe consenso respecto de la aplicación de la cláusula arbitral para el caso de negarse los directores a someterse a arbitraje, por considerarse éstos ajenos al contrato social –por tanto independientes de la sociedad–. Empero, “este argumento no es del todo efectivo en la práctica. Los tribunales de Estados Unidos han fijado los requisitos para la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios. Una de las posibles vías para extender el acuerdo arbitral es a través de la teoría del *stoppel*, que sostiene que una de las partes no puede hacer uso de una cláusula de un acuerdo a su favor y dejar de lado la aplicación de otra cláusula del mismo acuerdo por resultarle inconveniente. En este sentido, los directores sustentan sus funciones tanto en los *charters* como en los *bylaws*, determinando entonces si han cumplido o no con sus deberes o han obrado más allá de las facultades reconocidas basándose en dichos instrumentos. Por ende, si los *charters* o *bylaws* contienen acuerdos arbitrales, estos les son oponibles a los directores. Otro argumento que justifica esta postura es el hecho de que en Estado Unidos es muy común que como parte de la remuneración de los directores se incluya una porción accionaria de la sociedad, vinculando a los

de Delaware”, 24 de febrero de 2014, ED 256, quien trae como antecedentes “*Scherk v. Alberto-Culver Co.*”, 417 US 506, 510 y 4, 94 S. Ct. 2449 y 4, 41 L.Ed.2d 270 (1974).

¹⁶⁶¹ Cfr. MUÑOZ, F., “Arbitraje societario en...”, cit., ED 256.

administradores con la compañía. Así, los directores dejarían de ser terceros con relación al acuerdo constitutivo y el estatuto de la sociedad”¹⁶⁶².

Los árbitros también tiene facultad para dictar medidas cautelares, cuando así se prevea en la cláusula arbitral, que incluso puede establecer la prohibición a las partes de acudir para ello a sede judicial¹⁶⁶³.

7.7.5. España

Ya se ha dicho que en el primitivo derecho español las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa Bilbao –Ordenanzas de Bilbao, año 1737– observaban como antecedente la Ordenanza Terrestre francesa de 1673 (o de Colbert o Code Savary), y que a en materia de diferendos entre socios disponía que “toda sociedad contendrá la cláusula de someterse a los árbitros para las diferencias que sobrevengan entre los socios y, aun cuando la cláusula fuere omitida, uno de los socios podrá nombrarlo, estando los otros obligados a proceder de igual manera y, en caso contrario, será nombrado por el juez para quienes han rehusado hacerlo” (artículo 9, Título IV).

Las Ordenanzas de Bilbao también referían que “al fin de las compañías estándose ajustando sus cuentas, se suelen suscitar

¹⁶⁶² Cfr. MUÑOZ, F., “Arbitraje societario en...”, cit., ED 256, con apoyo en “Thomson-CSF v. American Arbitration”, 64 f.3d 773, 776 (2d Cir. 1995) y en SANBORN, J., *The rise of shareholder derivative arbitration in public corporations*, Wake Forest. L. Rev., pp. 350 y 351.

¹⁶⁶³ Cfr. MUÑOZ, F., “Arbitraje societario en...”, cit., ED 256, con apoyo en “BFI Waste Systems of North America Inc. v. Waste Management. Holdig Inc.”, 1998 Del. Ch. LEXIS 170.

entre los interesados de ellas muchas dudas y diferencias de que proceden pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos, como la experiencia lo ha demostrado; por evitar semejantes daños, y para que las tales dudas, diferencias y pleitos sean decididas sumariamente, se ordena: que todos los que gozaran de compañía hayan de capitular y poner cláusula en la escritura que de ella otorgaren, en que digan y declaren que por lo tocante a las dudas y diferencias que durante ella y a su fin se las puedan ofrecer, se obligan y someten al juicio de dos o más personas prácticas que ellos o los jueces de oficio nombraren y que estarán o pasarán por lo que sumariamente juzgaren sin otra apelación ni pleito alguno; cuya cláusula se les hará guardar y observar bajo de la pena convencional que también deberán imponerse o la arbitria que los jueces les señalaren” (Capítulo X, nº XVI).

La solución arbitral se mantuvo, trasladándose al Código Fernandino o Código de Sainz Andino de 1829, manteniendo el arbitraje forzoso incluso para las sociedades anónimas, cuyo tratamiento incorporaba, incluyendo la mención obligatoria en toda escritura constitutiva a “la sumisión al juicio de árbitros en casos de diferencias entre los socios, expresándose el modo de nombrarlos”, habida cuenta de que “toda diferencia entre socios se decidirá por jueces árbitros, háyase no estipulado así en el contrato de sociedad” (artículos 286 y 323).

Esta tendencia en pro del arbitraje, que incluso contemplaba la impugnación de acuerdos sociales –Tribunal Supremo, sentencias del 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907, entre otras–, comenzó a abandonarse promediando el primer cuarto del siglo XX. La ley de Arbitraje Privado de 1953 vino a consolidar esta tendencia negativa respecto del arbitraje societario, primando la idea de su incompatibilidad.

Para ello se utilizaban diversos argumentos que giraban mayormente en la indisponibilidad del derecho societario por ser sus

normas de ius cogens, –imperativas sin admisión de exclusión o alteración de su contenido–, con más el artículo 70 de la LSA de 1951 que señalaba que “será competente para conocer el asunto, con exclusión de cualquier otro, el de Primera Instancia correspondiente al lugar donde se hubiese celebrado la Junta General de Accionistas”, criterio además validado de forma tajante por la jurisprudencia¹⁶⁶⁴.

“Se llegó así a un consenso doctrinario excluyente del arbitraje en cuestiones regidas por derecho imperativo, que se reflejó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la sentencia del 15 de octubre de 1956, sentando una doctrina hostil que reiteró el 27 de enero de 1969 y el 15 de octubre de 1971”¹⁶⁶⁵.

Pero hacia fines del siglo XX la tendencia adversa comenzó a revertirse. La Ley de Cooperativas del 2 de abril de 1987, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado del 18 de febrero de 1998¹⁶⁶⁶, el Tribunal Supremo por sentencia del 18

¹⁶⁶⁴ Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El Arbitraje societario*, cit., pp. 28 y 29, quien cita como ejemplos las Sentencias del TS del 15 de octubre de 1956, del 27 de enero de 1969 y del 15 de octubre de 1971; CORREA DELCASSO, J., “El arbitraje societario en España. Aproximación...”, cit., p. 277.

¹⁶⁶⁵ ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

¹⁶⁶⁶ En palabras del Tribunal, “un pacto compromisorio extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición del socio, el complejo de Derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso, toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación, la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria ... una regla como la que se examina (sumisión arbitral) constituyen hoy en día cláusulas de estilo en la mayoría de los Estatutos sociales”. Transcripción de CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., p. 35.

de abril de 1998¹⁶⁶⁷ y finalmente la Ley de Arbitraje 36/1988 del 5 de diciembre de 1988¹⁶⁶⁸, admitieron la obligatoriedad del arbitraje cuando este se previera estatutariamente, haciéndolo vinculante para los socios presentes y futuros, e incluyendo materias como la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de los acuerdos sociales¹⁶⁶⁹. De esta forma, en principio toda la materia societaria, en tanto negocial, es disponible y por tanto arbitrable, salvo aquello

¹⁶⁶⁷ En palabras del Tribunal, “en principio no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta General de Accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales”. Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., pp. 35 y 36.

¹⁶⁶⁸ Sin perjuicio de que esta norma no hacía mención al arbitraje societario, ya no lo impedía. Además introdujo como novedad el permitir que se sometiera a convenio arbitral cuestiones litigiosas futuras, lo que estaba vedado por la ley de Arbitraje de 1953. Cfr. CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., págs. 33 y 45. Su texto seguía los principios rectores de la Ley Modelo de UNCITRAL, explicitando su exposición de motivos que “se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que efectuaba la ley de 1953. El convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición que reconoce el art. 1º, puede tener por objeto cuestiones presentes o futuras. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes. El título II introduce como novedades el principio de libertad formal en el convenio arbitral, la consagración legislativa del principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal y, sobre todo, la posibilidad de que las partes defieran a un tercero el nombramiento de los árbitros e, incluso, la organización del sistema arbitral. Se dota de un amplio margen de actuación al principio de la autonomía de la voluntad, pero se adoptan las cautelas lógicas frente a posibles situaciones de desigualdad contractual en las que puedan encontrarse las partes”. Cfr. ANAYA, JAIME, “Arbitraje societario”, LL 2007-C, 1125 y en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, octubre 2006; Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, t. V, p. 879.

¹⁶⁶⁹ Cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., p. 879.

que esté fuera del poder de disposición de los socios¹⁶⁷⁰.

Finalmente con la sanción de la Ley de Arbitraje 60/2003 del 23 de diciembre de 2003 y pese al silencio que en particular guarda, se consagra de manera abierta la aplicación del arbitraje en materia societaria, cuya aceptación ya era sostenida a partir de la admisión prevista para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en punto a que “todos los pactos y condiciones que los socios juzguen convenientes establecer siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima [o de responsabilidad limitada]” (artículos 10 LSA y 12.3 LSRL), consagrándose la autonomía de la voluntad como principio básico en materia societaria¹⁶⁷¹. En contra de lo que disponía la ley 36/1988, en caso de silencio en el contrato social la ley 60/2003 impone el arbitraje de derecho, extremo visto favorablemente por la doctrina¹⁶⁷².

Ley 2010

7.7.6. Francia

El derecho francés imponía desde antiguo el arbitraje como medio de resolución de conflictos –Edicto de François II de 1560–, obligatoriedad receptada por el Código de Comercio de 1807 y luego gradualmente abandonada hasta su supresión por ley del 17 de julio de 1856 y que requería para su aplicación la necesidad de

¹⁶⁷⁰ Cfr. CAIVANO, R. y ZAMENFELD, V., “El arbitraje en materia societaria”, cit., ED, 194-152.

¹⁶⁷¹ Cfr. CARAZO, LIÉBANA M., *El arbitraje societario*, cit., p. 35.

¹⁶⁷² Parece discutible “que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiera de resolver un órgano judicial”; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, cit., p. 35.

convenirlo. La reforma del Código de Comercio por ley del 31 de diciembre de 1925 admitió la incorporación de cláusulas arbitrales en el contrato, disposición concordante con el Código actual (artículo 721-3, texto según Ordenanza 2006-673 del 8 de junio de 2006) que dispone que si bien los tribunales comerciales son competentes para conocer las controversias relativas a las sociedades comerciales, “las partes, al momento en que ellas contratan, pueden convenir el sometimiento a arbitraje de las controversias previamente enumeradas”¹⁶⁷³.

Si bien la acción de nulidad del contrato social no puede ser resuelta por un tribunal arbitral, sí se consideran arbitrables¹⁶⁷⁴:

i.-) los litigios relativos al funcionamiento de la sociedad, incluyendo la nulidad de decisiones de la asamblea, ii.-) las acciones de responsabilidad contra los administradores, iii.-) la acción de remoción del síndico, iv.-) las acciones que planteen los accionistas para obtener información sobre la marcha de la sociedad, v.-) los litigios relativos a la calidad de accionista y a la exclusión del socio, vi.-) los conflictos derivados de los pactos de sindicación de acciones; y vii.-) las controversias relativas a la disolución de la sociedad.

La invocación del orden público no es suficiente para rechazar la procedencia del arbitraje societario, por cuanto aún cuando el

¹⁶⁷³ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., pp. 36 y 37.

¹⁶⁷⁴ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., pp. 36 y 37, con apoyo en HANOTIAU BERNARD, “L’arbitrabilité des litiges en matière de droit. des sociétés”, en *Liber Amicorum Claude Reymond*, ed. Litec, París, 2004, pp. 97 y ss.; Cour d’appel de Paris, 1985, re “Société Langlois et. Cie. C. GIE Taconet. et. Al”, *Revue de l’arbitrage*, 1985, p. 279; Cour de cassation, 30/01/1967, re “Dam Lamaitre c. Deshayes”, *Revue de l’arbitrage*, 1967, p. 92. Ver, asimismo, RACINE JEAN-BAPTISTE, *L’arbitrage commercial international et. l’ordre public*, ed. L.G.D.J, París, 1999, p. 90.

Código Civil dispone que no se pueden someter a arbitraje las materias que interesen al orden público, judicial y doctrinariamente existe consenso en que las normas de orden público no excluyen de plano la aplicación de la cláusula arbitral sino, más bien, imponen al tribunal arbitral el deber de respetarlas¹⁶⁷⁵.

7.7.7. Italia

La legislación italiana ha procurado ocuparse de manera acabada del procedimiento en materia societaria mediante el Decreto Legislativo n° 5 del 17 de enero de 2003. Este decreto, hoy mayormente derogado y que se ocupaba de manera completa del procedimiento en materia societaria, fue modificado por Decreto Legislativo n° 37 del 6 de febrero de 2004 y posteriormente derogado de manera parcial por la ley n° 69 del 18 de junio de 2009, permaneciendo en vigencia únicamente las disposiciones concernientes al arbitraje y conciliación extrajudicial (artículos 34 a 37).

Se ocupa del arbitraje, aunque no de forma integral sino más bien de ciertos aspectos del mismo¹⁶⁷⁶, de manera objetiva y subjetiva amplia¹⁶⁷⁷, a partir del establecimiento de cláusula

¹⁶⁷⁵ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., pp. 36 y 37.

¹⁶⁷⁶ La regulación vigente –arts. 34 a 37– no introduce una regulación completa, autónoma y autárquica, siendo de aplicación subsidiaria las normas de arbitraje común. Cfr. DOMÉNECH FEDERICO, ADRIÁN, “El arbitraje societario italiano”, cit., p. 176.

¹⁶⁷⁷ Cfr. CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., pp. 38 a 40, con apoyo –por todos– en RICCI, EDUARDO, “Il nuovo arbitrato societario”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, N° 2, p. 517; ZOPPINI, ANDREA, “I ‘diritti disponibili relativi al rapporto sociale’ nel nuovo arbitrato societario”, *Rivista delle società*, 2004, p. 1173, Corte di Cassazione Civile,

compromisoria en el acto constitutivo¹⁶⁷⁸. Si bien el arbitraje societario es voluntario, la ley prevé que introducida la cláusula para dirimir algunas o todas las controversias entre los socios o bien entre los socios y la sociedad, lo estipulado resulta vinculante tanto para el ente como para aquellos, incluso cuando su calidad sea objeto de la controversia.

La cláusula compromisoria debe consignar, bajo pena de nulidad, el número de árbitros y su forma de designación, tarea que indefectiblemente recae en terceros ajenos a la sociedad (si la persona designada omitiera efectuar la elección, esta se hará judicialmente¹⁶⁷⁹). Cuando se pretenda introducir en los estatutos una cláusula compromisoria, o suprimir una existente, la decisión debe ser aprobada con el voto de socios que representen al menos los dos tercios del capital social, correspondiendo a los ausentes y

Sección I, 23/02/2005, re “Consorzio Caivano Uno c. Saciep S.R.L.”, *Rivista Le Società*, N° 5/2006, p. 637; SOLDATI, NICOLA, “Arbitrato societario e impugnazione di delibera assembleare consortile”, en p. 639 y MEO, GIORGIO, “Las novedades de las recientes reformas italianas en materia de arbitraje”, *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 8, enero-junio 2008, p. 107.

¹⁶⁷⁸ Quedan excluidas las sociedades que cotizan sus acciones en mercados reglamentados. Sí incluye por aplicación de criterio jurisprudencial, a las sociedades de personas. Tribunale Pordenone, 19 julio 2005, “Pres. Lazzaro, Est. Petrucco Toffolo”, in *Nuovo dir.* 2005, 943.944.

¹⁶⁷⁹ “Esta disposición legal no guarda armonía con el régimen dispuesto por el Código de Procedimiento Civil y es objeto de interpretaciones divergentes. Así un sector de la doctrina no acepta que la cláusula compromisoria societaria pueda tener un alcance divergente del dispuesto por el decreto del 2003, en tanto otro sector sostiene la tesis llamada del doble binario, según la cual la nueva disciplina no sustituye el modelo del Código procesal, por lo que puede haber concurrencia de ambos arbitrajes ... Mientras también se ha sostenido que el arbitraje del decreto no se aplica: a) a la cláusula compromisoria por arbitraje irritual; b) a la cláusula de arbitraje ritual o irritual adoptada en convenciones parasociales o en contratos diversos del acto constitutivo; c) al compromiso de arbitraje para conflictos societarios, cuando el acto constitutivo no contiene cláusula compromisoria”. ANAYA, J., “Arbitraje Societario”, cit., LL 2007-C, 10125.

disidentes el derecho de receder (artículo 34, inc. 6º DL 17 enero 2003). Pueden ser conocidas mediante arbitraje¹⁶⁸⁰:

i.-) cualquier controversia societaria surgida entre socios, entre éstos y la sociedad, siempre y cuando su naturaleza verse sobre derechos disponibles relativos a la relación social; ii.-) cualquier controversia promovida por los administradores, liquidadores o síndicos contra la sociedad o por conflictos existentes entre ellos –es operativa respecto de éstos desde el momento de la aceptación del cargo¹⁶⁸¹–. Los árbitros incluso pueden ocuparse de discrepancias relacionadas con la gestión de la sociedad (artículos 34, incs. 1 y 5, y 37 DL 17 enero 2003). ; iii.-) si la cláusula compromisoria incluye el arbitraje respecto de las resoluciones asamblearias, los árbitros podrán suspender su ejecución mediante una decisión no recurrible (artículo 35, inc. 5 DL 17 enero 2013)¹⁶⁸².

No pueden en cambio ser objeto de cláusulas compromisorias las controversias en las que la ley contemple la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal, o se trate de cuestiones legalmente excluidas. En el mismo sentido la doctrina italiana sostiene que resultan indisponibles las controversias sobre derechos protegidos por normas imperativas, en vista de la tutela de un interés superior

¹⁶⁸⁰ Cfr. DOMÉNECH, F., “El arbitraje societario italiano”, cit., p. 180.

¹⁶⁸¹ Cfr. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125 y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, octubre 2006, cit., t. V, p. 879.

¹⁶⁸² Antes de esto, si bien se aceptaba la validez de los acuerdos arbitrales contenidos en contratos de sociedad, se discutía la arbitrabilidad de cuestiones inherentes a la responsabilidad de los administradores –admitida por ser materia transable y renunciable– y a la nulidad de las decisiones asamblearias –admisibles cuando se tutelara el interés personal del socio e inadmisibles cuando se tutelaran intereses colectivos–. Cfr. MICCOLIS, GIUSEPPE, “Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario”, Revista *Judicium*, en <http://www.judicium.it> y CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., pp. 38 a 40.

—público¹⁶⁸³—, por ser arbitrables únicamente los actos anulables, no así los nulos¹⁶⁸⁴.

Deben decidir en derecho, incluso si la cláusula compromisoria los autoriza a utilizar criterios de equidad, cuando conozcan sobre cuestiones no comprometibles o el objeto del juicio recaiga sobre la validez de deliberaciones assemblearias (artículo 36 DL 17 enero 2003)¹⁶⁸⁵. El decreto legislativo prevé la posibilidad de que las partes soliciten medidas cautelares¹⁶⁸⁶, incluso suspender la eficacia de un

¹⁶⁸³ “In linea generale, le controversie in materia societaria possono formare oggetto do compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell’interesse collettivo dei soci o dei terzi. L’area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quelli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell’ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio”. Cass. Civ., sez. I, 23 febrero 2005, n. 3772, Pres. Olla, Est. Marziale, P.M. Maccarone.

¹⁶⁸⁴ Cfr. CAIVANO, R. y ZAMENFELD, V., “El arbitraje en materia societaria”, cit., ED, 194-152.

¹⁶⁸⁵ “La regla introduce una solución precisa y valiosa que pone fin en el derecho italiano a las largas controversias difundidas en el derecho comparado, acerca de la posibilidad de someter al arbitraje las resoluciones assemblearias, cuestionamiento que se ha entendido abarcativo de las deliberaciones del consejo de administración y del consejo de gestión. El decreto legislativo abre una solución que parece equilibrada, al admitir la arbitrabilidad de lo decidido por la asamblea sin distinguir entre la naturaleza o el objeto de estas deliberaciones, con la sola condición de que se resuelvan según derecho y de que los laudos sean susceptibles de impugnación”. ANAYA, J., “Arbitraje Societario”, cit., LL 2007-C, 10125; Tribunale Bari, sez. IV, ord. 3 marzo 2006).

¹⁶⁸⁶ “La adopción del arbitraje en el acto constitutivo, no es preclusiva del recurso judicial a la tutela cautelar conforme a lo dispuesto por el Código Procesal, es decir su posible sometimiento al juez que habría sido competente para conocer la causa. Esta regla es interpretada en el sentido de que se admite la tutela cautelar en el arbitraje libre, vecino a nuestra amigable composición”. ANAYA, J., “Arbitraje societario”, cit., LL 2007-C, 10125 y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, octubre 2006; Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales, t. V, p. 879.

acuerdo social impugnado cuando el objeto de controversia recaiga en el examen de su validez¹⁶⁸⁷.

7.7.8. Perú

La Ley General de Sociedades peruana de 1998 (n° 26.887), a diferencia de sus pares de Argentina y Uruguay¹⁶⁸⁸, no efectúa para la resolución de controversias remisión general a una única norma específica del código de forma –texto único ordenado del Código Procesal Civil, Res. Min. N° 10-93, CPCP–, optando por dar tratamiento diferenciado a las varias acciones en esta dispuestas. Así, remite a procesos de conocimiento, abreviados, sumarísimos, ejecutivos, no contenciosos y aún arbitrales, según:

i.-) de conocimiento: (artículo 475 y ss. CPCP) la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas, o que incurran en causales –de nulidad– previstas en la LGS o en el Código Civil, tramitan por esta vía (artículo 150);

ii.-) abreviados: El CPCP dispone un procedimiento abreviado para cuestiones relativas a diversos asuntos contenciosos a los que leyes especiales remitan¹⁶⁸⁹ (artículo 486 inc. 9°), y que corresponde atender a los Jueces Civiles y los de Paz Letrados –según el monto–, con plazos menores que los previstos para los de conocimiento (artículo 491).

¹⁶⁸⁷ Cfr. DOMÉNECH, F., “El arbitraje societario italiano”, cit., p. 201.

¹⁶⁸⁸ Art. 15 LS y arts. 346 y 347 LSCU.

¹⁶⁸⁹ El CPCP enuncia el retracto; los títulos supletorios, la prescripción adquisitiva y la rectificación de áreas o linderos; la responsabilidad civil de los Jueces; asuntos de expropiación y tercería; la impugnación de acto o resolución administrativa; las pretensiones patrimoniales de importancia; aquellos que no tienen una vía procedimental propia, o son inapreciables en dinero, o haya duda sobre su monto o, sobre la naturaleza de la pretensión.

Tramitan por proceso abreviado la demanda de nulidad del pacto social (artículo 35); la que realizara cualquier accionista para que se compruebe la valorización de aportes no dinerarios (artículo 76); la oposición a la prórroga de la duración de la sociedad respecto de un socio deudor, cuando la efectúe uno de sus acreedores –del socio– con crédito vencido (artículo 275); la exclusión de socio en la sociedad de dos socios, o la oposición que formule el socio al que se ha comunicado su exclusión decidida por mayoría, por contar la sociedad con más de dos socios (artículos 276 y 293); las demandas de terceros –y cuando proceda, aún la de la propia sociedad y los socios– contra administradores y representantes de la sociedad irregular (artículo 424); la impugnación de acuerdos de la junta general (asamblea) contrarios a la ley, el estatuto o el pacto social (reglamento), que lesionen los intereses de la sociedad (artículo 139)¹⁶⁹⁰, o la que tacha de nulidad la decisión asamblearia de transformación o de fusión debidamente inscripta (artículos 143, 343 y 365);

iii.-) sumarísimo: A través del proceso sumarísimo el CPCP (artículos 546 y ss.) procura, para ciertas materias¹⁶⁹¹, una tramitación más veloz que la prevista para los de conocimiento (artículo 475) y abreviado (artículo 486), admitiéndose sólo medios probatorios de actuación inmediata (artículo 552), a valorarse en

¹⁶⁹⁰ Sólo tramita como de conocimiento la acción de nulidad tendiente a invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas, o que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil (art. 150).

¹⁶⁹¹ Alimentos, separación convencional y divorcio ulterior, interdicción, desalojo, interdictos, reclamos que no teniendo una vía procedimental propia sean inapreciables en dinero, o exista duda sobre su monto, aquellos que en razón de la urgencia de tutela petitionada el Juez considere le son aplicables. También se aplica en los supuestos en que leyes especiales los prevean (art. 546 inc. 8°), tal el caso de los arts. 9, 5, 15, 143, 158, 200, 219, 237, 291, 240, 409, 410 y 415 de la LGSP.

una audiencia única a celebrarse dentro de los diez días, y durante la cual se dictará sentencia (artículo 554¹⁶⁹²).

Corresponde trámite sumarísimo en los casos de homonimia, a la demanda que ante el juez del domicilio de la infractora realicen los afectados (artículo 9); siendo que sociedades se constituyen por escritura pública, la que debe contener el pacto social –que incluye el estatuto¹⁶⁹³–, cualquier socio puede demandar el elevamiento del pacto a escritura por proceso sumarísimo (artículo 5); de igual manera, cualquier socio o tercero con interés legítimo puede solicitar sumarísimamente la inscripción de aquellos acuerdos que requieran tal formalidad (artículo 15); la impugnación de acuerdos de la junta general que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum (artículo 143); cuando la solicitud de convocatoria a asamblea tenga por único objeto suplir la eventual vacancia de directores –si ésta es en número que impida el funcionamiento del órgano de administración– (artículo 158); habiendo ejercido el socio el derecho de receso, la sociedad deberá efectuar el reembolso del valor de sus acciones en un plazo no mayor de dos meses.

No obstante, si el reembolso pusiese en peligro la estabilidad del ente –o éste no estuviera en condiciones de realizarlo–, se

¹⁶⁹² El plazo para dictar sentencia puede prorrogarse, por única vez, hasta diez días (art. 555 CPCP).

¹⁶⁹³ El pacto social es el documento originario que contiene la identificación de los fundadores, la manifestación de la voluntad de los socios de constituir sociedad, el monto del capital suscrito y la forma de su pago y el nombre e identificación de los primeros administradores. Por su parte, el estatuto propiamente dicho es la parte del pacto social que indica la denominación, domicilio y duración de la sociedad, su objeto, la descripción e integración del capital, el régimen de los órganos de gobierno y administración, los requisitos para la modificación del estatuto, tratamiento de estados contables, régimen de utilidades y normas para la disolución, liquidación y extinción de la sociedad. Cfr. BAEUMONT CALLIRGOS, RICARDO, *Comentarios a la ley general de sociedades*, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 50.

efectuará en los plazos y condiciones que judicialmente se determine por petición de la sociedad, por proceso sumarísimo (artículo 200); en los supuestos de reducción de capital, la oposición que formularan los acreedores de la sociedad no garantizados –aún si sus créditos estuvieran sujetos a condición o plazo– (artículo 219); en las sociedades cerradas, las cuestiones relacionadas con el derecho de adquisición preferente de acciones (artículo 237) o su transferencia simple (artículo 291) o mortis causa (artículo 240); en los casos relacionados con la disolución de sociedades (artículo 409) o la actuación de los liquidadores (artículo 415); el Poder Ejecutivo cuenta con la facultad de solicitar a la Corte Suprema la disolución de sociedades cuyos fines o actividades considere contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Corresponde a la junta general la designación de los liquidadores dentro de los diez días de dictada la resolución, extremo que de no producirse –por falta convocatoria o de decisión– habilita a cualquier socio o tercero a solicitar, por vía sumarísima, la liquidación judicial (artículo 410);

iv.-) ejecutivo: La LGSP contempla la posibilidad de que tramite por vía ejecutiva (artículo 693 inc. 8 CPCP) el reclamo al socio de los aportes cuya integración estuvieran en mora (artículo 80 LGSP). También se faculta expresamente al representante de los obligacionistas a reclamar ejecutivamente el pago en mora de los intereses o del principal por parte de la sociedad emisora (artículo 328 LGSP);

v.-) no contencioso: El CGCP prevé en su Sección Sexta, Título 1ro. (artículos 749 y ss.) un tipo de proceso denominado no contencioso¹⁶⁹⁴, de contradicción atenuada, en el cual se privilegia la

¹⁶⁹⁴ Reservado para asuntos relacionados con 1.– inventario; 2.– administración judicial de bienes; 3.– adopción; 4.– autorización para disponer derechos de incapaces; 5.– declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta; 6.–

celeridad en la resolución, y para el que resultan competentes exclusivamente los Jueces Civiles y los de Paz Letrados –salvo excepción expresa de la ley– (artículo 750 modif. artículo 3 ley N° 27155). En éste se autoriza al emplazado a formular contradicción dentro de cinco días de notificado, anexando prueba para su tratamiento en la audiencia de actuación y declaración que debe realizarse dentro de los quince días siguientes (artículo 753).

Sólo de existir contradicción se ordenan los medios probatorios que la sustentan, y, en su caso, se conceden al presentante cinco minutos para que se expida oralmente, luego de lo cual el Juez resuelve en dicho acto¹⁶⁹⁵. La resolución que resuelve la contradicción es apelable sólo durante la audiencia¹⁶⁹⁶. Atento las características del proceso, el CGCP veda la recusación del Juez y del Secretario, la interposición de excepciones defensas previas, toda cuestión probatorias no susceptible de actuación inmediata, la reconvencción y el ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia (artículo 761 CGCP).

Esta solución judicial no contenciosa se impone en aquellos casos en que, habiéndose peticionado notarialmente la celebración de asamblea accionistas que representen no menos del veinte por

cuestiones de patrimonio familiar; 7.– ofrecimiento de pago y consignación; 8.– comprobación de testamento; 9.– inscripción y rectificación de partida; 10.– sucesión intestada; 11.– reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero; 12.– las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del juez, carezcan de contención; y 13.– otros que la ley señale, tal el caso de los arts. 117, 119 y 158 LGSP.

¹⁶⁹⁵ Sólo excepcionalmente podrá el juez reservar su decisión por un plazo de hasta tres días (art. 754).

¹⁶⁹⁶ La que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo, y la que la declara infundada es apelable sin efecto suspensivo y diferida. Si la contradicción hubiera sido resuelta fuera de la audiencia, es apelable dentro de tercer día de notificada. La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo (art. 755 CGCP).

ciento del capital con derecho a voto, éstos fueren desoídos por el directorio –transcurridos quince días de formulada la petición–. Frente a ello, estos socios podrán solicitar al Juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria (artículo 117 LGSP), aún sin correrse traslado alguno¹⁶⁹⁷.

Idéntica solución prevé la LGSP para el caso omisión en la convocatoria de la junta obligatoria anual (o de inclusión en ésta de asuntos impropios), puede ser convocada judicialmente a pedido de cualquier accionista con derecho a voto cualquiera sea su porcentaje –también por proceso no contencioso¹⁶⁹⁸– (artículo 119);

vi.-) arbitral: Incluye la LGSP de 1998 una novedad respecto de su antecesora (D. Leg. N° 311), mayormente celebrada en doctrina atento lo dilatado de los procesos judiciales¹⁶⁹⁹: el artículo 38 impide a la sociedad, socios y administradores interponer acciones judiciales –que surjan de la LGSP– cuando existiera convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o estatuto. Esta norma, que se aplica incluso a socios y administradores que hubiesen dejado de serlo al momento de suscitarse la controversia – y aún a terceros que al contratar con la sociedad aceptaran la cláusula arbitral¹⁷⁰⁰–, es concordante con el artículo 12 de la Ley General de Arbitraje 26.572.

¹⁶⁹⁷ Cfr. BAEUMONT CALLIRGOS, R., *Comentarios a la ley General...*, cit., p. 324.

¹⁶⁹⁸ No es el caso de la convocatoria que tenga por único objeto suplir la eventual vacancia de directores, si esta se da en número que impida el funcionamiento del órgano de administración, la que tramita por proceso sumarísimo (art. 158).

¹⁶⁹⁹ Cfr. BAEUMONT CALLIRGOS, R., *Comentarios a la ley general...*, cit., p. 160.

¹⁷⁰⁰ En contra de esta imposición legal, solo en cuanto a terceros alude, véase FLORES POLO, PEDRO, *Comentarios a la ley general de sociedades, estudio analítico*, Cámara de Comercio de Lima, Lima, 1998, p. 49.

El estatuto también puede prever el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial, con arreglo a la ley de rito, para lo cual las partes acuden a un Centro de Conciliación –o a un Juzgado de Paz Letrado, según la jurisdicción– en busca de asistencia (artículo 5° Ley de Conciliación 26.872 de 1997).

7.7.9. Uruguay

En su artículo 18, la ley de Sociedades Comerciales de 1989 (ley 16.060) efectúa una remisión general –al igual que el artículo 15 de la LS– a los artículos 346 y 347 del Código General del Proceso (ley 15.982), y que regulan el procedimiento extraordinario. Se trata de una especie de procedimiento ordinario en los términos de la ley argentina, y que se rige por sus normas salvo en las siguientes excepciones:

i.-) sólo se admite la reconvencción sobre idéntica causa y objeto propuesto en demanda; ii.-) el trámite se concentra en una sola audiencia de conciliación, fijación de los puntos en debate, prueba¹⁷⁰¹, alegatos y sentencia; iii.-) antes de la misma –contestada la demanda o interpuesta la reconvencción– se dispone el diligenciamiento de la prueba que no pueda ser recibida en audiencia, para su producción previa; iv.-) en una sentencia única se tratan todas las excepciones y defensas, salvo la de incompetencia, si esta fuera admitida.

Contra las sentencias definitivas dictadas en proceso extraordinario caben los recursos de (Secciones II, IV, V, VI y VII

¹⁷⁰¹ En segunda instancia no se admite otra prueba que la que el Tribunal entienda pertinente para mejor proveer, la documental sobre hechos posteriores a demanda, o la anterior si no hubiera sido conocida –esto último de acuerdo al art. 253.2 numeral 2° del CGP.

Capítulo VII Título VI del Libro I), según las reglas generales y propias de cada uno de ellas.

No obstante, la ley no prohíbe que los estatutos prevean someter los conflictos societarios a su resolución por arbitraje ni existen materias excluidas de tal posibilidad¹⁷⁰².

7.7.10. Suiza

El artículo 177.1 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 (PIL) dispone que cualquier controversia relacionada con la propiedad puede ser el objeto de arbitraje. En punto a la materia arbitrable, ésta es amplia en tanto esta observe contenido económico¹⁷⁰³. No existen restricciones con respecto a arbitrabilidad de acuerdos relacionados con negocios que involucren:

i.-) acciones, incluso –aunque difícilmente– cuando se relacionaran con su oferta pública, ii.-) emisión de bonos y aún sobre la destitución del representante de los tenedores (artículo 1162.3 del Código Suizo de las Obligaciones, SOC), para autorizar la convocatoria de los tenedores a una reunión (1165 SOC) o para anular las decisiones tomada en una asamblea de tenedores (1182 SOC)¹⁷⁰⁴ ; iii.-) la arbitrabilidad

¹⁷⁰² CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., p. 42; OLIVERA GARCÍA, RICARDO, “El arbitraje en materia de sociedades comerciales”, Anuario de Derecho Comercial, FCU, Montevideo, 2001, t. 9, p. 351.

¹⁷⁰³ Una controversia se relaciona con la propiedad (y por tanto es arbitrable) cuando la pretensión de al menos una de las partes tenga contenido económico. Cfr. LEVY, LAURENT, “Arbitrability of disputes in corporate matters (Swiss law), International Arbitration Law Review, 2002.

¹⁷⁰⁴ La existencia de un foro exclusivo para las acciones de responsabilidad derivadas de la emisión de bonos (artículo 151.3 PIL) no excluye el arbitraje. Cfr. LEVY, L., “Arbitrability of disputes...”, cit.,.

de la existencia de la sociedad. Aunque esta cuestión parecería estar excluida por cuanto no implicaría disputa sobre la propiedad (artículo 177.1 PIL), involucra una entidad comercial creada para hacer negocios (artículo 620 § 3 SOC) y cuya nulidad afectaría a terceros; iv.-) liquidación de sociedades (artículos 736 fig. 4 , 740 fig. 4 SOC) ; v.-) nulidades de decisiones de los órganos sociales.

Como ejemplos de conflictos societarios arbitrables, LEVY cita los casos de responsabilidad contra los administradores, las controversias entre la empresa y sus ejecutivos, el derecho de los accionistas a informarse (artículo 697.4 SOC), la existencia de justa causa para la remoción de los auditores independientes (artículo 741.2 SOC). No son en cambio arbitrables las cuestiones relacionadas con la insolvencia de la sociedad –si bien la mayoría de las acciones en el marco del procedimiento de quiebra son susceptibles de arbitraje, tales como medidas que implican las preferencias, los traspasos fraudulentos , la admisión de los acreedores, etc.¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰⁵ LEVY, L., “Arbitrability of disputes...”, ob. cit., con apoyo en BROWN-BERSET, DOMINIQUE y LAURENT, LÉVY, *Faillite et arbitrage*, 1998 4 BASA p. 664 esp. 672.

CONCLUSIONES

Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

I.- Sobre la teoría de la acción y la Ley de Sociedades Comerciales.

Las corrientes doctrinarias que se ocupan de la teoría de la acción reconocen al individuo, sin excepción, el derecho a la jurisdicción, que existe con independencia de su tratamiento positivo, “pues, como todo derecho humano, corresponde a todo hombre por el hecho de serlo, y es inherente a su personalidad, inalienable e irrenunciable”¹⁷⁰⁶. La persona jurídica, en tanto acto humano para la consecución de fines humanos, no escapa a la regla. Esto comprende, en la más amplia acepción del derecho a la tutela judicial, al menos tres derechos también fundamentales: i.-) el derecho al proceso; ii.-) el derecho a una sentencia justa; iii.-) el derecho del justiciable que tuviera la razón a una concreta tutela jurisdiccional.

El derecho a una efectiva tutela judicial conlleva un plus por sobre el derecho al proceso –que sólo faculta al peticionante a pretender tutela– y que importa reconocer la existencia de un derecho fundamental a esa protección¹⁷⁰⁷. La tutela efectiva debe ser contemplada tanto desde la perspectiva del actor como del

¹⁷⁰⁶ Cfr. TOLLER, FERNANDO, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención de daños derivados de informaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 427.

¹⁷⁰⁷ Cfr. TOLLER F., *Libertad de prensa...*, cit., p. 435.

demandado: así como la mera interposición de un reclamo no importa su reconocimiento en favor del peticionante, existe, como contracara, idéntico derecho a la tutela judicial en cabeza del demandado para que se rechace la petición si la razón no asiste al reclamante.

En el ejercicio de la acción interviene como tercer sujeto principal, fundamental y necesario, el Estado¹⁷⁰⁸, por cuanto el sistema jurídico reposa en su monopolio en el uso de la fuerza y que conlleva la imposibilidad de las partes de autodefenderse¹⁷⁰⁹. Como contrapartida se otorga a actores y demandados el derecho de exigir del Estado una tutela judicial concreta de sus derechos –de otra forma no habría proporción entre lo que se les prohíbe con lo que se les otorga-¹⁷¹⁰. Los fines naturales de la acción no los satisface el obligado –deudor– sino el Estado¹⁷¹¹.

La LSC contempla diferentes acciones en favor de la sociedad y en contra de la intervención deficiente o dañosa del socio, o de los integrantes de sus órganos de administración, gobierno y fiscalización¹⁷¹², de las que resulta un derecho público subjetivo mediante el cual se posibilita la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica material¹⁷¹³. En menor medida y en ocasiones en beneficio principal

¹⁷⁰⁸ Lo que en nada obsta que el propio Estado también goce del derecho a la jurisdicción y al debido proceso.

¹⁷⁰⁹ Su participación es necesaria incluso en el caso de laudos dictados por instituciones no estatales, para su ejecución y según se refiere más adelante.

¹⁷¹⁰ Cfr. TOLLER F., *Libertad de prensa...*, cit., p. 438.

¹⁷¹¹ Aún en los casos de, por ejemplo, allanamiento de un domicilio, resulta necesaria la actividad del Estado. Cfr. COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Aniceto López Editor, Buenos Aires, 1942, p. 22.

¹⁷¹² LSC, arts. 37, 47, 59, 91, 254, 276, 254 y 296 –entre otros–.

¹⁷¹³ Cfr. ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Parte general*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 333.

de la sociedad, socios e integrantes de los órganos de administración y fiscalización también cuentan con acciones de naturaleza societaria.

El proceso de conocimiento, abreviado o pleno, resulta ser el modo dispuesto por el legislador argentino para el ejercicio de la mencionada tutela judicial¹⁷¹⁴. Este rara vez resulta eficaz, tanto en razón de las particularidades de las acciones societarias, como del en ocasiones antifuncional ejercicio de los derechos por parte del socio –facilitado por el tipo de proceso–, en violación del interés social y la *affectio societatis*. El desvío del interés social en beneficio del socio, que comporta un abuso que violenta la libre formación de la voluntad del ente¹⁷¹⁵ y el abandono por aquel del deber de

¹⁷¹⁴ LSC, art. 15: “Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de acción judicial esta se sustanciará por procedimiento sumario salvo que se indique otro”.

¹⁷¹⁵ Ya sea de la mayoría o de la minoría de aquellos. Cfr. FERNÁNDEZ, MARIA ÁNGELES y ZALDÍVAR, ENRIQUE, “El abuso de la minoría” en *Derecho empresario actual*, cuadernos de la Universidad Austral, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 329; BAKMAS, IVÁN, “El principio mayoritario y la unanimidad en las decisiones asamblearias”, LL 1997-C, p. 1093; SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Monografías de *Derecho Societario* n° 15, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 50; ARECHA, MARTÍN, “Las minorías en la sistemática de la ley de sociedades”, en *Derecho empresario actual*, cuadernos de la Universidad Austral, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 46 y 47; ODRIOZOLA, CARLOS, “El conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, en *Estudios de sociedades comerciales, homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 49; FORESTIER, JUAN CARLOS, “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría”, LL 1985-D, p. 975; URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y MUÑOZ PLANAS JOSÉ, “La junta general de accionistas” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. V, Civitas, Madrid, 1992, p. 305; JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL, “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1830; ALCALÁ DÍAZ, MARIA ÁNGELES, “El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de*

colaboración activa, consciente, permanente, jurídicamente igualitario e interesado que lo fuerza a anteponer el provecho de la sociedad por sobre el propio¹⁷¹⁶, influyen de manera directa sobre el ejercicio de las acciones societarias

II.- Sobre el procedimiento societario en sede judicial y el artículo 15 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Cuando la 15 LSC autoriza la promoción de acciones judiciales en razón de la violación del contrato social, salvo que se indique otro mecanismo éstas deben sustanciarse por procedimiento sumario¹⁷¹⁷. En cuanto al tipo de proceso judicial, la ley remite a una de las

Sociedades, año V, n° 9, Aranzadi, Pamplona, 1977, p. 91; CApel. CC Rosario Sala III, 5/6/80 LL 1980-C, p. 317.

¹⁷¹⁶ Cfr. ZALDÍVAR ENRIQUE, RAGAZZI GUILLERMO, MANÓVIL RAFAEL, SAN MILLÁN CARLOS y ROVIRA ALFREDO, *Cuadernos de derecho societario*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, n° 5.2.5., p. 81; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, t. I, vol. 1, Amorrortu, Buenos Aires, 1957, p. 379; HALPERÍN ISAAC y BUTTY ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, vol. 1, 4° edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 295 y 298; VIDELA ESCALADA, FEDERICO, *Las sociedades civiles*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 85; ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Código de comercio comentado*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 293, nro. 556; VILLEGAS, CARLOS, *Derecho de las sociedades comerciales*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 67; RICHARD, E. y MUIÑO, O., *Derecho societario*, cit., p. 151.

¹⁷¹⁷ LSC, arts. 15, 251, 16, 22, 274, 200, 103, 107, 70 y 91. Cfr. MASCHERONI, FERNANDO, “Algo sobre liquidación de sociedades comerciales” DSE, dic. 1998; VERÓN, ALBERTO, *Sociedades comerciales. Ley 19.550, comentada, anotada y concordada*, 2ª ed., t. 1, Astrea, 2007, p. 128. Jurisprudencia, CNCom. Sala D, noviembre 24-978 re “Prodmet, SA c. Papel Prensa, SA”, ED Disco Láser 1999, Registro n° 138072; CNCom. Sala D, abril 9-979, ED 84-340; CApel. CC San Martín, Sala II, abril 24-979, ED 84-186; CNCom. Sala A, agosto 12-1994, ED 166-81; CNCom. Sala A 12 noviembre-998, re “García Ernesto C. c. Ablo S.A.”, 42.410-S p. 595, LL 2000-A p. (162); CNCom. Sala A marzo 30-001, re “Lodeiro de López Carmen c. Garay 1182 SRL”, LL 2001-D, p. 430.

especies abreviadas de los llamados “de conocimiento” y en contraposición a aquellos plenos –ordinarios– cuya duración ab initio presupone mayor¹⁷¹⁸.

Es por lo tanto incorrecto interpretar que la LSC pueda referirse al procedimiento sumario entendido como un método de resolver conflictos¹⁷¹⁹ y no al juicio sumario reglado por los códigos procesales¹⁷²⁰.

La elección de la vía sumaria no se adecúa a la celeridad requerida por el tráfico de los negocios, propio de las sociedades comerciales¹⁷²¹, extremo agravado aún más por su inadecuada ordinarización posterior –Ley 25.488 de 2002¹⁷²²–, la también

¹⁷¹⁸ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 127; ROMANO, ALBERTO, en *Código de Comercio, comentado y anotado*, de ROUILLÓN, ADOLFO y ALONSO, DANIEL, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 35; OTEIZA, EDUARDO, “Los procesos de conocimiento amplio. Consideraciones sobre la eliminación del proceso sumario”, en *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 13; FALCÓN, ENRIQUE, *Procesos de conocimiento*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 15.

¹⁷¹⁹ Esta interpretación permitiría al juez determinar en cada caso el proceso más adecuado para la cuestión debatida. Cfr. HALPERIN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., vol. I, p. 69; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 127; ZUNINO, JORGE, *Régimen de sociedades comerciales*, 23ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 94.

¹⁷²⁰ HALPERÍN I. y BUTTY E., *Curso de derecho...*, cit., vol. I, p. 83; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, p. 127; ZUNINO, J., *Régimen...*, cit., p. 94; ROMANO, A., *Código de comercio...*, cit., p. 36. En jurisprudencia, CNCom. Sala D, 20 mayo 1996, “Lombardero Julio y otros c. González José y otros”, LL 1996-E, p. 53. El proceso sumario importaba toda una novedad al tiempo de la sanción de la LSC en 1972, por cuanto fue incorporado a la legislación argentina por ley 17.454 de 1968 –Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–.

¹⁷²¹ Cfr. VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 1, 127; ROMANO, A., *Código de comercio...*, cit., t. III, p. 35.

¹⁷²² PALACIO, LINO, “Anotaciones para una explicación de la reforma procesal civil y comercial (ley 25.488)” LL 2002-A, 1177; OTEIZA E., “Los procesos de conocimiento amplio...”, cit., p. 13.

posterior imposición de inconducentes procesos previos –Ley 24.573 de 1995, decreto reglamentario 91/1998 y Ley 26.589 de 2010¹⁷²³– y la permeabilidad del proceso de conocimiento amplio a la introducción de defensas meramente dilatorias.

Como mecanismo para detraer la resolución del conflicto societario del ámbito judicial, los estatutos pueden contener cláusulas arbitrales circumscripta a materia disponible por las partes¹⁷²⁴.

Tampoco han sido mayormente satisfactorios los resultados obtenidos mediante la utilización de sistemas arbitrales, no obstante tratarse de una práctica impuesta en el ordenamiento societario argentino¹⁷²⁵, hasta su sustitución –parcial– por el

¹⁷²³ NISSEN, RICARDO, “Conflictos societarios. El procedimiento judicial en caso de conflicto, las medidas cautelares societarias y la impugnación de acuerdos sociales”, ED, 212-712; ARECHA, MARTÍN, “Arbitraje y mediación en el derecho societario”, en *Responsabilidad y abuso en la actuación societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 23; id. 28-11-2002 IJ-XXV-171. En jurisprudencia, CNCom., Sala D, 28/3/2001, “Ehrenbock R y otra c/Ehrenbock H. y otro”; CNCom., Sala B, 13/10/2000 “Kemigsber B. c/Indegas S.A.”; CNCom., sala A, 23/02/2006, elDial.com AA332E.

¹⁷²⁴ Cfr. BOSCH, JUAN, “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje (a propósito de la sentencia ‘Cartelone c. Hidronor’)”, ED 209-693; ZALDÍVAR E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. IV, p. 438; ZALDÍVAR, ENRIQUE, “Arbitraje”, LL 1997-D, 1049; NISSEN R., “Conflictos societarios...”, cit., ED, 212-712; BASUALDO, MARÍA, “El arbitraje como medio de solución de conflictos societarios”, Ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario, celebrado en Tucumán en 2004, t. IV, p. 175; DUPRAT, DIEGO, “El arbitraje y la impugnación de resoluciones asamblearias viciadas de nulidad absoluta”, en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 156; CAIVANO, ROQUE y CAPUTO, LEONARDO, “El arbitraje y los conflictos societarios”, en, p. 1; CASTILLO, RAMÓN, *Curso de derecho comercial*, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935, t. 3, n° 507, p. 342; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, t. 1, vol. 2, Amorrortu hijos SRL, Buenos Aires 1957, p. 713.

¹⁷²⁵ Cfr. SEGOVIA, LISANDRO, *Exposición y crítica del código de comercio*, t. I, La Facultad, Buenos Aires, 1933, nota 1619, p. 503; OBARRIO, MANUEL, *Curso de*

procedimiento sumario en 1972¹⁷²⁶. Conspiran además contra la solución arbitral el alcance del imperium de los árbitros¹⁷²⁷ y la insuficiencia –al menos en apariencia– de cuestiones laudables en

derecho comercial, t. I, Lajouane, Buenos Aires, 1907, n° 461, p. 452; SIBURU, JUAN, *Comentario al código de comercio argentino*, 3ª ed., t. V, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1912, n° 1608, p. 328; CASTILLO, R., *Curso de derecho comercial*, cit., t. III, n° 505, pp. 340 y 341; ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Código de comercio comentado*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1967, n° 1074, pp. 559 y 560.

¹⁷²⁶ Los problemas derivados de la solución judicial impuesta en 1972 forzaron la reincorporación del sistema arbitral, aunque de manera parcial por ley 22.903 de 1983 para las sociedades de responsabilidad limitada y circunscripta a la pericia ante el caso de transmisión de cuotas y ejercicio de opción de adquisición por los socios con impugnación del precio (arts. 154 LS y 773 del CPCCN; ARECHA M., “Arbitraje y mediación en...”, cit., IJ-XXV-171), reabriendo la cuestión arbitral, aunque en el marco de ordenamientos procesales locales deficitarios y no uniformes. Cfr. AGUILAR, FERNANDO, “¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?”, LL 19 y 20 de enero de 2005; ARAZI, ROLAND, “Arbitraje nacional e internacional”, LL 19.8.05; RIVERA, JULIO CESAR, “El arbitraje en Argentina”, *Revista de Derecho Comparado*, no 11 y “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje%20y%20Poder%20Judicial2.pdf; ANAYA, JAIME, “Arbitraje societario”, LL 2007-C, 10125.

¹⁷²⁷ Cfr. ALSINA, H., *Tratado Teórico...*, cit., t. VII, p. 53; COLOMBO, CARLOS, *Código procesal civil y comercial de la Nación, comentado y anotado*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 856; PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. X, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 29; FASSI, SANTIAGO, *Código procesal civil y comercial*, t. III, Astrea Buenos Aires, 1979, p. 436; CAIVANO, ROQUE, *Arbitraje*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 97 y ss.; NAHID CUOMO, MARÍA DE LOS ANGELES, “En torno a la imposibilidad de cumplir un acuerdo arbitral y sus efectos”, ED 189-577; ANAYA JAIME y PALACIO LINO, “Arbitraje, jurisdicción y honorarios”, ED 174-286; CSJN abril 29-1997, “Blanco Guillermo y otro c. Petroquímica Bahía Blanca y otro s. recurso ordinario” (B275-XXIV-R.O.) –del voto en disidencia en la Cámara Nacional Comercial, Dr. CUARTERO–, ED 174-295; FALCÓN, ENRIQUE, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 608; CSJN 11/11/1997, Fallos, 320:2379.

materia societaria¹⁷²⁸, de lo que resulta una limitación para la obtención de una solución arbitral judicial omnicompreensiva.

III. y IV.– Sobre los procedimientos sobre derechos y deberes del estado de socio y de los miembros de los órganos sociales.

Los derechos del socio y de la sociedad son institutos jurídicos complejos que estos hacen valer recíprocamente¹⁷²⁹. El estado de socio es la matriz sobre la que se miden los derechos del socio – mayormente clasificados en patrimoniales y políticos¹⁷³⁰– y que señala su posición frente a la sociedad¹⁷³¹.

¹⁷²⁸ CPCCN, arts. 736 y 737, Código Civil, arts. 842, 844 y 849, Código de Comercio, art. 491. Cfr. BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil, parte general*–, t. I, 12ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, n° 932, p. 626. CNCom., sala E, junio 17-1994, ED 168-100; CNCom., Sala D, Septiembre 7-1976, ED 70-144; “Sánchez, María del Pilar c. Maderas Boker, Soc. de hecho s/sumario”, sala B, 20-5-86; “Carello, Cristina y otro c. Productos El Orden, S.R.L. s/sumario”, sala A, 21-12-88; “Amorín y Cía., S.R.L. c. Amorín, Juan s/sum.”, sala C, 18-8-89; “Denami, José y otro c. Rinalmar, S.R.L. y otros s/sumario”, dictamen 66.601, 16-6-92; CSJN 18/14/1921, Fallos, 133:431; CNCom., Sala E, ED 194, p. 150; CNCiv. Sala F, agosto 27-1999, “Fernández Gallardo Carlos María y otros c. Morales Ana María y otros s. desalojo”, ED 188-113; CNCom. Sala D, diciembre 22-1997 “Atorasagasti Maria c. Atorasagasti, Bargués, Piazza y Compañía S.R.L. s. Sumario”, ED 181-155; CNCom., Sala A, 27/08/1999, “Camuzzi Argentina, S.A. c. Sodigas Sur, S.A. s/sumario”, ED, 185-125.

¹⁷²⁹ Cfr. BORDA G., *Tratado de Derecho Civil...*, cit., t. I, p. 42.

¹⁷³⁰ Cfr. SÁNCHEZ, ANIBAL, “Las acciones y los derechos del accionista” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IV, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1994, p. 195; SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Abaco, Buenos Aires, 1985, pp. 150 y 156.

¹⁷³¹ Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Derecho mercantil*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1995, p. 229; VILLEGAS C., *Derecho de las sociedades...*, cit., p. 491; HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, vol. I, p. 427; SÁNCHEZ, A., “Las

La expresión de tal estado de socio se incardina a través del derecho de voto, declaración de voluntad individual destinada a fundirse con otras declaraciones en un acuerdo colectivo que no es una potestad del socio sino un derecho subjetivo atribuido a éste en su propio interés¹⁷³². Su utilización disfuncional condiciona tanto el ejercicio de la acción de naturaleza societaria para el sujeto que infringe las normas como para el damnificado –socio o sociedad–.

Otro tanto sucede con el ejercicio indebido o la negativa del derecho a la información, instrumental del derecho de voto y con naturaleza jurídica propia¹⁷³³, cuya deficiente regulación legislativa impacta negativamente sobre el ejercicio de las acciones sociales.

acciones...”..., cit., p. 99; COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 59.

¹⁷³² Cfr. URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “S.A. Órganos sociales. Junta general de accionistas”, en *Curso de derecho mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 881; RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, ADOLFO, *Manual de derecho mercantil*, Deusto, Bilbao, 1996, p. 297; ROIMISER, MÓNICA, *El interés social en la sociedad anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 64; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Principios de derecho mercantil*, 3ª edición, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 147; VICENT CHULIÀ, FRANCISCO, *Introducción al derecho mercantil*, 13ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 250; HALPERÍN, ISAAC, “La reforma de las sociedades comerciales”, R.D.C.O., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 523; GALGANO, FRANCESCO, *Manuale elementare de diritto commerciale*, 2ª edición, Zanichelli, Bolonia, 1986, p. 189.

¹⁷³³ Cfr. DE AGUINIS, ANA MARÍA, “El derecho de información de los accionistas”, R.D.C.O. 1978, año 11, p. 288; MASCHERONI, FERNANDO y MUGUILLO, ROBERTO, *Régimen jurídico del socio*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 138 y 139; VERÓN A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 5 p. 38; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, “La información del socio anta la Junta General. Notas en torno al art. 51 LSRL”, en *Revista de Derecho de Sociedades* n° 8, año V, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 123; MATTA Y TREJO, GUILLERMO, “Reflexiones en torno al derecho de información en la sociedad anónima moderna” en *Derecho empresario actual, homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 696.

También pesan sobre el socio una serie de deberes respecto de la posición pasiva en que se encuentra frente a la sociedad –y en ocasiones frente a otros socios–, como la conformación de un fondo común y el soporte de pérdidas en el modo y plazos previstos para cada tipo social, y la colaboración activa que lo obliga a anteponer la realización del fin común al interés divergente propio¹⁷³⁴.

Este deber de lealtad del socio para con la sociedad y sus pares que se encuentra presente desde la adquisición del estado de socio y hasta su culminación¹⁷³⁵, tiene incidencia directa no sólo sobre los actos jurídicos que dan origen al ejercicio de acciones sociales sino también sobre su tramitación. Similares consecuencias pueden observarse respecto del deber de lealtad que cabe a los integrantes de órganos sociales –en general impuesto a través de fórmulas genéricas¹⁷³⁶– y que tiene en miras evitar su desempeño en beneficio

¹⁷³⁴ Cfr. HALPERÍN, I. y BUTTY, E., *Curso de derecho...*, cit., pp. 299 y 434; ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos de derecho...*, cit., vol. I, p. 79; PAZ ARES, CÁNDIDO, “La sociedad en general: caracterización del contrato”, en *Curso de derecho mercantil*, t. I, de URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., Civitas, Madrid, 1999, p. 443.

¹⁷³⁵ E indirectamente en los socios cuando lesiona la *affectio societatis*. Cfr. ALCALÁ DÍAZ, M., “El conflicto de intereses...”, cit., p. 91; PAZ ARES, C., “La sociedad en general...”, cit., p. 443; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación...”, cit., p. 1830; SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de Intereses...*, cit., pp. 1162 y 163.

¹⁷³⁶ Como la que cabe a un buen hombre de negocios del art. 59 LS. Cfr. OTAEGUI, JULIO, *Administración societaria*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 130 y “El deber de guardar reserva y la prohibición de usar información privilegiada en la oferta pública”, ED 177-29; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 3 y, t. 4, p. 783 y p. 289; VERÓN, ALBERTO y ZUNINO, JORGE, *Reformas al régimen de la ley de sociedades*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 388; ALLENDE, LISANDRO, “Administradores de hecho”, en *El directorio en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 280; GARO, FRANCISCO, *Sociedades anónimas*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1954, p. 441; FERNÁNDEZ, R., *Código de comercio...*, cit., t. 1, p. 542; SIBURU J., *Comentario del código...*, cit., t. 5, p. 183; SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *El órgano de administración*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 526; VILEGAS C., *Derecho de las sociedades...*, cit., p. 441; MASCHERONI F. y MUGUILLO R., *Régimen jurídico...*,

personal o eludiendo sus obligaciones de control respecto de los accionistas y la propia sociedad¹⁷³⁷.

cit., p. 119; MASCHERONI, FERNANDO, *El directorio en la sociedad anónima*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1978, p. 30; NISSEN, RICARDO, *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*, t. 4, 2ª edición, Abaco, Buenos Aires, 1993, p. 363; LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Código civil anotado*, t. II-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 116; AGUINIS, ANA MARÍA, “El directorio y su reforma en la ley 22.903”, LL 1984-B, 635; SILVERSTEIN, ISIDORO, *Contratación del director con la sociedad anónima*, Zavallía, Buenos Aires, 1997, p. 37, p. 37; VELASCO, GAUDENCIO, “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial n° 24, Madrid, 2000, p. 64; PÉREZ CARRILLO, ELENA, *La administración de la sociedad anónima*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 84; LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO, “Los administradores de la sociedad anónima”, en *Derecho mercantil*, de JIMÉNEZ SÁNCHEZ GUILLERMO, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1995, p. 297; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, *La Responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 332 y 333; BONELLI, F., *La Responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milan, 1992, p. 63; CAMPOBASSO, GIAN FRANCO, *Diritto commerciale*, vol. 2, *Diritto delle società*, UTET, 1989, Torino, p. 239; MERLE, PHILIPPE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 17ª ed., Dalloz, Paris, 2014, n° 458, p. 496.

¹⁷³⁷ Cfr. ZALDÍVAR, E. y otros, *Cuadernos...*, cit., vol. III, p. 596; VERÓN, A., *Sociedades comerciales...*, cit., t. 5, p. 100 y *La sindicatura en las sociedades anónimas*, Abaco, Buenos Aires, 1977, p. 108; ITZIGSOHN DE FISCHMAN M., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., t. XXV, p. 567; HALPERÍN I. y OTAEGUI J., *Sociedades Anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 617; MASCHERONI, FERNANDO, *Directorio, sindicatura y consejo de vigilancia*, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 201; ZAMENFELD, VÍCTOR, “Atribuciones del Síndico”, en *Revista la Información*, t. XXXIII, n° 555, Cangallo, Buenos Aires, 1976; CNCom. Sala B, 14/5/80, ED, 94-635; VÍTOLO DANIEL, ROQUE, “La sindicatura como órgano de control”, R.D.C.O., año 13, 1980, p. 594; VILLANUEVA, PATRICIA LUZ, *La actuación del síndico. Ámbito societario y concursal*, Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 1999, p. 33; FARGOSI, HÉCTOR, “Anotaciones sobre el consejo de vigilancia en las sociedades anónimas”, LL 146-852.

V. y VI.– Sobre las acciones sociales de responsabilidad y las acciones societarias de nulidad y de impugnación.

La LSC es una norma de fondo con escaso contenido procesal y ocasionales remisiones a los códigos rituales¹⁷³⁸. Ello no importa un impedimento para la inclusión en la LSC de procedimientos especiales ajustados a los requerimientos de las acciones societarias, como se intentara hacer en el proyecto de reforma Res. MJ y DH N° 112/02 y en el propuesto por la Comisión creada por Dec. 191/2011 para la unificación de los Códigos Civil y Comercial, de modo de evitar abordar la compleja e improbable¹⁷³⁹ tarea de unificar las normas de procedimiento locales¹⁷⁴⁰.

Para ello, el artículo 15 LSC podría ser sustituido por una norma procesal omnicompreensiva de un tenor similar al siguiente¹⁷⁴¹:

¹⁷³⁸ LSC, arts. 15, 113, 253, entre otros. Cfr. ROMANO A., *Código de comercio...*, cit., t. III, p. 35.

¹⁷³⁹ CN, art. 7.

¹⁷⁴⁰ En tal sentido la ley 26.831 de Transparencia de la Oferta Pública (art. 46) sustituye el procedimiento del art. 15 LS respecto de las entidades cuyos valores negociables se negocien en el Mercado. Éstas deben contar con un tribunal arbitral permanente al que quedan sometidas en forma obligatoria las entidades cuyos valores negociables se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores, con jurisdicción arbitral exclusiva sobre todas las acciones derivadas de la ley 19.550, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos.

¹⁷⁴¹ Son fuentes principales del texto propuesto, además de las consideraciones efectuadas a lo largo de los capítulos tercero y cuarto, los proyectos de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de los años 2002 y 2011 –este último según Anteproyecto de reforma en su versión suprimida por el PE–, y la Ley General de Sociedades peruana 26.887.

“Procedimiento judicial. Regla general

No pueden interponerse acciones judiciales contempladas en esta ley cuando el acto constitutivo, el contrato social o el estatuto contengan cláusulas compromisorias que sometan a arbitraje obligatorio la solución de las discrepancias que se susciten.

Cuando en esta ley se dispone o autoriza la promoción de una acción judicial, la misma se sustanciará por juicio sumarísimo, o en su defecto, por el procedimiento más abreviado que a criterio del juez resulte compatible con las características del litigio. El juez fijará el procedimiento en la primera resolución que dicte, garantizando la defensa en juicio y la doble instancia. En ningún caso la acción queda sujeta a mediación o conciliación legal previa ni a anteriores procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos en el acto constitutivo, el contrato o el estatuto, o que las partes resuelvan someterse a ellos¹⁷⁴².

En cuanto a las acciones que en particular fueran tratadas en estos capítulos, cuyas particularidades ameritan el dictado de reglas procesales específicas, se propone la incorporación a la LSC de normas del siguiente tenor:

i.-) Para la convocatoria a asamblea:

“Procedimiento judicial. Convocatoria, oportunidad. Plazo.

¹⁷⁴² En concordancia, también se sugiere modificar la ley 26.589 ampliando los supuestos de exclusión de la misma cuanto menos a “toda acción judicial contemplada en la Ley de Sociedades Comerciales 19.550”.

Las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por esta ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario.

También pueden ser requeridas por accionistas que representan por lo menos el cinco por ciento (5%) del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor. En tal supuesto, la petición indicará los temas a tratar y el directorio o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta (40) días de recibida la solicitud. Si el directorio o el síndico omitieran hacerlo, a petición del socio la convocatoria la hará inaudita parte la autoridad judicial o de contralor, manteniendo los puntos del orden del día propuestos por el solicitante y designando la autoridad requerida la persona que habrá de presidir la asamblea. Formulada en tiempo y forma la petición, el directorio y la sindicatura ya no podrán convocar a asamblea hasta tanto la asamblea judicial o administrativa se celebre, ni proponer nuevos puntos al orden del día o modificaciones a los formulados por el socio”.

ii.-) Para la solicitud de declaración de nulidad de decisiones de órganos colegiados, en reemplazo del art. 251 LSC:

“Procedimiento judicial. Nulidad de las decisiones de los órganos sociales¹⁷⁴³.

¹⁷⁴³ Son fuente de la norma sustituta del artículo 251 LS que aquí se propone, las consideraciones efectuadas a lo largo de este trabajo y el Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 (Resolución MJ y DH N° 112/02). El Anteproyecto, en su versión original además incluía la imprescriptibilidad del derecho de impugnar resoluciones que tuvieran objeto ilícito y las que violaran normas de orden público, hipótesis que aquí se prefirió no incluir por cuanto –según oportunamente se expusiera– los supuestos de orden público son, salvo excepciones mayormente

Toda resolución de un órgano social adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad por:

a) en el caso de reuniones de socios o asambleas, por socios y accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten su calidad de tales a la fecha de la decisión impugnada. Los socios y accionistas que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los integrantes de los órganos de administración, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor;

b) en caso de reuniones de órganos de administración, por administradores que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y hubieran hecho constar su oposición en los términos del artículo 274 de esta Ley, por los administradores ausentes que acrediten su calidad de tales a la fecha de la decisión impugnada. Los administradores que votaron favorablemente pueden impugnarla si su voto es anulable por vicio de la voluntad. También pueden impugnarla los socios, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor;

c) en caso de reuniones de órganos de fiscalización, por síndicos e integrantes del consejo de vigilancia que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y hubieran hecho constar su oposición por escrito.

Promoción de la acción.

La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez de su domicilio o el tribunal de arbitraje designado, en su caso, dentro de los tres (3) meses de clausurada la asamblea. Este plazo es de caducidad. La acción contra resoluciones adoptadas sobre materias no incluidas en el orden del día no caduca¹⁷⁴⁴.

iii.-) Para el ejercicio del derecho de información, en reemplazo del art. 55 LSC:

“Derecho de información. Procedimiento¹⁷⁴⁵.

Los socios pueden examinar los libros y papeles sociales y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes. No corresponde este derecho a los socios de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, salvo que estas carezcan de órgano de fiscalización.

Los socios de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones tendrán el derecho de obtener copia de: i) la nómina de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización; ii) las actas de asamblea y la lista de los asistentes a las mismas; iii) balance general, estado de los resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico. El requerimiento deberá cursarse al órgano administración o al de fiscalización en su caso, quien deberá proporcionar las copias solicitadas dentro de los quince

¹⁷⁴⁴ Sin perjuicio de que la mención expresa de la caducidad del plazo, en línea con la legislación extranjera y el plenario de la Cámara Comercial Gialombardo, da certeza a la acción, no se aplica para el supuesto de materias no incluidas en el orden del día y de las cuales el socio pudo no haber tomado conocimiento.

¹⁷⁴⁵ Es fuente del texto propuesto en sustitución del art. 55 LSC, además de las consideraciones efectuadas a lo largo de los capítulos tercero y cuarto, la Ley de Sociedades Comerciales uruguaya 16.060.

(15) días de requeridas. Transcurrido dicho plazo, el socio podrá pedir al juez que ordene su entrega sin sustanciación. En este caso, todos los gastos y honorarios que se devenguen serán de cuenta de los administradores o síndicos omisos, que responderán personal y solidariamente.

iv.-) Para el ejercicio de acciones derivadas de la aplicación del art. 3 LSC, se sugiere recurrir a la solución arbitral basada en la equidad, mediante la incorporación de cláusulas compromisorias que formen parte del acto constitutivo, del contrato social o del estatuto del siguiente tenor:

“Cualquier diferencia, conflicto o controversia entre los socios, entre los socios y la sociedad, entre ésta y los integrantes de sus órganos sociales, o entre los integrantes de órganos sociales y los socios, derivada del presente Contrato, o su aplicación, interpretación, existencia, validez o calificación, en todos los casos deberá intentarse resolverse por conciliación. Si la solución no fuese lograda dentro de los veinte (20) días corridos, contados a partir de la notificación de la decisión de dar inicio a la conciliación debidamente comunicado a todas las partes involucradas por quien promoviere la cuestión, la misma se resolverá en la Ciudad de, República Argentina, por arbitraje institucional, con renuncia a cualquier otra jurisdicción que pudiera corresponder. De no existir previsión en contrario, el arbitraje será de equidad. Salvo previsión especial, el arbitraje será llevado a cabo por los árbitros que integren el Tribunal Arbitral de o que, en su caso, éste designe, todo bajo las reglas de arbitraje por ella establecidas. La decisión será inapelable, obligatoria y hará ejecutoria, renunciando las

partes a apelar y, en general, a someter la cuestión a jurisdicción judicial. Cuando la diferencia, conflicto o controversia se de con la participación de la totalidad de los socios, la resolución que se adopte será oponible a la sociedad, sin perjuicio de los derechos de terceros, que no podrán ser afectados por la misma”.

Sin perjuicio de la solución arbitral propuesta, se sugiere la sustitución del artículo 3 LSC por un texto del siguiente tenor:

“Asociaciones bajo forma de sociedad. –

Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos en esta ley, quedan sujetas a sus disposiciones en todo en cuanto fueran compatibles con sus intereses registralmente reconocidos. No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley cuando exista cláusula compromisoria que forme parte del acto constitutivo, del contrato social o del estatuto que someta a arbitraje obligatorio la solución de las discrepancias que se susciten. Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de una acción judicial, ésta se sustanciará por juicio sumarísimo, o en su defecto, por el procedimiento más abreviado que a criterio del juez resulte compatible con las características del litigio, y que fijará en la primera resolución que dicte. El procedimiento debe garantizar la defensa en juicio y doble instancia. En ningún caso la acción queda sujeta a mediación o conciliación legal previa ni a anteriores procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos en el acto constitutivo, el contrato o el estatuto, o que las partes se avengan a ellos.

VII.- Sobre el procedimiento arbitral en materia societaria.

La lentitud de los procesos de conocimiento pleno y la larga tradición arbitral en materia societaria¹⁷⁴⁶, justifican la frecuente inserción de cláusulas arbitrales en los contratos sociales¹⁷⁴⁷. En tal sentido, a continuación se propone un modelo de cláusula arbitral, complementaria o sustituta de aquellas sugeridas en diversas Resoluciones Generales de los distintos Registros Públicos de Comercio o Bolsas¹⁷⁴⁸:

¹⁷⁴⁶ De más de 300 años de aplicación solamente en lo que es hoy el territorio de la República Argentina. Cfr. ZALDÍVAR, ENRIQUE, “Arbitraje”, LL 1997-D, 1049; CAIVANO, R., *Arbitraje*, cit., p. 100; CAIVANO, R. y CAPUTO, L., “El arbitraje y los conflictos societarios”, cit., p. 1; RIVERA, JULIO, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 62; ARECHA, MARTÍN, “Arbitraje y mediación en el derecho societario”, 28-11-2002; IJ-XXV-171p. 23; FERNÁNDEZ, RAYMUNDO y GÓMEZ LEO, OSVALDO, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 59, 60 y 131; ANAYA, JAIME, “Arbitraje societario”, LL 2007-C, 10125; IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La organización judicial argentina (ensayo histórico). Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, La Facultad–Bernabé y Cía., Buenos Aires, 1938, p. 56.

¹⁷⁴⁷ Aún cuando la Inspección General de Justicia (res. n° 4/01) aconseja la inclusión de cláusulas compromisorias exclusivamente en contratos de sociedades de responsabilidad limitada y de sociedades por acciones sometidas a su contralor, no existe razón para no extender su utilización en los demás tipos sociales. Coincidentemente, MACORETTA, CORA, “Métodos alternativos de resolución de conflictos para la gestión de conflictos societarios”, ED, 254 –17/09/2013, nro 13.323.

¹⁷⁴⁸ Son sus fuentes principales, junto con las consideraciones en extenso realizadas en éste capítulo, la Resolución General de la Inspección General de Justicia n° 4/01 (refrendada por art. 74 Res. Gral. n° 7/05) y el Reglamento de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

“Cualquier diferencia, conflicto o controversia entre los socios, entre los socios y la sociedad, entre ésta y los integrantes de sus órganos sociales, o entre los integrantes de órganos sociales y los socios, derivada del presente Contrato, o su aplicación, interpretación, existencia, validez o calificación, en todos los casos deberá intentarse resolverse por conciliación. Si la solución no fuese lograda dentro de los veinte (20) días corridos, contados a partir de la notificación de la decisión de dar inicio a la conciliación debidamente comunicado a todas las partes involucradas por quien promoviere la cuestión, la misma se resolverá en la Ciudad de, República Argentina, por arbitraje institucional¹⁷⁴⁹, con renuncia a cualquier otra jurisdicción que pudiera corresponder. De no existir previsión en contrario, el arbitraje será de derecho. Salvo previsión especial, el arbitraje será llevado a cabo por los árbitros que integren el Tribunal Arbitral de¹⁷⁵⁰ o que, en su caso, éste designe, todo bajo las reglas de arbitraje por ella establecidas¹⁷⁵¹. La decisión

¹⁷⁴⁹ Se opta por el arbitraje institucional por sobre el arbitraje ad hoc, como también lo hiciera el Anteproyecto de Reforma de la Ley de *Sociedades Comerciales* MJDH 112/02, a fin de evitar conflictos de intereses o sospechas vinculadas con la designación de los árbitros, proveer a las partes de un reglamento, infraestructura y organización y contar con árbitros especializados. Cfr. DUPRAT, D., “El arbitraje institucional frente a un nuevo escenario...”, cit., pp. 164 y 165; CATTANEO, MARÍA, “El anteproyecto de reforma del art. 15 de la ley de sociedades y la res. IGJ 4/01”, en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 190.

¹⁷⁵⁰ Según la localización y preferencias de las partes. Por ejemplo, para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, la Bolsa de Comercio o la AmCham.

¹⁷⁵¹ En concordancia, CATTANEO proponía modificar el Anteproyecto 112/2002 agregando al mismo que “si en la cláusula compromisoria las partes se refirieren a alguna institución arbitral, el arbitraje se realizará de acuerdo con las reglas contenidas en el reglamento de dicha institución”. Cfr. CATTANEO, M., “El anteproyecto de reforma del art. 15...”, cit., p. 187.

será inapelable, obligatoria y hará ejecutoria, renunciando las partes a apelar y, en general, a someter la cuestión a jurisdicción judicial. Cuando la diferencia, conflicto o controversia se de con la participación de la totalidad de los socios, la resolución que se adopte será oponible a la sociedad, sin perjuicio de los derechos de terceros, que no podrán ser afectados por la misma. Todas las notificaciones se harán por cualquier medio que dispongan las partes, o por comunicación notarial, carta documento, telegrama, fax, e-mail o cualquier medio que el Tribunal decida y estime fehaciente. En los casos en que sea necesario promover alguna acción judicial relacionada con el arbitraje, ésta será competencia exclusiva de los Tribunales Ordinarios de Para todos los casos se considerarán domicilios especiales los constituidos los expresados al comienzo de este contrato respectivamente”.

Ya se ha dicho la inclusión de cláusulas compromisorias no garantiza una solución eficaz del conflicto, en caso de negativa de suscripción del compromiso arbitral, la recusación incausada de los árbitros o la falta de acuerdo sobre el procedimiento en el supuesto de arbitrajes iure –lo que obliga a los árbitros a adoptar las normas del juicio ordinario o del sumario–. Aún los arbitrajes de equidad, no sujetos a mayores formas legales, deben adecuarse a la complejidad del caso y respetar el principio de contradicción. Por otra parte, el sistema recursivo o nulificante del laudo –para ambos casos– tampoco garantiza celeridad en su fijeza siquiera cuando se incluyan renunciaciones al derecho de apelar o tachar de nulidad el laudo, por cuanto la validez de tal previsión suele ser dudosa si interesa materias irrenunciables por comprometer el interés general o el orden público.

A efectos de salvar tales dificultades, para el caso de que el contrato social estableciera al arbitraje o la amigable composición

previstas en los códigos de rito como medios de solución de diferencias, se propone la incorporación a la LSC de una disposición de tenor similar a la siguiente¹⁷⁵²:

¹⁷⁵² Son sus fuentes –además de las consideraciones efectuadas a lo largo de este trabajo–, los proyectos 2002 y 2012, la Ley española de Arbitraje n° 60/2003 –BOE-A-2003-23646–, la propuesta de modificación al Anteproyecto 112/2002 efectuada por CATTANEO, MARÍA, “El anteproyecto de reforma del art. 15 de la ley de sociedades y la Res. IGJ 4/01”, en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales*, Ad–Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 193, la Propuesta al Código de Sociedades Mercantiles español, aprobado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002, la Propuesta de Código Mercantil Español de 2013 elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ley 26.831 y la Ley General de Sociedades peruana 26.887. Sin perjuicio de que la presente tesis limita sus alcances a las sociedades cerradas –o de familia–, al sólo efecto de que la norma propuesta no resulte incompleta, se agrega como procedimiento sugerido para el caso de sociedades cotizantes, el texto –aunque ligeramente modificado– propuesto por la Comisión 112/2002: “Arbitraje. Sociedades cotizantes. Las sociedades cuyas acciones u otros valores negociables coticen en bolsas de comercio o mercados de valores, quedan obligatoriamente sometidas a la jurisdicción de los tribunales arbitrales permanentes organizados por dichas entidades respecto de todas las acciones derivadas de esta ley contra las sociedades o los integrantes de sus órganos, respecto de las acciones derivadas de otras leyes que rijan la emisión de los valores negociables cotizados y los derechos de sus titulares, las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos”. “Quedan igualmente sometidas a este arbitraje las personas que efectúen oferta pública de adquisición de acciones o valores, respecto de los destinatarios de estas ofertas”. “Será competente el tribunal arbitral de la entidad que hubiese autorizado la cotización de la respectiva especie y, si hubiere más de una, el tribunal arbitral que hubiese estipulado la sociedad en las condiciones de emisión o, en su defecto, se aplicará el principio de prevención”. “Lo dispuesto sobre el arbitraje obligatorio en las sociedades que cotizan no es aplicable a las constituidas en el extranjero respecto de las acciones derivadas de las leyes que rijan su existencia y su forma, incluidas las acciones de nulidad de disposiciones estatutarias o reglamentarias y de resoluciones sociales, así como las de responsabilidad social contra los integrantes de sus órganos y sus accionistas”.

“Arbitraje. Cláusula compromisoria.-

El acto constitutivo, contrato social o estatuto pueden incluir cláusulas compromisorias que sometan en forma obligatoria los diferendos entre los socios, entre los socios y la sociedad, entre ésta y los integrantes de sus órganos sociales, o entre los integrantes de órganos sociales y los socios, por cuestiones derivadas de su aplicación, interpretación, existencia, validez o calificación, al arbitraje o a la amigable composición. La cláusula compromisoria que forme parte del acto constitutivo, del contrato social o del estatuto se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones de estos y la decisión de los árbitros que declare la nulidad del acto constitutivo, del contrato social o del estatuto no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral. La cláusula compromisoria también podrá ser incorporada con posterioridad, atendiendo al quórum y mayoría previsto para la modificación estatutaria y según el tipo social de que se trate, dando derecho al socio disconforme a separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus tenencias y según los alcances y términos de esta ley.

Son igualmente válidas las convenciones de arbitraje que celebren las partes en cualquier diferendo, aunque no se incluya una cláusula compromisoria en el acto constitutivo, contrato o estatuto social.

“Queda a salvo la aceptación de la jurisdicción arbitral por dichas sociedades”. “Los accionistas e inversores en conflicto con la sociedad o con los integrantes de sus órganos, así como los destinatarios de la oferta pública pueden optar por la jurisdicción de los tribunales judiciales competentes. En los casos de litis consorcio necesario, la acumulación se efectuará en el tribunal judicial o arbitral ante el cual se hubieren presentado mayor número de demandantes y en caso de igualdad se regirá por el principio de prevención”.

Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, incluso las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores y su declaración de nulidad, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria¹⁷⁵³.

Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea una sociedad constituida en el extranjero cuya actuación deba sujetarse a los términos de esta Ley, no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones que surjan del convenio arbitral.

Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral”.

“Contenido. Compromiso arbitral. La cláusula compromisoria debe especificar:

1) el tipo de arbitraje escogido; en su defecto y salvo decisión unánime de las partes, las diferencias se resolverán por arbitraje de derecho¹⁷⁵⁴;

2) el procedimiento por el cual se regirá el arbitraje;

3) la forma de designación de los árbitros;

¹⁷⁵³ Fuente, Propuesta de Código Mercantil Español de 2013, art. 213-20.

¹⁷⁵⁴ Según la preferencia referida anteriormente. Conc. Ley española de Arbitraje, nº 60 de 23 de diciembre de 2003, BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097 a 46109, BOE-A-2003-23646.

4) la designación de una entidad que administre el arbitraje y la previsión, para el caso de que ésta desaparezca, de las reglas que se aplicarán. Si se encomendara la administración del arbitraje y la designación de árbitros a alguna institución arbitral, el arbitraje y la designación de árbitros se realizará de acuerdo con las reglas contenidas en el reglamento de dicha institución¹⁷⁵⁵;

5) la sede o domicilio del arbitraje; en su defecto se considera que es el del domicilio de la sociedad;

6) los recursos que puedan interponerse contra el laudo, o los que se renuncien en su caso.

Existiendo cláusula compromisoria, la negativa injustificada de una de las partes a suscribir el compromiso arbitral habilita a la parte cumplidora a solicitar al Tribunal que fije sus alcances y tenga el mismo por suscripto. Previo a ello el Tribunal escuchará a la parte que hubiera manifestado su negativa y resolverá dentro del quinto día, siendo su decisión irrecurrible”.

“Arbitraje. Arbitraje pericial

Salvo que el acto constitutivo, contrato social o estatuto prevean otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos.

En tal caso, quien impugne el precio atribuido por la otra parte deberá expresar el que considere ajustado a la realidad, pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por

¹⁷⁵⁵ CATTANEO, M., “El Anteproyecto de Reforma...”, cit., pp. 190 y 193 y ley de arbitraje española nº 60, art. 14.

la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral.

Si no estuviere previsto en el acto constitutivo, contrato social o estatuto el procedimiento aplicable a la pericia arbitral, deberá sustanciarse ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próximo a su domicilio.”

Respecto de la norma arbitral que se propone, se formulan las siguientes consideraciones:

i.-) dada la especialidad y particularidades de la materia societaria, se considera al arbitraje de derecho como el más idóneo¹⁷⁵⁶;

ii.-) tratándose la cuestión societaria de una materia de contenido mayormente imperativo, se impone al árbitro un especial cuidado en no contravenir normas a las que las partes indefectiblemente deben someterse, no siendo el convenio arbitral óbice¹⁷⁵⁷;

iii.-) se propone también que los árbitros designados sean abogados¹⁷⁵⁸, asistidos por otros profesionales de ciencias contables o empresariales.

¹⁷⁵⁶ A diferencia del arbitraje referido a cuestiones relacionadas con las asociaciones bajo forma de sociedad del art. 3 LSC, en que se propone preferentemente el arbitraje de equidad.

¹⁷⁵⁷ Cfr. CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El Arbitraje Societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 69 y 70.

¹⁷⁵⁸ La ley 23.187 para el ejercicio de la profesión de abogado en el ámbito de la Capital Federal y la ley 5.177 –reformada por ley 12.277– para la Provincia de Buenos Aires imponen a los matriculados intervenir como árbitro en las causas que

Sin perjuicio de estas apreciaciones y las apuntadas preferencias, no existen motivos dirimentes para descartar el arbitraje de equidad, en ocasiones incluso aconsejable según la índole del conflicto y naturaleza del ente –sociedades cerradas y de familia–.

A efectos de asegurar que los tribunales arbitrales puedan resolver sobre medidas asegurativas y compulsorias, se sugiere la inclusión en la LSC de una norma de tenor similar al siguiente, que recepte su aplicabilidad y modo de ejercicio:

“Arbitraje. Medidas asegurativas y compulsorias. Colaboración judicial.-

Cuando por aplicación de esta Ley o por convenciones de arbitraje se sometan diferendos al arbitraje, podrán los árbitros disponer medidas cautelares, asegurativas y de intervención, incluso cuando se tratara de la impugnación de acuerdos sociales¹⁷⁵⁹, a menos que se las haya excluido expresamente en las cláusulas compromisorias. Podrá preverse la exigencia de notificación previa a la otra parte para ser escuchada antes de adoptar la medida. Previo a ello el Tribunal podrá notificar a la otra parte, debiendo resolver dentro del quinto día de recibido el descargo.

le sean sometidas por ley y propician el establecimiento de centros de mediación, conciliación y tribunales de arbitraje.

¹⁷⁵⁹ La fuente de este texto es la Propuesta al Código de Sociedades Mercantiles español aprobado, por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002, en su art. 110.

De ser necesario para el cumplimiento o ejecución de cualquier resolución del tribunal arbitral, incluido el laudo final, así como para el de las medidas asegurativas y compulsorias previstas, o las de ejecución que se hayan dispuesto, los árbitros deben requerir la intervención del juez estatal y este deberá prestar el auxilio de la jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELENDA, CÉSAR AUGUSTO, *Derecho civil –parte general–*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- ABRALDES, SANDRO, “Delito de balance falso (inc. 3º del art. 300 del Código Penal)”, *Enfoques contables y administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- AGUIAR, HENOCH, *Hechos y actos jurídicos*, TEA, Buenos Aires, 1950.
- AGUILAR, FERNANDO, “¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?”, LL 19 y 20 de enero de 2005.
- AGUINIS, ANA MARÍA, “El derecho de información de los accionistas”, R.D.C.O. 1978, año 11.
- “El directorio y su reforma en la ley 22.903”, LL 1984-B, 635.
 - “Un avance ponderable en la jurisprudencia”, ED 85-520.
- ALCALÁ DÍAZ, MARÍA ANGELES, *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1998.
- “El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, año V, nº 9, Aranzadi, Pamplona, 1977.
- ALEGRÍA, HÉCTOR, “Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas”, RDPyC, 2000-22.
- “El régimen de nulidad de las sociedades comerciales. Consideraciones críticas y alternativas superadoras”, RDPyC, 1995-8.
- ALLENDE, LISANDRO, “Administradores de hecho”, *El directorio en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1999.

- ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1963.
- ALVARADO BELLOSO, ADOLFO, “El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses”, LL 1986-E, p. 1005.
- ÁLVAREZ, GLADYS y HIGHTON, ELENA, “Diferencias entre conciliación y mediación”, LL, 1996-E, p. 1095.
- AMEAL, OSCAR, *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, de BELLUSCIO AUGUSTO y otros, Astrea, Buenos Aires, 1981.
- ANAYA, JAIME, “El Anteproyecto de reformas a la ley argentina de sociedades comerciales”, ED, 208-950/951.
- “Arbitraje societario”, LL 2007-C, 10125 y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, octubre 2006, en *Derecho Comercial, Doctrinas Esenciales*, t. V..
 - “Control judicial de arbitraje”, LL 2004-B, p. 313.
 - “El arbitraje en los conflictos societarios”, ED 1995-E, p. 853.
 - “El derecho de información del accionista y sus límites”, ED 132-367.
 - “Los procedimientos en los conflictos societarios”, ED 166-81.
- ANAYA, JAIME y PALACIO, LINO, “Arbitraje, jurisdicción y honorarios”, ED 174-286.
- AQUARONE, MARÍA, “Los clubes de campo. Utilización de la sociedad anónima para su estructuración”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- “Contratación del director con la sociedad”, LL 1984-C, p. 1002.
- AQUARONE, MARÍA y NISSEN, RICARDO, “Necesidad de derogar el art. 3° de la Ley 19.550 en cuanto legisla las asociaciones bajo forma de sociedad”, en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO JOSÉ, “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, en *La*

responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Estudio de Derecho Judicial, Madrid, 2000.

ARAZI, ROLAND, “Arbitraje nacional e internacional”, LL 19.8.05.

ARAZI ROLAND y ROJAS JORGE, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

ARECHA, MARTÍN, *Responsabilidad y abuso en la actuación societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

– “Arbitraje y mediación en el derecho societario”, *Responsabilidad y abuso en la actuación societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002 y en IJ-XXV-171.

– “Las minorías en la sistemática de la ley de sociedades”, en *Derecho empresario actual. Cuadernos de la Universidad Austral*, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 1996.

ARECHA, MARTIN y GARCÍA CUERVA, HÉCTOR, *Sociedades comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

– *Curso de sociedades comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

ARGERI, SAÚL, “Invalidez de la asamblea de sociedad anónima y su efecto sobre el acto jurídico realizado en su consecuencia con un tercero”, LL 1978-D, p. 1249.

ASCARELLI, TULLIO, *Sociedades y asociaciones comerciales*, trad. SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, Ediar, Buenos Aires, 1947.

AULETTA, GIUSEPPE y SALANITRO, NICCOLÒ, *Dirito commerciale*, 5ª edición, Giuffrè Editore, Milán, 1987.

AZTIRIA, ENRIQUE, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

BAKMAS, IVÁN “Sociedades anónimas y orden público. La normativa constitucional. Las sociedades cerradas”, LL 2001-F-1448.

– “Artículo 248 de la ley de sociedades. Nulidad de voto por conflicto de intereses”, LL 1998-E, p. 1071.

– “El principio mayoritario y la unanimidad en las decisiones assemblearias”, LL 1997-C, p. 1093.

- BALBÍN, SEBASTIÁN, *Tratado de derecho comercial y empresario, sociedades*, de OSVADO GÓMEZ LEO, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- *Apuntes de derecho societario*, IJ Editores, Buenos Aires, 2012.
 - *Curso de derecho de las sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.
 - *Tratado teórico práctico de derecho comercial. Sociedades*, t. V-A, de FERNÁNDEZ, RAYMUNDO y GÓMEZ LEO, OSVALDO, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
 - *Responsabilidad de administradores y terceros en la quiebra*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
 - *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- BALBÍN, SEBASTIÁN y CEROLINI, AGUSTÍN, “Los delitos de balance falso e informe falso en la ley de sociedades comerciales”, ED 205, p. 1003.
- BARRERA, GRAF JORGE, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2008.
- *La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades*, Mexico, 1967.
- BASUALDO, MARÍA EUGENIA, “Resolución de Conflictos Societarios a través del Arbitraje”, XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina Rosario, 28 y 29 de Junio 2012, www.societario.com/AdminNews/VisorNewsEnviado.aspx?IdNews=541&Asunto=Societario.com%20-%20Newsletter%20n%20260%20-%20Agosto%202012&Fecha=24/08/2012&Logueado=NO
- “El arbitraje como medio de solución de conflictos societarios”, Ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario, Tucumán, 2004.
- BAZÁN, JORGE, “Acerca de las nulidades asamblearias, del derecho societario y del orden público”, VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, 1998, –inédito.
- BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO, *Comentarios a la ley general de sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

- BELLUSCIO, AUGUSTO *Código civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- BENDERSKY, MARIO, “Invalidez de los actos del directorio de sociedades anónimas”, en *Conflictos societarios*, Depalma, Buenos Aires, 1983.
– “Impugnación judicial de asambleas de sociedades anónimas”, R.D.C.O., 1977.
- BENETTI SALGAR, JULIO, “Arbitraje y derecho de sociedades”, en *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005.
- BERGEL, SALVADOR “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, JA 81-I-742.
- BERGÓS TEJERO, JOAN JORDI, “Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos”, en *Obligaciones y responsabilidades de directivos y administradores*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El control constitucional y el arbitraje”, LL 2004-E, p. 392.
- BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- BONELLI, FRANCO, *La Responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milan, 1992.
- BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- BORETTO, MAURICIO, “Responsabilidad de terceros en el proceso falencial”, en *Derecho concursal aplicado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- BOSCH, JUAN, “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje (a propósito de la sentencia ‘Cartelone c. Hidronor’)”, ED 209-693.
- BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de derecho mercantil*, 10º edición, Tecnos, Madrid, 1994.
- BRUNETTI, ANTONIO, *Trattato del diritto delle società*, t. II, Giuffrè, Milán, 1948.

- BUTTY, ENRIQUE y CARAVAJAL, JUAN CARLOS, “Aspectos generales de la nulidad e impugnación de las decisiones del directorio”, II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata 1979, Ed. Cámara de Sociedades Anónimas, Buenos Aires, 1979.
- CABALCHO LOSADA, FERNANDO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Derecho societario, parte general. Los Socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, Heliasta, Buenos Aires, 1996.
- *Derecho societario, parte general. Introducción al derecho societario*, Heliasta, Buenos Aires, 1996.
- *Derecho societario, parte general. Los órganos societarios*, Heliasta, Buenos Aires, 1996.
- CABEZAS CABALLERO, DAVID, *Nociones de derecho comercial*, Tupac Katari, Sucre, 1999.
- CADENA ESCUER, ALBERTO, “Responsabilidad de los Administradores en el ámbito mercantil. Acciones civiles, sociales e individuales”, en *Obligaciones y responsabilidades de directivos y administradores*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1996.
- CAIVANO, ROQUE, *Arbitraje, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2000.
- “Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos: una herramienta para las empresas”, *Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario*, n° 1467, diciembre 1995.
- “Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje”, *LL* 1994-A-994.
- “El compromiso arbitral, una institución inconveniente”, *LL* 1997-F, 1177.
- “Las personas jurídicas como árbitros y los límites de la autonomía de la voluntad en un curioso caso de arbitraje”, *ED* 184-521–.
- “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”, *JA* 1994-I, p. 845.

- CAIVANO, ROQUE y CAPUTO, LEONARDO, “El arbitraje y los conflictos societarios”,
- CAIVANO, ROQUE y ZAMENFELD, VÍCTOR, “El arbitraje en materia societaria”, ED, 194-152.
- CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Librería el Foro, Buenos Aires, 1996.
- CALAVIA MOLINERO, JOSÉ MANUEL, “Derecho del socio a las ganancias sociales y su posible remisión a arbitraje en caso de conflicto en las sociedades de capital”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 11, Ed. Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2011.
- CALBACHO LOSADA, FERNANDO, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CÁMARA, HÉCTOR, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, TEA, Buenos Aires, 1957.
- CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, “Un precepto legal que debe entenderse por no escrito: ¿Hacia el arbitraje de plazo indefinido? La Notaria, ISSN 0210-427X, N°. 2, 2012, pp. 36 y 37, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4034053>.
- CAMPOBASSO, GIAN FRANCO, *Diritto commerciale, diritto delle società*, UTET, Torino, 1989.
- CARAZO LIÉBANA, MARÍA JOSÉ, *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CARLI, CARLO, *La demanda civil*, Lex, Buenos Aires, 1973.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1959.
- CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, NICETO y SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, UTHEA, Buenos Aires, 1944.
- CARRERA GIRAL, JUAN, *Ley de sociedades anónimas*, Bosch, Barcelona, 1991.

- CASTAÑOS ZEMBORAIN, MARIANO y ROSETTI, GRACIELA, “Comentarios procesales. Alcances de la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, ED 10.459, marzo 8-002.
- CASTILLO, RAMÓN, *Curso de derecho comercial*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1935.
- CATTANEO, MARÍA ROSA “Pericia arbitral y juicio pericial. Una incumbencia profesional que es necesario revitalizar”, 16º Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas, Rosario, 25, 26 y 27 de Octubre de 2006.
- “La importancia de revitalizar la pericia arbitral”, ponencia para el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, Colegio de Abogados de San Isidro, San Isidro, Prov. de Buenos Aires, 10 al 12 de Mayo de 2006.
- “El Anteproyecto de Reforma del art. 15 de la Ley de Sociedades y la Res. IGJ 4/01”, en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2005.
- CHINDEMI, MARCELA, *Régimen de utilidades en las sociedades anónimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- CIFUENTES, SANTOS, “El daño moral y la persona jurídica”, en *Derecho de daños. Homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires p. 397.
- CIFUENTES SANTOS, *Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, t. 4, de BELUSCIO, AUGUSTO, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- COHEN, DANIEL, *Arbitrage et société*, L.G.D.J., Paris, 1993.
- COLERIO, JUAN y ROJAS, JORGE, *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- COLOMBO, CARLOS, *Código procesal civil y comercial de la Nación, anotado y comentado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
- COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de derecho societario, parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.

- *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964.
 - “La naturaleza jurídica de la deliberación de las sociedades anónimas”, JA 1956-III sec. Doctrina, p. 144.
 - “El orden público” JA 1964-II-23.
- CONIL PAZ, ALBERTO, “La acción pauliana. Una solución, comentario al fallo de la CSJN ‘Distribuidora Cabal s/ Quiebra c/ Banco Buen Ayre S.A.’”, ED 176-617.
- CORNEJO COSTAS, EDUARDO, *La sociedad comercial*, Virtudes, Salta, 2006.
- CORREA DELCASSO, JUAN PABLO, “El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado”, en *Arbitraje comercial internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*, vol. 22 Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Paestra Editores, Lima, 2013.
- COTTINO, GASTONE, *Diritto societario*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2011.
- COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1964.
- CUATRECASAS, EMILIO, *Derecho de sociedades. Introducción práctica a la nueva legislación mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- DASSO, ARIEL ANGEL, “La intervención judicial en la sociedad anónima”, LL 1990-A, p. 636
- DASSO, ARIEL ANGEL, DASSO GUSTAVO y DASSO ARIEL, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- DASSO, ARIEL GUSTAVO, “Conformación asociativa del club de campo”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- DE GREGORIO, ALFREDO, “Delle società e delle associazioni commerciali”, en *Codice di commercio commentato*, coordinado por BOLAFFIO, LEON, ROCCO, ALFREDO y VIVANTE, CÉSARE, Torino, UTET, 1938.
- DE JUGLART, MICHEL e IPPOLITO, BENJAMIN, *Cours de droit commercial. Les sociétés commerciales*-, Montchrestien, Paris, 1988.
- DE OLIVEIRA, ASENSAO, *Dereito comercial*, Lisboa, 2000.

- DE PINA VARA, RAFAEL, *Elementos de derecho mercantil mexicano*, Porrúa, Mexico, 1998.
- DE SAVORNIN LOHMAN, HANS, *Duties and liability of directors and shareholders under netherlands law*, Kluwer, Londres, 1996.
- DEL VALLE PUPPO, JORGE, “Convocatoria Judicial a Asamblea de Accionistas”, II Congreso de Derecho Societario de Mar del Plata, 1979.
- DEN TOOM, MARCELO, “Acciones sociales de responsabilidad ut singuli: las acciones derivadas”, en *El directorio en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1999.
- DIDIER, PAUL y DIDIER, PHILIPPE, *Les sociétés commerciales*, Economica, Paris, 2011.
- DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Montecorvo, Madrid, 1995.
- DOMÉNECH, FEDERICO ADRIAN, “El arbitraje societario italiano”, *Revista de Derecho Procesal* nros. 1 y 2, Barcelona, España, 2005, pp. 175 a 207, www.....
- DUPRAT, DIEGO, “El arbitraje y la impugnación de resoluciones assemblearias viciadas de nulidad absoluta”, en *Nuevas perspectivas en el derecho societario y el anteproyecto de reforma a la Ley de Sociedades Comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- DUPUIS, JUAN, *Mediación y conciliación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- ELDHART, RAÚL, “El delito de balance e informe falso y el bien jurídico protegido”, *JA* 2001-III, p. 1139
- ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF MARTIN, *Tratado de derecho civil, parte general*, vol. I, trad. PÉREZ GONZÁLEZ BLAS y ALGUER JOSÉ, Bosch, Barcelona, 1953.
- ESCUTI IGNACIO (h), *Receso y exclusión y muerte del socio*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- ESTEVEZ, JORGE ALBERTO, “Responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad”, *LL* 2000-B, p. 1232.

- ESTRADA, JORGE ALBERTO, “Reflexiones acerca de la aplicación del art. 55 de la Ley 19.550”, ED 76-887.
- ETCHEVERRY, RÁUL, “Sociedades comerciales: replanteo doctrinal de los efectos de su acto creativo”, R.D.C.O. 1979-II-732.
- FALCÓN, ENRIQUE, *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- *Gráfica procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
 - *Mediación obligatoria en la ley 24.573*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
 - *Procesos de conocimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- FARGOSI, HORACIO, *La affectio societatis*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1955.
- “Anotaciones sobre el consejo de vigilancia en las sociedades anónimas”, LL 146-852.
 - “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas de sociedades por acciones, LL 1975-A, p. 1061.
 - “Caducidad o prescripción de la acción de nulidad de asambleas”, en *Estudios de derecho societario*, Abaco, Buenos Aires, 1978.
 - “Cuestiones preliminares sobre la reforma de la ley de sociedades comerciales”, A.D.L.A.XLIII, p. 3708.
- FARGOSI, HORACIO y GIRALDI, PEDRO, “Nuevamente sobre la nulidad de asambleas de sociedades anónimas”, ED 174, p. 996.
- FARINA, JUAN, “Conflictos societarios y *affectio societatis*”, LL 19/10/2010.
- *Estudios de sociedades comerciales, sociedad anónima*, Ed. Zeus, Rosario, 1980.
 - *Sociedades anónimas*, Zeuz, Rosario, 1973.
- FARRÉS, PABLO DANIEL, “La impugnación asamblearias en las cooperativas”, LL 23/07/01.
- FASSI, SANTIAGO, *Código procesal civil y comercial, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1978.

- FASSI, SANTIAGO y GEBHARD, MARCELO, *Concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO (H), *Derecho societario registral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, LL 2010-E , 675.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO (h.) y RAISERG, CLAUDIA E., “El arbitraje societario. Límites sustanciales, personales y constitucionales al artículo 38 del decreto 677/01”, Ponencia, Segundo Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, Iguazú, Misiones, 12 y 13 de junio de 2003, IJ-XVI-380.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO (H) y SPAGNOLO, LUCÍA, “La exclusión del socio en la sociedad anónima personalísima por vía de la desestimación del tipo social”, en *La actuación societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA y LEONARDI DE HERBÓN, HEBE, *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- FENOCHIETTO, CARLOS, *Código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires, comentado, anotado y concordado*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003.
- FERNÁNDEZ, DEL POZO, LUIS, “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, *TAB, Boletín*, num. 7, 1995.
- “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, RCDI, núm. 618, 1992.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, IGNACIO, “La conducta del representante societario. La regulación de la conducta frente a la realidad empresarial”, en *Revista Jurídica de Información Mercantil –Boletín de Información Mercantil–*, B-28 del 20 de octubre de 1998, Barcelona, 1998.
- FERNÁNDEZ, HÉCTOR, “Acerca de la inconstitucionalidad del art. 38 del Dec. 677/01 y de la necesidad de la reforma del art. 15, LSC”, en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

- “Reflexiones acerca del Decreto N° 677/2001”, Revista de las Sociedades y Concursos, N° 16.
- FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, *Elementos de derecho mercantil*, 3ª edición, Deusto, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ, MARIA ÁNGELES y ZALDIVAR, ENRIQUE, “El abuso de la minoría” en *Derecho empresario actual. Cuadernos de la Universidad Austral*, n° 1, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- FERNÁNDEZ, PÉREZ NURIA, *La protección jurídica del accionista inversor*, Derecho de Sociedades n° 14, Aranzadi, Navarra, 2000.
- FERNÁNDEZ, RAYMUNDO, *Código de comercio de la República Argentina, comentado*, Amorrortu hijos SRL, Buenos Aires 1957.
- *Código de procedimiento civil*, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1944.
- FERNÁNDEZ, RAYMUNDO y GÓMEZ LEO, OSVALDO, *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- FERRÉR, GERMÁN LUIS, “Prescripción de la acción social de responsabilidad de directores de sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 22, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- FERRI, GIUSEPPE, *Manuale di diritto commerciale*, UTET, Torino, 1988.
- FLAIBANI, CECILIA, *Ley de sociedades comerciales, anotada y comentada*, Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- FLORES, POLO PEDRO, *Comentarios a la ley General de sociedades, estudio analítico*, Cámara de Comercio de Lima, Lima, 1998.
- FORESTIER, JUAN CARLOS, “Nulidad de la resolución asamblearia que decide el aumento de capital con fundamento en el abuso de derecho de la mayoría”, LL 1985-D, p. 974.
- GAGLIARDO, MARIANO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Abeledo-Perrot, 2ª edición 1994.
- “Asamblea nula (quórum ficto y deliberación inexistente)”, JA 2000-II-709.
- “Aspectos de la acción social de responsabilidad”, ED 141-127.

- “Nuevamente sobre el receso en el aumento de capital”, LL 1991-E, p. 480.
 - “Quórums y mayorías en el derecho de las sociedades”, ED 100-1030.
 - “Régimen de transparencia de la oferta pública (decreto 677/2001) y ciertos alcances de la ley 19.550”, LL 2001-E, p. 869.
 - “Responsabilidad falencial”, JA 1999 IV, p. 177.
 - “Matices de la acción social de responsabilidad en la sociedad anónima”, JA-1992-II, p. 751.
- GALGANO, FRANCESCO, *Diritto commerciale. Le società*, 18ª edición, Zanichelli, Bologna, 2012.
- *Manuale elementare de diritto commerciale*, Zanichelli, Bologna, 1986.
- GALIMBERTI, JOSÉ, “Responsabilidad del directorio por aumento del capital en la sociedad anónima”, R.D.C.O., n° 31, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- GARCÍA CAFFARO, JUAN, “Pasado y presente de la intervención judicial de la sociedad anónima”, LL 152-803.
- GARCÍA LUENGO, RAMÓN BERNABÉ, “Consideraciones sobre las medidas cautelares en los procedimientos de impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de Accionistas”, en *Estudios de derecho mercantil, homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998.
- GARCÍA TEJERA, NORBERTO “Deberes de conducta de los directores de S.A. Tratamiento en las sociedades cerradas y en las sociedades del inc. 1º del art. 299”, en *El directorio en las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 1999.
- “Libros especiales y actas de sociedades anónimas”, LL 158-1104.
- GARIBOTTO, JUAN CARLOS, *Teoría general del acto jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- GARO, FRANCISCO, *Sociedades comerciales*, La Facultad, Buenos Aires, 1949.

- GARRETA SUCH, JOSÉ MARÍA, *La Responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GARRIGUES, JOAQUÍN y URÍA, RODRIGO, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, 3ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.
- GARRONE, JOSÉ y CASTRO SAMMARTINO, MARIO, *Manual de derecho comercial*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, 1996.
- GIMÉNEZ DURAT, “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, en *Seminario sobre arbitraje en las sociedades mercantiles*, TAB, *Butletí*, núm. 4, 1992.
- GIUNTOLI, MARÍA CRISTINA, “Asociaciones bajo forma de sociedad: aplicación en la realidad jurídica del art. 3º de la ley 19.550”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- GOMEZ CALERO, JUAN, *Responsabilidad de socios y administradores frente a acreedores sociales*, Dykson, Madrid, 1998.
- GÓMEZ, EUSEBIO, *Leyes penales anotadas*, EDIAR, Buenos Aires, 1954.
- GÓMEZ LEO, OSVALDO y GÓMEZ BUQUERÍN, GASTÓN, *Código de comercio*, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- GONZALEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “Desnaturalización del arbitraje admnistrtivo”, LL 2004-E, p. 493.
- GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO, “La potestad disciplinaria de las asociaciones y su contralor judicial”, LL 1990-B, p. 424.
- GUDULICH, GRACIELA, “Regimen de responsabilidad de los administradres de sociedades anónimas”, en VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y Empresa.
- GUERRERO, HELIOS y GEBHARDT, MARCELO, “Caducidad de la acción para impugnar decisiones asamblearias”, en II Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979.
- GULMINELLI, RICARDO, “Continuación de las acciones de responsabilidad promovidas con anterioridad a la quiebra”, en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- GUYENOT, JEAN, *Curso de derecho comercial*, vol. I, Ejea, Buenos Aires, 1975.

- HALPERÍN ISAAC, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1975.
- *Sociedades de responsabilidad limitada*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
 - *Curso de derecho comercial*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1974.
 - “Reseña crítica de jurisprudencia”, R.D.C.O., 1971-312.
 - “La reforma de las sociedades comerciales”, R.D.C.O., Depalma, Buenos Aires, 1973
- HALPERÍN, ISAAC y BUTTY, ENRIQUE, *Curso de derecho comercial*, 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- HALPERÍN, ISAAC y OTAEGUI, JULIO, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- HAMEL, JOSEPH, LAGARDE, GASTÓN y JAUFFRET, ALFRED, *Droit commercial*, 2ª edición, Dalloz, Paris, 1980.
- HANDLER, EDMUNDO en “El delito de balance falso y la fe pública”, ED 116-793.
- HANOTIAU, BERNARD, “L’arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés”, en *Liber Amicorum Claude Reymond*, ed. Litec, París, 2004.
- HEREDIA, PABLO, *Tratado exegético de derecho concursal*, Abaco, Buenos Aires, 2001.
- HURTADO, COBLES, JOSÉ, *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Atelier, Barcelona, 1998.
- IBAÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La organización judicial argentina (ensayo histórico). Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, La Facultad-Bernabé y Cía., Buenos Aires, 1938.
- IGLESIAS, JUAN, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6ª edición, Ariel, Barcelona, 1979.
- ITZIGSOHN DE FISCHMAN, MARÍA, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968.
- JAEGER, PIER y DENOZZA, FRANCESCO, *Appunti di diritto commerciale, impresa e società*, Giuffrè, Milan, 1989.

- JIMENEZ DE PARGA, RAFAEL “La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, *Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1997.
– *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1997.
- JUGLART, MICHEL e IPPOLITO, BENJAMÍN, *Traité de droit commercial. Les sociétés*, 3ª edición, Montchrestien, Paris, 1982.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO, “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, en *La Protección de los terceros en las sociedades y en los concursos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- JUNYENT BAS, FRANCISCO y MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Ley de concursos y quiebras, comentada*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.
- LAVALLE COBO, JORGE, “Aspectos procesales en el poder disciplinario de las asociaciones”, LL 1990-A, p. 518.
- LE CANNU, PAUL, “L’aquisition de la qualité d’actionnaire” en *Revue des Sociétés*, n° 3, julio-septiembre 1999, Dalloz, Paris.
- LEGÓN, FERNANDO, “Caución de acciones”, Anuario del Instituto de Derecho Privado de la Universidad de Belgrano, vol. III año 1980, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1980.
- LEGUISAMÓN, HÉCTOR, “La mediación de la República Argentina”, en *Temas selectos de teoría del proceso. Una visión iberoamericana*, coord. CARRASCO SOULÉ, HUGO, Porrúa, Mexico, 2012.
- LEÓN, PEDRO, “La persona y los derechos subjetivos”, en *Revista Jurídica de Córdoba*, vol. 4, Tea, Córdoba, 1947.
- LEVENE, RICARDO, *Manual de historia del derecho Argentino*, Kraft, Buenos Aires, 1952.
- LEVY, LAURENT, “Arbitrability of disputes in corporate matters (Swiss law)”, *International Arbitration Law Review*, 2002.
- LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Código civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.

- LLEBOT MAJÓ, JOSÉ ORIOL, “El sistema de la responsabilidad de los administradores”, en *Revista de Sociedades*, Aranzadi, año IV, n° 7, Navarra, 1996.
- LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO, “Los administradores de la sociedad anónima”, en *Derecho mercantil* de JIMENEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, 3° edición, Ariel, Barcelona, 1995.
- LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO, *Tratado de derecho civil Argentino, parte general*, de SALVAT RAYMUNDO, TEA, Buenos Aires, 1964.
- “El poder disciplinario de las asociaciones civiles”, LL 1990-C, p. 183.
- LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA, “Clasificación de las nulidades”, LL 147-p. 875.
- LÓPEZ TILLI, ALEJANDRO, *Las asambleas de accionistas*, Abaco, Buenos Aires, 2001.
- LUCHINSKY, RUBÉN, “Apostillas sobre la dinámica judicial en torno al derecho de información de los socios en las sociedades mercantiles”, RDCO 1993-A, año 26, p. 201.
- LYON-CAEN, CHARLES LÉON y RENAULT, LOUIS, *Traité de droit commercial*, 4ª edición, Librarire Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1909.
- MACARIO, MARÍA ELISA, “Prenda de acciones de sociedades anónimas”, Biblioteca Investigación Universidad Austral, sección Informes MDE, noviembre 2004 –inédito–.
- MACORETTA, CORA, “Métodos alternativos de resolución de conflictos para la gestión de conflictos societarios”, ED, 254 – 17/09/2013.
- MAGRI, CARMEN, “Las actas de las sociedades comerciales” en en *Tratado de derecho privado, derecho comercial*, de NUTA, ANA RAQUEL, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- MAGRO SERVET, VICENTE, “La responsabilidad civil de los administradores de Sociedades. Especial referencia a la prescripción de la acción para exigirles responsabilidad civil”, en *Revista de Actualidad Civil* n° 48, LXXVII, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, La Ley Actualidad, Madrid, 2000.

- MALAGARRIGA, CARLOS, *Código de comercio comentado*, Lajouane, Buenos Aires, 1936.
- *Tratado elemental de derecho comercial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.
- MANÓVIL, RAFAEL MARIANO “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción”, *V Congreso de derecho societario y de la empresa*, T. II, Advocatus, Córdoba, 1992.
- “El uso desviado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art. 251, LS, en un fallo que marca un hito”, ED 168-545.
- MARCHESINI, GUALTERIO, “Arbitraje societario”, *Revista de Mediación y Negociación* n° 4, julio 2014, IJ-LXXI-554
- MARILUZ URQUIJO, JOSÉ, “Las sociedades anónimas en Buenos Aires antes del Código de Comercio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 16, Buenos Aires, 1965.
- “Notas sobre la evolución de las sociedades comerciales en el Río de la Plata”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n° 22, Buenos Aires, 1971.
- MARTÍN, JULIO MARCELO, “El derecho de información del accionista”, Biblioteca Investigación Universidad Austral, sección Informes MDE, noviembre 2004 –inédito–.
- MARTÍNEZ MACHUCA, PABLO, “La opción al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 225, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARIA TERESA, *El Derecho de información del accionista en la sociedad anónima*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Los directores de sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- *Sociedades de responsabilidad limitada*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
 - *Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

- MASCHERONI, FERNANDO, *Directorio, sindicatura y consejo de vigilancia*, Universidad, Buenos Aires, 1987.
- *El directorio en la sociedad anónima*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1978.
 - *La asamblea de la sociedad anónima*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1976.
 - *Manual de sociedades de responsabilidad limitada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
 - “Algo sobre liquidación de sociedades comerciales” DSE, dic. 1998.
- MASCHERONI, FERNANDO y MUGUILLO, ROBERTO, *Régimen jurídico del socio*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- MATTA Y TREJO, GUILLERMO, “Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas”, LL 1983-A, p. 719.
- “Imposibilidad de impugnar de nulidad decisiones asamblearias de sociedades anónimas una vez vencido el plazo establecido por el artículo 251 de la ley de sociedades comerciales”, en *Revista La Información*, t. XLIV, n° 624, diciembre 1981.
 - “Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias”, en *V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa*, t. II, Advocatus, Córdoba, 1992.
 - “Reflexiones en torno al derecho de información en la sociedad anónima moderna” en *Derecho empresario actual, homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
 - “Sobre la convocatoria a asamblea de sociedades anónimas a pedido del accionista”, LL 1985-D, p. 495.
- MAYNZ, CHARLES, *Cours de droit romain*, Librairie Polytechnique de Deco et Duhent, Paris, 1870.
- MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LÉON y MAZEAUD, JEAN, *Lecciones de derecho civil. Los sujetos de derecho. Las personas*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO, EJEJA, Buenos Aires, 1959.
- MEGNA, PEDRO, *La gerencia de la sociedad anónima*, Editorial Cangallo, 1970.

MERCADAL M. B. y JANIN M. P., *Sociétés commerciales*, Paris, 1990.

MERLE, PHILIPPE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 17ª ed., Dalloz, Paris, 2014.

MEZZERA ALVAREZ, RODOLFO y RIPPE, SIEGBERT, *Curso de derecho comercial*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

MICCOLIS, GIUSEPPE, “Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario”, *Revista Judicium*, en <http://www.judicium.it>

MIGLIARDI, FRANCISCO ORESTES, “Carácter del plazo fijado por el artículo 251 de la ley de sociedades”, LL 1979-B, p. 396.

– “Criterio Restrictivo para disponer la intervención de sociedades anónimas”, LL 148, p. 565.

MOLINA SANDOVAL, CARLOS, “Arbitraje societario”, LL 2005-F, 892.

– “El arbitraje en la dinámica de los conflictos societarios”, ED, 213-899.

MON, ADRIANA, *Ley de sociedades comerciales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

MON, ADRIANA, NISSEN, RICARDO y PARDINI, MARTA, *Ley de sociedades comerciales*, Ad Hoc, 1992.

MORELLO, AUGUSTO, SOSA, GUALBERTO y BERIZONCE, ROBERTO, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, 1971.

MOULIN, JEAN-MARC, *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, Paris, 2013.

MUGUILLO, ROBERTO y MASCHERONI, FERNANDO, *Manual de sociedades civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1994.

MUÑOZ, FRANCISCO, “Arbitraje societario en Estados Unidos. El ejemplo de Delaware”, 24 de febrero de 2014, ED 256.

MUÑOZ PLANAS, JOSÉ MARÍA, “Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978.

- NAHID CUOMO, MARÍA DE LOS ANGELES, “En torno a la imposibilidad de cumplir un acuerdo arbitral y sus efectos”, ED 189-577.
- NAZAR, NADINA, “Conflicto de intereses en la asamblea de accionistas. El supuesto del art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, IJ-LXXI-240.
- NISSEN, RICARDO, *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*, Abaco, Buenos Aires, 1993.
- *Curso de sociedades comerciales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
 - *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
 - “Las minorías y su derecho de impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos”, LL 1987 –D, p. 1172.
 - “Conflictos societarios. El procedimiento judicial en caso de conflicto, las medidas cautelares societarias y la impugnación de acuerdos sociales”, ED, 212-712.
 - “Algunas cuestiones derivadas del art. 15 de la ley 19.550”, ED 84-340.
 - “Necesarias y urgentes modificaciones al instituto de la intervención judicial en las sociedades mercantiles”, en *El directorio en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad. Hoc, Buenos Aires, 1999.
 - “El conflicto societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de solución “ LL 2001-D p. 1129.
 - “Impugnación de aumentos de capital social”, en *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
 - “Impugnación de aumentos de capital social”, LL 1995-A, p. 1094.
 - “La influencia de la reforma al Código Procesal Civil y Comercial en el procedimiento societario”, LL 2002-C diario de mayo 6-2002.
- NISSEN, RICARDO y HAGGI, GRACIELA “El derecho de impugnar decisiones asamblearias y la participación accionaria del accionista impugnante”, en *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

- NISSEN, RICARDO y LANTADA GASTÓN, “La mediación y el conflicto societario”, en *Panorama actual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- NISSEN, RICARDO y VITOLO, DANIEL, “La impugnación de las decisiones del directorio”, LL 1990– B, 966.
- NUNES, PEDRO CAETANO, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Almeida, Coimbra, 2001.
- OBARRIO, MANUEL, *Curso de derecho comercial*, Lajouane, Buenos Aires, 1907.
- ODRIOZOLA, CARLOS, “Conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, J.A., Doctrina 1973, p. 249.
- “El conflicto de intereses como causa de impugnación de las decisiones asamblearias”, en *Estudios de sociedades comerciales, homenaje a Carlos J. Zavala Rodríguez*–, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1973.
 - “¿Reforma del régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una adecuada interpretación”, LL 1982-B, p. 711.
- OLIVERA GARCÍA, RICARDO, “El arbitraje en materia de sociedades comerciales”, *Anuario de Derecho Comercial*, FCU, Montevideo, 2001.
- OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Invalidez de actos societarios*, Astrea, Buenos Aires, 1978.
- *La extensión de la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
 - *Administración societaria*, Abaco, Buenos Aires, 1979.
 - “Actos colegiales y sus conflictos”, en *Derechos patrimoniales, estudios en homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
 - “Caducidad y prescripción de la impugnación de acuerdos asamblearios a la luz de dos fallos”, ED 148-262.
 - “El deber de guardar reserva y la prohibición de usar información privilegiada en la oferta pública”, ED 177-29.

- “La responsabilidad resarcitoria del accionista por un acuerdo nulo”, ED 156-138.
 - “Responsabilidad civil de los directores”, en *Estudios en homenaje a Isaac Halperín*, Depalma, Buenos Aires, 1978.
 - “Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales”, ED-168.
- OTEIZA, EDUARDO, “Los procesos de conocimiento amplio. Consideraciones sobre la eliminación del proceso sumario”, en *Reformas al código procesal civil y comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- “Anotaciones para una explicación de la reforma procesal civil y comercial (ley 25.488)” LL 2002-A, 1177.
- PANGRAZIO, MIGUEL ANGEL, *Código civil paraguayo*, Intercontinental Editora, Asunción, 1998.
- PAZ ARES, CÁNDIDO, “La sociedad en general: caracterización del contrato”, en *Curso de derecho mercantil*, de URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO, Civitas, Madrid, 1999.
- PERALES VISCASILLAS, PILAR, *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de arbitraje y derecho societario*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.
- PÉREZ CARRILLO, ELENA, *La administración de la sociedad anónima*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PÉREZ CASSINI, ANALÍA, “Los clubes de campo. Su regulación desde el punto de vista del derecho societario y la legislación provincial”, en *Negocios parasocietarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- PÉREZ FONTANA, SAGUNTO, *Sociedades anónimas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1991.
- PÉREZ PEÑA, LAURA, *Intervención judicial de sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

- PÉREZ PÉREZ, LARA LUZ, “Responsabilidad de los Administradores de la sociedad”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín*, n° 98, Colombia, 1997.
- PERROTA, SALVADOR, Responsabilidad de los administradores, LI, 1970, XXI-1201.
- PETIT, EUGENE, *Tratado elemental de derecho romano*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1982.
- PICO I JUNOY, JOAN y VÁZQUEZ, ALBERT DANIEL, “El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, año VII n° 11, Aranzadi, Navarra, 1999.
- PINTO SOARES PEREIRA DIAS, RUI MANUEL, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2007.
- PISANI MASSAMORMILE, ANDREA, “La sospensione della delibera di assemblea di S.P.A. ed il nuovo procedimento cautelare”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XCV, Roma, 1997.
- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGE, *Traité pratique de droit civil français*, Libraire General de Droit & Jurisprudence, Paris, 1929.
- PODETTI, RAMIRO, “Las acciones emergentes del art. 353 del Código de Comercio y la tercería”, en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946.
- POLO, EDUARDO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1992.
- PUELMA ACCORSI, ALVARO, *Sociedades*, 3ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y ALBERTI, EDGARDO, *Concursos. Ley 19.550, comentada, anotada y concordada*, Astrea, Buenos Aires.

- RACCIATTI, HERNÁN y ROMANO, ALBERTO, “Algunas reflexiones sobre el quórum en las asambleas de sociedades anónimas”, LL 1992-D, p. 954.
- “Trámite de la convocatoria judicial de asambleas (sobre la inviabilidad del juicio sumario)”, LL 1995-D, 580.
- RACINE JEAN-BAPTISTE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, ed. LGDJ, París, 1999.
- RADRESA, EMILIO, *Sociedades colectivas*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- RALLÓ, MARÍA GABRIELA, “Impugnación de asambleas en la S.A.”, LL 2004-B, p. 1244.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, “Cuestiones prácticas del arbitraje en las sociedades mercantiles”, en *Seminario sobre arbitraje en las sociedades mercantiles*, TAB, *Bulletí*, núm. 4, pp. 51 a 64, entre otros.
- RANGUGNI, DIEGO EMILIO, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los directores de S.A.”, LL 1999-B, p. 122.
- REDENTI, ENRICO, *Derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- REYES RAFAEL, HUGO, *Derechos individuales del socio*, Abaco, Buenos Aires, 1993.
- REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1964.
- RICHARD, EFRAÍN, “La acción social de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la justicia”, ED 202-87.
- “Nulidad absoluta de sociedad”, en RDPyC, n° 8, Buenos Aires, 1995.
- RICHARD, EFRAÍN y MUIÑO, OSCAR, *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- RIPERT, GEORGES y ROBLOT, RENÉ, *Traité de droit commercial*, 17° edición actualizada por GERMÁN, MICHEL y VOGEL, LOUIS, L.G.D.J., París, 1998.

- RIPERT, GEORGES, *Tratado elemental de derecho comercial*, trad. SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE, TEA, Buenos Aires, 1954.
- RIVAROLA, MARIO, *Sociedades anónimas*, El Ateneo, Buenos Aires, 1957.
- RIVERA, JULIO CÉSAR, “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones
- “El arbitraje en Argentina”, Revista de Derecho Comparado, no 11 y “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, [http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje %20 y%20Poder%20Judicial2.pdf](http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_Arbitraje%20y%20Poder%20Judicial2.pdf).
 - *Arbitraje comercial internacional y doméstico*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
 - *Instituciones de derecho concursal*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- ROIMISER, MÓNICA, *El interés social en la sociedad anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- ROITMAN, HORACIO, *Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- “Responsabilidad de terceros en la quiebra”, DP y C n° 11, 1996, p. 52.
 - “Impugnación a las decisiones asamblearias –Estudios sobre la reforma–”, en R.D.C.O. año 1984, Depalma, Buenos Aires.
- ROJO, ÁNGEL, “Empresario individual y empresario persona jurídica” en *Curso de derecho mercantil*, de URÍA RODRIGO y MENÉNDEZ AURELIO, Civitas, Madrid, 2000.
- ROMANO, ALBERTO, en *Código de Comercio, comentado y anotado*, de ROUILLÓN, ADOLFO y ALONSO, DANIEL, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- ROMERO, JOSÉ IGNACIO, “Fiscalización o control externo de las sociedades por acciones”, R.D.C.O. año 17, 1984.
- ROUGES, JULIO, “Prescripción de la acción de responsabilidad social promovida por el síndico concursal”, en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. III, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

- ROUILLÓN, ADOLFO, “Interpretación restrictiva y facultades del juez en materia de intervención de sociedades comerciales”, Colección Jurisprudencial Zeus t. 15, Zeus, Rosario.
- *Régimen de concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- ROUILLÓN, ADOLFO y ALONSO, DANIEL, *Código de Comercio, comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- ROVIRA, ALFREDO, “La remuneración de los directores”, en *El directorio de las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- “El derecho al reparto anual de utilidades y su protección”, ED89-468.
- RUCHELLI, HUMBERTO y FERRER, HORACIO, *El orden público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- RUFINO, MARCO en *Mediación y conciliación según la jurisprudencia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, ADOLFO, *Manual de derecho mercantil*, Deusto, Bilbao, 1996.
- SALANITRO, NICCOLÓ, “L’invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione”, en *Tratto delle società per azioni. Amministratori. Direttore generale*, dirigido por G.E. COLOMBO y G.B. PORTALE, UTET, Torino, 1995.
- SALERNO, MARCELO URBANO, *Nulidad absoluta y prescripción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de derecho civil argentino, parte general*, TEA, Buenos Aires, 1964.
- SALVATIERRA, LEANDRO, “Nulidad del acto jurídico societario”, Revista Argentina de Derecho Empresario de la Universidad Austral, n° 2, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- SÁNCHEZ, ANIBAL, “Las acciones y los derechos del accionista” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, de URÍA RODRIGO, MENÉNDEZ AURELIO y OLIVENCIA MANUEL, Civitas, Madrid, 1994.

- SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, “Administradores”, en *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1994.
- *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.
 - *Principios de Derecho mercantil*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN, “La información del socio anta la Junta General. Notas en torno al art. 51 LSRL”, en *Revista de Derecho de Sociedades* n° 8, año V, Aranzadi, Navarra, 1997.
- SÁNCHEZ RUIZ, MERCEDES, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Monografías de Derecho Societario n° 15, Aranzadi, Navarra, 2000.
- SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho comercial. Sociedades de personas y de capital*, 7ª ed. Editora Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- SANTILLÁN, JORGE MARIO, “Responsabilidad de los directores y síndicos de la sociedad anónima”, R.D.C.O. n° 23, 1990-A, p. 227.
- SASOT BETES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, *Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Abaco, Buenos Aires, 1985.
- *El organo de administración*, Abaco, Buenos Aires, 1980.
 - *Las asambleas*, Abaco, Buenos Aires, 1978.
 - *Los dividendos*, Abaco, Buenos Aires, 1977.
- SATTA, SALVATORE, *Manual de derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.
- SAVIGNY, FRIEDRIC KARL, *Sistema de derecho romano actual*, 2ª ed., traducción de MESÍA, JACINTO y POLEY, MANUEL, Céntró Editorial de Góngora, Madrid, 1950.
- SEGOVIA, LISANDRO, *Explicación crítica del nuevo código de comercio*, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1892.
- SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, *Estudios de derecho procesal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- SERANTES PEÑA, OSCAR y PALMA JORGE, *Código procesal civil y comercial de la Nación y normas complementarias. Comentado, concordado y anotado con jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

- SIBURU, JUAN BAUTISTA, *Comentario del código de comercio argentino*, J. Lajoune Editores, Buenos Aires 1912.
- SILVERSTEIN, ISIDORO, *Contratación del director con la sociedad anónima*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- SMITH, JUAN, “De la sociedad”, en *Código civil y leyes complementarias*, de BELLUSCIO, AUGUSTO y ZANNONI, EDUARDO, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- SOLARI COSTA, OSVALDO, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- SPOLANSKY, NORBERTO, “Balance falso, proceso penal y bien jurídico tutelado”, LL 138-224.
- SPOTA, ALBERTO, *Tratado de derecho civil, parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1960.
- STORDUER, EDUARDO, *Manual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- STRASSER, IGNACIO, “La adquisición de acciones prendadas y la propiedad de los títulos acciones dados en prenda”, ED 200-944;
- SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, “Personalidad de las sociedades”, en *Cuadernos de derecho Societario*, de ZALDÍVAR, ENRIQUE, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- “Impugnación Judicial de actos y decisiones asamblearias”, ponencia para las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1981.
- TARRÍO BERJANO, MANUEL GERARDO, “La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales: esquema de situación”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 55, Dykinson, Madrid, 2011.
- TATA, RODOLFO, “La transferencia de acciones subordinada a la aprobación del directorio”, en *El derecho en las sociedades anónimas, estudios en homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- TOLLER, FERNANDO, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención de daños derivados de informaciones*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- TONÓN, ANTONIO, “Las acciones de los acreedores sociales contra los socios después de liquidada y cancelada la sociedad”, ED 102-980.
- TORRES ZAGAL, ÓSCAR, *Derecho de sociedades*, Lexis Nexis, Santiago, 2006.
- TRIOLO, IGNACIO, “Arbitraje ‘societario’ en la República Argentina. Con especial referencia a las sociedades cerradas y a propósito de la normativa de la IGJ”, Astrea, Buenos Aires, <http://www.viziolitriolo.com.ar/pdf/arbitraje-societario-en-la-republica-argentina.pdf>.
- UBILLA GRANDI, LUIS EUGENIO, “Impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas y de directorio”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción –Chile–*, n° 8, 2000.
- URIBE LOZADA, NICOLÁS, *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*, Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.
- URÍA, RODRIGO, *Derecho mercantil*, 20ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- “La sociedad anónima: la acción en general”, en URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO, *Curso de derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
- “S.A. Órganos sociales. Junta general de accionistas”, en URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO, *Curso de derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
- URÍA, RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO y MUÑOZ PLANAS, JOSÉ, “La junta general de accionistas” en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1992.
- URÍA, RODRIGO, MENÉNDEZ, AURELIO y GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos” en URÍA, RODRIGO y MENÉNDEZ, AURELIO, *Curso de derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 2000.

- VALLEJO, EDUARDO, “La acción meramente declarativa en el nuevo código procesal, civil y comercial de la Nación”, JA, 1968-IV-749
- VANASCO, CARLOS “La acción de impugnación de los actos del directorio”, en *El directorio de las sociedades anónimas, homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*-, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1999.
- VANASCO, CARLOS AUGUSTO, “El arbitraje en el decreto 677/01”, *Jornadas nacionales de tribunales arbitrales*, Ed. Bolsa de Comercio de Rosario, 2005.
- “Bolsas y mercados autorregulados. Nuevo régimen arbitral”, LL 2002-D , 1256.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, ÓSCAR, *Asambleas, fusión, liquidación y escisión de sociedades mercantiles*, 10ª edición, Porrúa, México, 2006.
- VÁZQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, “El arbitraje en el derecho societario chileno: análisis normativo y jurisprudencial”, en *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, ed. Legis, Bogotá, N° 23, abril-junio de 2008.
- VELASCO, ALONSO, *Ley de sociedades anónimas*, Ed. Ariel, Barcelona p. 239.
- VELASCO GAUDENCIO, ESTEBAN, “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial n° 24, Madrid, 2000.
- VELÁZQUEZ, GUIDO ERNESTO, *Manual de derecho societario*, Intercontinental Editora, Asunción, 2003.
- VERGARA DEL CARRIL, ANGEL, “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital”, LL 172-93.
- VERÓN, ALBERTO VICTOR, *Sociedades comerciales. Ley 19.550, comentada, anotada y concordada*, 2ª ed., t. 1, Astrea, 2007 (1ª ed. 1996).
- *La sindicatura y el delito de balance falso*, Astrea, Buenos Aires, 1981.
- *Sociedades anónimas de familia*, Abaco, Buenos Aires, 1979.
- *La sindicatura en las sociedades anónimas*, Abaco, Buenos Aires, 1977.

– “Nulidades societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abuso de mayorías y minorías”, LL 1987-B, p. 335.

– “El anteproyecto de reformas del régimen legal de las sociedades comerciales”, LL 2005-E, 1228.

VERÓN, ALBERTO y ZUNINO, JORGE, *Reformas al régimen de la ley de sociedades*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1991.

– *Introducción al derecho mercantil*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2007.

VIDELA ESCALADA, FEDERICO, *Las sociedades civiles*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

VILLANUEVA, PATRICIA LUZ, *La actuación del síndico. Ámbito societario y concursal*, Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 1999.

VILLEGAS, CARLOS, *Derecho de las sociedades comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

VÍTOLO, DANIEL ROQUE, “La sindicatura como órgano de control”, R.D.C.O., año 13, 1980.

VÍTOLO, DANIEL y NISSEN, RICARDO, “La intervención judicial de las sociedades comerciales. Su regulación a través de normas de fondo y de forma”, ED 95-769.

VIVANTE, CÉSARE, *Trattato di diritto commerciale*, Vallardi, Milán, 1932.

VON TUHR, ANDREAS, *Derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1946.

WACH, ADOLF, *La pretensión de declaración de certeza*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1962.

– *Manual de derecho procesal civil*, E.J.E.A., traducción de SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, Buenos Aires, 1964,.

WETZLER MALBRÁN, RICARDO “Algunas reflexiones sobre el arbitraje societario –a propósito de la RG (IGJ) 4/10”, DSyC, n° 167, octubre 2001.

WILLIAMS, JORGE, “La impugnación de decisiones asamblearias nulas y el artículo 251 de la ley 19.550”, LL 1983-C, p. 1047

- WILSON RAE, VICTORIA, “Aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones”, en *Revista Argentina de Derecho Empresario de la Universidad Austral*, Buenos Aires, n° 1, año 2005.
- ZALDIVAR, ENRIQUE, “Arbitraje” LL 1997-D , 1049.
- ZALDIVAR ENRIQUE, RAGAZZI GUILLERMO, MANÓVIL RAFAEL, SAN MILLÁN CARLOS y ROVIRA ALFREDO, *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
- ZAMENFELD, VICTOR, “Atribuciones del Síndico”, en *Revista la Información*, t. XXXIII, n° 555, Cangallo, Buenos Aires, 1976.
- “El art. 38 del decreto delegado 677/01, aplicación y alcances” –VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario, 2001.
- “Sobre la exoneración de la responsabilidad individual del director en la sociedad anónima”, en *Revista La Información*, año LX, n° 711, t. LIX, marzo 1989.
- ZANONI, EDUARDO, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Código de comercio y leyes complementarias*, Depalma, Buenos Aires, 1967.
- ZUNINO JORGE, *Disolución y liquidación*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- *Régimen de sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2008.