

LA ACCIÓN PREVENTIVA: ¿UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA AL CONFLICTO SOCIETARIO?

Por Rodrigo Cuervo¹

Resumen: La acción preventiva del artículo 1711 del CCCN es una herramienta capaz de descomprimir el conflicto estructural que se da entre socios mayoritarios y minoritarios de las sociedades cerradas, permitiendo al juez ordenar medidas saneadoras del abuso de las mayorías o de las minorías e, inclusive, disponer la separación de uno o más socios por diversos mecanismos.

Palabras claves: conflicto societario, abuso de la mayoría, prevención del daño, acción preventiva, salida del minoritario, derecho de receso, *buy-out*.

Sumario: 1. El problema del conflicto societario estructural. 2. Breve referencia al estado del problema en el derecho argentino y comparado. 3. La posible solución aportada por el Código Civil y Comercial de la Nación: la acción de prevención. 3.1. Fundamento e importancia en materia de conflictos societarios. 3.2. Aplicación de las normas de prevención del daño al régimen societario. 3.3. Deber de prevención en materia societaria. 3.3.1. Sujetos activos. 3.3.2. Sujetos pasivos. 3.4. Acción de responsabilidad preventiva. Acción social e individual. 3.5. Soluciones de la acción preventiva. El Art. 1713 CCCN como base legal de las *injunctio* argentinas. 3.6. Breve referencia a posibles criterios de procedencia de la acción preventiva en materia societaria. Aportes del derecho anglosajón. 3.6.1. Criterios generales. 3.6.2. Criterios referidos a los presupuestos de la acción preventiva. 3.6.2.1. Autoría y antijuridicidad 3.6.2.2. Daño. 3.6.2.3. Relación de causalidad. 4. Consideraciones finales.

1. El problema del conflicto societario estructural

El presente trabajo intentará abordar brevemente la vieja problemática de los conflictos societarios² en las sociedades cerradas, desde nuevas perspectivas que puede brindar el CCCN y en la

¹ Miembro de la Secretaria Mendoza del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

² Es obligatorio referir al clásico concepto de Carlos Suárez Anzorena, quien explica que “existe conflicto societario toda vez que entre la persona jurídica sociedad y otra u otras personas sujetas a su particularizado orden jurídico, se da un esto de litigio originado por la promoción en sede judicial de una acción social que, previo trámite sumario, se resolverá con aplicación prioritaria de dicho orden jurídico y, en caso de ser acogida, motivará una decisión extrasocial que lo modifica y, por lo tanto, con efectos directos e inmediatos respecto de todos quienes se encuentran sujetos al mismo, hayan o no participado del litigio”. SUÁREZ ANZORENA, Carlos, “La noción de ‘conflicto societario’”, en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y V Congreso de Derecho Societario, Derecho Societario y de la Empresa*, Advocatus, Córdoba, 1992, t. II, p. 279 y sgtes. En cuanto a sus notas

espera de poder colaborar con potenciales soluciones a la realidad negocial. Los problemas de mayorías y minorías en las sociedades cerradas han sido profusamente tratados por nuestra doctrina y jurisprudencia y es reconocido como uno de los problemas más graves y de difícil solución del derecho societario.

La realidad demuestra con una frecuencia lamentable que, por diversas causas³, el grupo de control abusa del principio de gobierno mayoritario, desviando el interés social en beneficio propio y a costa de los socios de menor participación⁴, quienes carecen de un mercado secundario que les permita salir del negocio y recuperar su inversión. Así, mediante conductas dirigidas a despatrimonializar la sociedad, a asfixiar financieramente a la minoría, o privarla de sus derechos políticos y/o económicos⁵, la mayoría margina al minoritario de la vida societaria, con la frecuente intención de forzar su expulsión mediante adquisición de sus participaciones por un valor muy inferior al real (*freeze-out* o *squeeze-out*)⁶.

Como contrapartida, el socio minoritario se ve empujado a acudir reiteradamente a la justicia con el fin de obtener medidas concretas para intentar aminorar o prevenir su daño, muchas veces, obstaculizando la vida societaria con el objeto de forzar al grupo de control a la compra de sus

características, particularmente en sociedades de familia: FAVIER DUBOIS, Eduardo (h) y SPAGNOLO, Lucía, “El conflicto Societario – Familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución, disponible en www.favierduboisspagnolo.com; BRANDAM, Maria Gabriela y SANDRO, Candelaria, “Abordaje interdisciplinario de los conflictos en las relaciones familiares en la empresa” y FOURCADE, María Viviana, “Análisis sistémico del conflicto en la empresa familiar”, ambos en *La Empresa Familiar*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 37 y 64 respectivamente.

³ Para un análisis detallado y sistemático de las causas del conflicto societario en sociedades cerradas: NISSEN, Augusto, “El Conflicto Societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución”, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ad Hoc, Buenos Aires, N° 11 - julio/agosto - 2001, p. 15 y sgtes; VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, “La protección de las minorías societarias frente a la opresión”, Thomson Civitas, Arazandi, Navarra, 2007, p.44 y sgtes, este último libro, de fundamental consulta en este trabajo.

⁴ En el amplio abanico de medidas, son de moneda corriente la exclusión de los órganos de administración y control con la consiguiente pérdida de remuneración, el despido del minoritario como empleado (o de alguno de sus familiares), la fijación de honorarios exorbitantes de los administradores, realización de operaciones y gastos no documentados, retención de dividendos en diversas formas, balances inexactos, despatrimonialización por venta o cesión de activos, trasvasamiento de los negocios, licuación de la posición por aumentos de capital, reorganización triangular, impedimento de ejercicio de derechos de información y voto, sumado a un largo etc.

⁵ Esta categorización de conductas es tomada de VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p.32 y sgtes.

⁶ Los términos “*freeze-out*” o “*squeeze-out*” fueron acuñados desde antiguo por la práctica forense norteamericana, implicando el primero de ellos una actitud de marginación o “congelamiento” del minoritario y, el segundo, una forma más agresiva de presión o “asfixia” para lograr forzar su salida; por tratarse de prácticas similares con efectos análogos, son términos utilizados frecuentemente como sinónimos. Cfr. O’NEIL, “*Squeeze-Outs o minority shareholders: expulsion or oppression of business associates*”, Callaghan & Co., Chicago, 1975; “*Freezing out Minority Shareholders*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 74, No. 8 (June, 1961), p. 1630-1647, ambos citados por GARBER, Carlos A., “El cesarismo de las mayorías en las sociedades anónimas ‘cerradas’ norteamericanas”, en *Temas de Derecho Comercial N° 1, Conflictos Societarios*, Ábaco, Buenos Aires, 1983, p. 42 y 44.

participaciones. Sin embargo, las acciones de nulidad, remoción, responsabilidad, las medidas cautelares y demás herramientas legales con las cuales cuenta el socio agraviado, están destinadas a resolver *conflictos concretos* o *coyunturales* de la vida societaria, pero no son idóneas para dar solución a la *relación conflictiva* o *conflicto estructural y permanente* que suele generarse⁷. Más aún, este tipo de medidas no solamente no solucionan la relación conflictiva estructural, sino que normalmente exacerbaban las diferencias y generan cruzadas vengativas del grupo de control, resultando en batallas judiciales de réplica periódica que escalan el conflicto y quitan incentivos para tomar decisiones económicamente correctas para la sociedad y el conjunto de socios⁸.

Al igual que ocurre en la institución matrimonial, cuando las relaciones societarias han devenido en estructuralmente conflictivas y la *affectio* ha desaparecido por completo, la paz y sustentabilidad de la empresa no encuentra otra solución efectiva que el divorcio de los socios; lamentablemente, es el propio conflicto el que impide que el la separación sea consensuada.

Ahora bien, es sabido que a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, ante falta de mecanismos estatutarios o acuerdo de los socios para dar fin al conflicto crónico y estructural, nuestro derecho se ha mostrado totalmente ineficaz a la hora de permitir la salida de un socio o brindar respuestas efectivas. Justamente, de acuerdo al modo limitado en que está reglado el derecho de receso (arts. 160 y 245 LGS) y los mecanismos de resolución parcial y exclusión (arts. 89 y 91 LGS), no existe en nuestra ley soluciones que permitan el apartamiento del minoritario ante las prácticas abusivas de la mayoría, situación que se muestra aún más grave en la Sociedad Anónima⁹.

Así las cosas, cuando el conflicto societario asume una naturaleza estructural y permanente, la ausencia de herramientas de salida en nuestro sistema legal conlleva, además de una gravísima afectación de los derechos constitucionales del minoritario¹⁰, que el conflicto aparezca como

⁷ Sobre esta fundamental clasificación, Alfaro Águila-Real diferencia entre “conflictos concretos” y “relación conflictiva”, mientras que Vázquez Lépinette distingue iguales fenómenos entre “conflictos coyunturales” y “conflictos estructurales o permanentes”: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús; “Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, N° 222 (octubre-diciembre, 1996), p. 1080; VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p. 51, con cita a SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital”, Madrid, 200, p. 196 y sgtes.

⁸ Cfr. ALFARO, ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit., cita al pie N° 3, p. 1080.

⁹ En tanto a que la prevalencia del capital por sobre el elemento personal define un sistema que, al no prever legalmente la herramienta de la exclusión (art. 91 LGS), termina por blindar a los socios dentro de una dinámica decisoria que facilita de por sí el abuso mayoritario y agrava el daño de la minoría.

¹⁰ La enorme fuerza de cohesión del contrato de sociedad deriva principalmente de su naturaleza plurilateral funcional, por la cual, a falta de previsión de causales de resolución parcial (art. 89 LGS) el contrato las vincula en forma interdependiente al fin común que le sirve de causa, por todo el plazo comprometido y más allá del

insoluble y, por lo tanto, esencialmente injusto. En este contexto, la relación conflictiva no sólo genera gravísimos daños a la minoría, sino habitualmente también a la propia sociedad, en cuanto obstaculiza la toma de decisiones, rompe la dinámica operativa de la empresa y reciente las relaciones con clientes, proveedores y entidades financieras, conllevando no pocas veces a su concurso o quiebra.

Más aún, dado que el fenómeno de la sociedad cerrada es en la enorme generalidad de los casos el vehículo jurídico de la empresa familiar o de amigos, el conflicto societario descrito acarrea normalmente no solo la destrucción empresarial, sino también la ruptura definitiva de los vínculos familiares y afectivos de sus socios, con su consecuente padecimiento psicológico y emocional, muchas veces irreversible y más grave que el daño económico.

2. Breve referencia al estado del problema en el derecho argentino y comparado

Ante la situación expuesta, la doctrina nacional ha propugnado desde hace tiempo la implementación y profundización de las vías alternativas de solución de conflictos¹¹ y la regulación de mecanismos que permitan dar solución estructural al conflicto, ya sea mediante la diferenciación de las sociedades anónimas abiertas y cerradas, la ampliación de los supuestos de intervención societaria o la superación de los criterios restrictivos de la jurisprudencia en su interpretación, así como la ampliación de los supuestos de disolución, de exclusión o del derecho de receso¹².

incumplimiento del contrato en el que pudieran incurrir las otras partes (argumento de los arts. 16 LGS y 1443 CCCN). Sin embargo, tal y como terminó interpretando la jurisprudencia anglosajona y parte de la europea –según será expuesto adelante- pretender mantener la fuerza vinculante del contrato de sociedad cuando concurren causas que hacen que irrazonable para el minoritario continuar la relación, afectan su derecho de libertad, de propiedad privada, igualdad y a ejercer industria lícita. Por su parte, la mencionada característica no es esencial en este tipo de contratos, ya que existen en nuestro derecho contratos plurilaterales, personificantes y de actividad empresaria que confieren amplia salida a los socios, sin perder por ello su naturaleza, tal y como es el caso de las sociedades cooperativas. Sobre los principios jurídicos y económicos que imponen la necesidad de dar salida al socio en condiciones justificadas, es forzosa la lectura de ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit., p. 1082 y sgtes.

¹¹ Ante la falta de respuestas estructurales del ordenamiento argentino, la doctrina ha remarcado la necesidad de que las partes las arbitren por sus medios, sea en forma preventiva o posterior al conflicto, el avocamiento a la mediación y el arbitraje en materia societaria. Cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La Prevención, la administración y la solución de los conflictos societarios. Panorama actual, instrumentos y propuestas”, *La Ley*, Tomo 2010-E, Ejemplar del 23-8-10, pág.1 y sgtes; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “El arbitraje en la dinámica de los conflictos societarios”, en *El Derecho, Jurisprudencia General*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005, t. 213, p. 899 y sgtes. Asimismo, la resolución alternativa de conflictos fue enfatizada en el Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de 2005. Cfr. CRACOGNA, Dante, “Los conflictos societarios y su solución en el Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de 2015”, en *Estudios de Derecho Comercial Moderno, en homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 387 y sgtes.

¹² MUGUILLO, Roberto A. y otros, “Disolución de la Sociedad que no distribuye utilidades”, GULMINELLI, Ricardo L., “Propuesta de *lege ferenda* al art. 70 L.S. para la protección de las minorías” y BOUGAIN, Fernando E., “Los accionistas minoritarios en las operaciones de reestructuración de empresas”, todos ellos en *VI Congreso Argentino*

Sin embargo, pese a tales reclamos, la sanción de la Ley 26.994 dispuso la modificación de una veintena de artículos en la hoy Ley General Sociedades, pero lamentablemente perdió la inmejorable oportunidad de incorporar esta necesaria regulación que pedía a gritos la realidad negocial.

Ahora bien, como contracara, es fundamental a los fines de este trabajo ver la evolución que en el tema han tenido algunos ordenamientos del continente europeo y, particularmente, el derecho anglosajón. Efectivamente, dado que estos regímenes han partido originalmente de estructuras normativas similares a las nuestras, ellos no han sido ajenos al problema descripto, pese a lo cual han ido encontrando por vía jurisprudencial y legislativa soluciones al conflicto estructural, sea mediante la ampliación y flexibilización de las *relationship preserving norms*, como también mediante la creación de diversas *end game norms*¹³. En una apretada síntesis, puede marcarse en el derecho comparado un doble camino de solución: las el derecho de receso por justos motivos del ordenamiento alemán y suizo, y los *equitable remedies* anglosajones.

En primer lugar, en cuanto a las soluciones del derecho europeo continental, la evolución doctrinaria y jurisprudencial alemana fue consolidando el *austrittrecht*, es decir, el derecho de receso al minoritario cuando concurren circunstancias que hagan inexigible su permanencia en la sociedad. En este sentido, se ha entendido que el derecho de separación es parte esencial del derecho societario pese a no estar previsto estatutaria o legalmente, en cuanto es reflejo de un principio “cuasiconstitucional” imperativo del derecho privado de denunciabilidad de las relaciones duraderas, consecuencia de que nadie puede estar obligado a vincularse eternamente cuando existan razones serias para no hacerlo¹⁴.

de Derecho Societario II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 95, 343, 359 y sgtes., respectivamente; NISSEN, Augusto, op. cit., p. 43 y sgtes.; TON, Walter, “Se debe regular la desvinculación del socio minoritario de la sociedad cerrada”, disponible en www.estudioton.com.ar. Antes de la reforma de la ley 22.903, SANDLER, Max, “Derecho de receso por aumento de capital y los conflictos societarios”, en *Revista del Notariado*, Colegio de escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1986, N° 789, p.735. En el derecho español, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit; VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit; MEGÍAS LÓPEZ, Javier, “Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (2014); GADEA SOLER, Enrique, “La separación de los socios en las sociedades mercantiles: el caso particular de las fusiones heterogéneas”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 3, Época I, Septiembre-diciembre 2013.

¹³ “*Relationship preserving norms*” son normas encaminadas a resolver un conflicto concreto, partiendo del presupuesto en que vale la pena conservar la relación societaria. Por el otro lado, las “*end game norms*” son aquellas que apuntan a deshacer una relación conflictiva en la cual el conflicto ha devenido en estructural. Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit, p. 51.

¹⁴ ALFARO, ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit., p. 1108 y 1114. Explica este autor que “si, por un error del legislador o por un diseño defectuoso de sus relaciones por los particulares, éstos no tuvieran a su disposición un instrumento

En esta misma línea, el derecho suizo ha incorporado legislativamente el derecho de receso en el art. 822 C) 2) del Código Suizo de las Obligaciones, facultando a cualquier socio a requerir al juez su salida de la sociedad o la disolución de la misma existiendo justa causa. Asimismo, resulta plausible la regulación de los artículos 340 y 642 del *Code des Sociétés*¹⁵ belga, que siguiendo la estructura normativa típicamente continental ha brindado al minoritario la facultad de requerir al juez el *buy-out* de sus participaciones a los mayoritarios, clásico remedio anglosajón¹⁶.

En segundo lugar, el fenómeno observado en el derecho anglosajón muestra ante estas situaciones complejas y diversas, soluciones mucho más ricas que descansan en el criterio del juez para arbitrar los remedios más adecuados a cada caso.

En particular, en relación al derecho norteamericano, un panorama apretado muestra que originalmente la doctrina y jurisprudencia¹⁷ apeló al pragmatismo y la analogía para conferir al socio minoritario bajo *oppression* –a falta de previsión legal y estatutaria- la facultad de requerir judicialmente la disolución cuando se probaba que el grupo mayoritario había actuado en contra a su deber fiduciario o se los privaban de las razonables expectativas que tiene como socio¹⁸.

En una evolución casi simultánea, atendiendo a que el remedio de la disolución resultaba muchas veces peor que el problema del conflicto, los tribunales comenzaron a optar por soluciones menos drásticas y económicamente más eficientes, ampliando simultáneamente los supuestos de *oppression* que hacían aplicables estos mecanismos. Así, fueron instalando progresivamente un variado abanico de *equitable remedies*, principalmente por la vía de las *injunctions*, consistentes en

razonablemente efectivo para lograr la desvinculación, el error debe corregirse integrando con alguna salida la regulación legal o declarando nula por contraria al orden público la regulación contractual correspondiente”. Cfr. Sentencia Tribunal Supremo Alemán del 16/12/1991, publicada en *Wochenschrift*, 1992, p.892 y sgtes., citada por VAZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. p. 57. Manifiesta este último autor que en el derecho alemán se ha considerado “justa causa” el que la sociedad hiciera préstamos a bajo interés al mayoritario, o que -combinado con otras maniobras- se destinaran sistemáticamente los beneficios a reservas sin justificación.

¹⁵ Disponible en <http://www.droitbelge.be/codes.asp#soc>.

¹⁶ Explica Vázquez Lépinette que la jurisprudencia belga considera que existe “justa causa” cuando se da un desacuerdo profundo y permanente que impide de hecho cualquier colaboración ulterior entre los socios. No es necesario que proceda de un comportamiento doloso, pero es necesario que sea imputable al socio frente al que se ejercita el derecho de compra forzosa, adelante, en tónica similar a lo que hoy prevé el art. 1713 del CCCN. Cfr. VAZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. p. 58.

¹⁷ En Inglaterra fueron los tribunales de *equity* los que dieron el puntapié y riqueza a estos remedios.

¹⁸ La causal disolutoria se encontraba originalmente acotada a supuestos que no comprendían la *oppression*. Son dignos de resaltar los pioneros casos de Illinois y Pennsylvania, los cuales desde 1933 establecieron la *oppression* como causa disolutoria de la sociedad. Cfr. MATHESON, John H., “A Simple Statutory Solution to Minority Oppression in the Closely-Held Business”, *Minnesota Law Review*, 2007, 657, p. 665, disponible en www.scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/104, publicación en la que puede consultarse un clarísimo panorama de la situación en EEUU, con cuadros comparativos anexos que explican las fuentes normativas, tendencias interpretativas y herramientas disponibles al minoritario.

órdenes de dar, hacer o no hacer impuestas por el juez en forma previsional o definitiva a los fines de solucionar una situación injusta; en este caso, órdenes impuestas a la sociedad, al mayoritario o a terceros, con el objeto de sanear o cortar eficazmente la relación con el minoritario damnificado¹⁹. Así se ha dispuesto por ejemplo, la obligatoria distribución del dividendo²⁰ o, en el más frecuente de los casos, la compra forzosa (*buy-out*) de las participaciones del minoritario por parte del mayoritario²¹.

En particular, la popularidad de esta última solución conllevó su incorporación en más de la mitad de los cuerpos normativos estatales, siendo en una docena de ellos arbitrada por vía de la jurisprudencia. A la fecha, cuarenta de los cincuenta estados norteamericanos prevén un mecanismo de *buy-out* como salida del minoritario²², sea a su propio requerimiento o como opción de la sociedad o de cualquier otro accionista ante el pedido disolutorio del oprimido²³.

¹⁹ Fue recién mediando la década de 1970 en que los estados norteamericanos fueron incorporando progresivamente este principio de la opresión del minoritario como causal disolutoria, consolidado en la jurisprudencia. Asimismo, ya desde aquel momento, las reformas fueron cristalizando otros *remedies* alternativos que los tribunales usualmente aplicaban a los fines de no recurrir a la drástica disolución. Así, el primero de esta tendencia fue New Jersey (1973), seguido por California (1976), Minnesota (1981), North Dakota (1985), Alaska (1988), Oregon (2001) (Cfr. MATHENSON, John H., *ibidem*).

²⁰ El caso paradigmático es el de *Dodge vs. Ford Motor Co.*, de 1919. En la misma, pese al reconocimiento de las intenciones altruistas legítimas de Henry Ford de reinvertir utilidades con objeto de emplear a más trabajadores, la Corte Suprema de Michigan hizo parcialmente lugar al pedido de los minoritarios, los hermanos Dodge, y ordenó a la empresa Ford pagar un dividendo de US\$ 19.275.386. Cfr. *Dodge v. Ford Motor Company*, 170 NW 668 (Mich 1919).

²¹ Explicaba el maestro Thompson en 1988 que “en la última década, los más altos tribunales de apelación de media docena de estados han adoptado el estándar de las expectativas razonables como base para determinar la disolución judicial, la compra de las participaciones de un socio por orden judicial, o cualquier otra medida liberadora que resulte apropiada en una sociedad azotada por el conflicto. (...) Las dos o tres últimas décadas se han producido cambios significativos en la legislación referida a la disolución judicial. En primer lugar, los motivos legales para la disolución judicial ahora son sustancialmente más amplios que lo previstos en normas anteriores y, en comparación con sus antecesores, es más probable que los tribunales estatales actuales interpreten motivos legales para la disolución, de una manera que proporcione desahogo para los accionistas minoritarios. En segundo lugar, la legislación estatal autoriza a los tribunales a conceder más remedios alternativos a la disolución de los que fueron hasta ahora proporcionados por la regulación en la materia, y los tribunales son más propensos a utilizar dichos remedios. De hecho, los tribunales conceden cada vez más remedios alternativos, incluso en ausencia de una autorización legal específica” (THOMPSON, Robert B., “*Corporate Dissolution and Shareholders' Reasonable Expectations*”, Washington University Law Review N° 66 Wash, 1998, p. 194, disponible en www.openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol66/iss2/2.)

²² MATHESON, John H., *op. cit.*, p. 665; la traducción me pertenece).

²³ La *Model Business Corporation Act*, accesible desde la *American Bar Association* en apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000, prevé el *buy-out* del minoritario en su § 14.34, *Election to Purchase in Lieu of Dissolution*, como facultad de evitar la disolución requerida y con un mecanismo que confiere plazos exclusivos de negociación y amplio margen a las facultades del tribunal. Los estados que han previsto el *buy-out* legislativamente son Alabama, Alaska, Arizona, California, Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Maine, Minnesota, Mississippi, Montana, Missouri, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Oregon, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Utah, West Virginia, Wisconsin, Wyoming y en 2014

Quizás uno de los antecedentes pretorianos más renombrados de los EEUU sea el fallo de la Suprema Corte de Oregón, recaído en 1973 en el caso *Baker v. Commercial Body Builders Inc.*²⁴, en el que siguiendo profusa doctrina en la materia, el tribunal reseñó la existencia de al menos diez remedios (*injunctons*) alternativos a la disolución de la sociedad como solución a la opresión del minoritario. Luego de reiteradas por las cortes de Oregón en diversos precedentes²⁵, estas soluciones fueron cristalizadas legislativamente de modo no taxativo en la *Oregon Business Corporation Act*²⁶, reglando los supuestos de *oppression* que habilitan su utilización.

Así, sin perjuicio de toda otra medida legal o *equitable remedie* que el juez pueda disponer, el § 60.952 de la *Oregon Business Corporation Act* lo faculta a decretar las medidas allí previstas en forma conjunta o alternativa. En su primer inciso, se contempla la facultad genérica de ordenar la ejecución, modificación, impedimento o cese de cualquier acción de la sociedad, sus socios, directores, gerentes o cualquier parte interviniente en el proceso ante todo la nulidad de resoluciones. A continuación, prevé un abanico de remedios que incluye –entre otros- ordenar la distribución forzosa de utilidades, la realización de auditorías, intervenciones y remoción de administradores, fijar indemnizaciones, someter el caso a mediación, disponer la compra de las acciones de uno o más accionistas por parte de la sociedad o de uno o más accionistas por el valor que el tribunal fije. Finalmente, para el caso de que el tribunal advirtiera que ninguna de las medidas previstas o cualquier otra a su alcance no sea eficaz para resolver la situación opresiva en la que se encuentra el minoritario, el juez puede disponer la disolución de la sociedad²⁷.

Asimismo, es ilustrativo agregar algunas soluciones que fueron previstas en el caso *Baker* pero no incorporadas expresamente en la enunciación del estatuto societario citado: primero, la aclaración

Louisiana. Cfr. LUCAS, Matthew C., “*Revoking the Irrevocable Buyout*”, Albany Law Review, 2001, Vol. 75, disponible en www.albanylawreview.org/Articles/Vol75_1/75.1.0003%20Lucas.pdf.

²⁴ Oregon Supreme Court, *Baker v. Commercial Body Builders, Inc.*, 507 P.2d 387, 395-396 (Or. 1973). El citado caso sigue la línea del antecedente de dicho tribunal en *Browning v. C & C Plywood Corp.*, 248 Or. 574, 587, 434 P.2d 339 (1967), ambos antecedentes siguiendo principalmente el trabajo de O’Neal ya citado.

²⁵ *Cooke v. Fresh Express Foods Corp.*, 169 Or.App. 101, 108-09, 7 P.3d 717 (2000); *Chiles v. Robertson*, 94 Or.App. 604, 619-20, 767 P.2d 903; on recons. 96 Or.App. 658, 774 P.2d 500, rev. den. 308 Or. 592, 784 P.2d 1099 (1989), antecedentes citados por la Corte de Oregon en *Naito vs. Naito*, 35 p.3d 1068, 1079 (Or. C. App. 2001).

²⁶ Se trata de uno de los ordenamientos legales con soluciones más dúctiles en la materia, el cual ha ampliado generosamente el tratamiento que sobre el tema hace la *Model Business Corporation Act*. La problemática se encuentra regulada de una perspectiva dinámica entre lo procesal y lo sustancial, arbitrando algunas medidas preventivas de carácter transitorio o definitivo que se encuentran previstas con corte cautelar en nuestros ordenamientos societario y procesales. Cfr. *Oregon Business Corporation Act*, § 60.952, *Court proceeding by shareholder in close corporation, subsection (2)*. Disponible en www.oregonlaws.org/ors/60.952

²⁷ Cabe agregar que, a excepción de las demás medidas enunciadas, el ordenamiento de auditorías, indemnización al perjudicado y la disolución no son disponibles por acuerdo de socios (*subsection 3*).

de que la orden de cese de la conducta opresiva puede consistir en la reducción de salarios, bonos o cualquier emolumento que resulte injustificado; segundo, de suma importancia práctica, el tribunal puede ordenar la “reducción y distribución del capital” al afectado, es decir, el receso del minoritario; y tercero, que el tribunal puede ordenar a los mayoritarios vender sus participaciones a los minoritarios en las condiciones que determine, solución que si bien no es frecuente en la jurisprudencia anglosajona, no deja de ser una salida eventualmente útil en algún caso²⁸.

Por su parte, en lo referido a las soluciones brindadas por el derecho inglés, la *Companies Act (2006)*²⁹ establece en su *Section 996*, punto 1, que ante los supuestos de opresión allí previstos, el tribunal puede dictar cualquier resolución que estime conveniente para satisfacer al actor en relación a las cuestiones objeto de la litis. Sin perjuicio de tal amplia facultad, en el punto 2 determina expresamente que -entre otros- el tribunal puede requerir a la compañía que se abstenga de hacer o continuar haciendo un acto denunciado, o que ejecute uno determinado (2.b), puede autorizar al socio a ejercer acciones de la sociedad en nombre e interés de la misma (2.c) y ordenar la compra de las participaciones de cualquier socio por otros socios o por la propia sociedad y, en este caso, “ordenar la correspondiente reducción de capital”.

Por último, es importante remarcar al cierre de este apartado que, de modo similar a lo que se ha señalado en el caso del derecho estadounidense, la solución más optada tradicionalmente por los tribunales ingleses –por aparecer siempre como la más razonable- ha sido el establecimiento de la obligación de compra a la mayoría de las participaciones de la minoría por un precio razonable, solución requerida en el casi 70% de las demandas³⁰.

Ahora bien, en otro orden de ideas, es prudente aclarar que la estructura normativa de las soluciones brindadas por la legislación o jurisprudencia comparada es muy diversa. En cuanto a la hipótesis normativa definitoria del problema, algunos sistemas plantean situaciones generales de contornos difusos que deben ser llenados por el juez, mientras que otros prevén en forma más

²⁸ *Baker v. Commercial Body Builders*, medidas indicadas en los puntos f), g) e i) de la enumeración allí efectuada.

²⁹ Disponible en www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/30

³⁰ Según indica la estadística judicial inglesa en la sección citada, en el período 1994-1995 el 69,9% de las demandas interpuestas, solicitaban ordenar este remedio, el 25% solicitaban ordenar a la sociedad la adopción de determinadas medidas de comportamiento, el 20,5% que los mayoritarios vendieran al minoritario sus participaciones, y el 16,7% que se permitiera el ejercicio de acciones judiciales en nombre y por cuenta de la compañía. Cfr. VÁZQUEZ LÉPPINETTE, op. cit. p. 56. Reiteramos la aclaración formulada por el autor en nota 104, donde explica que la sumatoria de los porcentajes indicados supera el 100%, ya que existen peticiones que se formulan con carácter alternativo y/o acumulativo.

precisa los supuestos que autorizan las vías de solución brindadas³¹; por su parte, tanto en uno como en otro caso, existen ordenamientos que exigen un actuar ilegal o doloso de la mayoría, mientras que otros no lo limitan a tales supuestos. En cuanto a las soluciones previstas en las consecuencias de dichas normas, ya me referí a los sistemas citados: la solución univoca del derecho continental europeo y la diversidad de *remedies* del derecho anglosajón.

Finalmente, volviendo a la situación de nuestro país, entiendo que si bien la reforma del ordenamiento privado resuelta por Ley 26.994 omitió incluir en nuestra ley societaria algunas de las soluciones propuestas por nuestra doctrina y por el derecho extranjero, creo que las mismas han sido satisfactoriamente incorporadas a nuestro ordenamiento por vía del CCCN, de modo en que pueden considerarse comprendidas la totalidad de las soluciones descriptas en la referencia al derecho comparado y, particularmente, al derecho anglosajón.

3. La posible solución aportada por el Código Civil y Comercial de la Nación: la acción de prevención

Según se ha dicho, creo que el CCCN ha previsto en sus artículos 1710 y siguientes un nuevo mecanismo lo sumamente amplio y efectivo para dar solución definitiva al problema del conflicto societario en las sociedades cerradas. Se trata de un mecanismo autónomo que se deriva de la buena fe y la equidad que brinda enormes facultades del juez ante todo abuso del derecho del gobierno mayoritario (art. 10, tercer párrafo, CCCN).

Efectivamente, fundado en expresos motivos económicos, de justicia y de tutela de la persona, con base en el renovado rol que el código confiere al juez, el régimen indicado establece un sistema integral que impone imperativamente un deber general de prevención del daño y una eficaz acción destinada a obtener su cumplimiento, siendo aplicable a los microsistemas jurídicos (art. 1709 CCCN). Según se verá a continuación, entiendo que el sistema previsto es plenamente aplicable a los

³¹ El derecho continental europeo se encuentra en la línea de normas legales o jurisprudenciales cuya hipótesis es amplia. En este sentido, la jurisprudencia alemana refiere a “situaciones que hagan irrazonable exigir al minoritario la permanencia en la sociedad”, mientras que el derecho suizo y belga refieren a la existencia de una “justa causa” para que el socio requiera su receso o salida. Por su parte, el derecho inglés prevé con mayor precisión las situaciones configurativas de *oppression* (*Companies Act, Section 994 (1)*). En el derecho norteamericano existen ambos sistemas: por un lado, se encuentran aquellos estados cuyas leyes o jurisprudencia brindan los mecanismos exigiendo simplemente a que se configure una “*oppression*”, sin referirse a lo que debe entenderse por tal o dando pautas generales orientadoras, todo cuanto debe ser llenado por el juez en el caso concreto; por otro lado, se encuentran los estados que cuentan con regulaciones más modernas sobre esta problemática, los cuales prevén con mayor o menor precisión las hipótesis específicas que configuran la *oppression* tal como es el caso de la normativa del N° 14.30 de la *Model Business Corporation Act* y el dispositivo de Oregon ya citado (cfr. MATHESON, John H., op. cit., p. 662-3). Para un tratamiento sobre las diversas estructuras normativas posibles, cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit., p. 91 y sgtes.

finde de prevenir el daño que sufre el socio minoritario en las sociedades cerradas, facultando al juez a disponer todo tipo de medida conducente a evitar el daño o impedir su agravamiento.

En efecto, los artículos 1710 y siguientes del CCCN estructuran una norma sumamente amplia tanto en sus presupuestos como en sus soluciones, la que en el problema tratado requiere como hipótesis la violación del deber de prevenir el daño al socio minoritario y, como consecuencia normativa, la imposición por parte del juez de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer que sea idónea y eficaz para obtener el cese y la prevención de dicho daño. En esta línea, por las razones que serán expuestas, creo que ante el conflicto societario en sociedades cerradas, el juez tiene hoy la facultad de imponer a la sociedad, a los socios mayoritarios y a los controlantes no socios, las más diversas medidas saneadoras de la situación injusta e, inclusive, ordenar la salida del socio minoritario por diversos mecanismos.

A continuación, intentaré abordar someramente esta hipótesis, partiendo desde los fundamentos de la función preventiva de la responsabilidad y su aplicabilidad al derecho de sociedades, para luego revisar el deber de prevención y la acción preventiva desde la óptica del conflicto societario. Finalmente, buscaré reflexionar sobre algunas notas que pueda presentar la aplicación del instituto en la materia, siguiendo en ello algunos criterios construidos en el derecho extranjero.

3.1. Fundamento e importancia en materia de conflictos societarios

A los fines de comprender los alcances de este mecanismo, es necesario reparar brevemente que el fundamento de la función preventiva de la responsabilidad radica principalmente en que, al evitar la producción o el agravamiento del daño en condiciones razonables, resulta un instrumento no solo más humanista, sino también económicamente más útil y eficiente que la reparación³², convirtiendo a la responsabilidad civil en un régimen mucho más eficaz a la hora de resolver los conflictos de la realidad actual³³. Esta fundamental ventaja ha llevado a concluir que, según las

³² El mensaje de elevación del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 manifestaba expresamente que “la prevención tiene un sentido humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de los daños no solo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico...”.

³³ Desde la perspectiva de la solución de los conflictos que ha inspirado este trabajo, la doctrina sintetiza la nueva regulación en los términos siguientes, plenamente aplicables al problema aquí abordado: “a modo de cierre interesa dejar sentado que el sistema general de responsabilidad civil que diseña el Código contribuye a convertirlo en un instrumento mucho más útil y eficiente para resolver los intrincados conflictos que nos plantea la realidad actual” (GALDÓS, Jorge Mario, Comentario al Artículo 1708 del CCCN, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti*, Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, p. 289). Cfr. LEIVA, Claudio Fabricio, “La función preventiva en el derecho de daños”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006, p. 73 y sgtes.

circunstancias y los bienes involucrados, la prevención del daño puede resultar más importante que la reparación, por lo que todas las funciones de la responsabilidad gozan de igual jerarquía³⁴.

En este sentido, el principio de prevención del daño se presenta como un instrumento de alto valor axiológico que consolida *in natura* el principio constitucional de no dañar a otro consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, aplicable por principio a toda situación jurídica real o personal, contractual o extracontractual, siempre que el derecho a no actuar resulte abusivo en razón de las circunstancias. Como corolario de ello, el CCCN regula la función preventiva como mecanismo fundamental autónomo de la responsabilidad, que procede ante todo supuesto que encuadre en los extremos previstos por el instituto y no como un mecanismo secundario o relegado a situaciones excepcionales.

Más aún, al aplicar la función preventiva al conflicto societario no sólo se tutela el derecho a no ser dañado del minoritario, sino asimismo se salvaguardan por dicha vía sus derechos de propiedad e igualdad y sus libertades de asociación y de ejercicio de industria lícita, equilibrando las deficiencias que a este respecto plantea el actual ordenamiento societario.

Con lo dicho hasta aquí, el fundamento economicista, social y constitucional de la función preventiva debe llevar *a priori* a reconocer su virtualidad impeditiva del daño en el campo de las relaciones societarias, mucho más cuando en las sociedades cerradas de familia –según indica la experiencia- el daño patrimonial resulta inescindible del daño en las personas y vínculos de los socios. Asimismo, la vigencia de la función preventiva tendrá especial valor en el ámbito bajo estudio, no sólo porque la tutela de la persona y bienes del socio minoritario y de sociedad compromete bienes que son sumamente “difíciles de recomponer”, sino también porque la conservación de la empresa protege directamente la competencia en el mercado, indudable bien de incidencia colectiva (art. 43 CN)³⁵.

3.2. Aplicación de las normas de prevención del daño al régimen societario

Cabe preguntarse si la función preventiva de la responsabilidad y -en particular- la acción de prevención, resultan o no aplicables en la especie. Más allá de conclusión favorable que permiten

³⁴ Según expresan los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, “Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego.”

³⁵ “Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente” (Ibidem).

intuir los fundamentos de la función preventiva, la aplicación al régimen societario del mecanismo regulatorio del abuso del derecho de no actuar reglado en el art. 1710 y siguientes del CCCN, surgen normativamente del propio sistema de prelación normativa consagrado en el art. 1709³⁶ del Código, eje del sistema normativo de derecho privado³⁷. Así, el CCCN ha seguido la línea de la pacífica tradición jurídica argentina que ha considerado a la responsabilidad civil plenamente aplicable a los subsistemas normativos en tanto no contraríen sus reglas particulares propias.

Ante todo, debe repararse que el deber legal de prevención resulta de naturaleza indisponible, en tanto encarna el deber constitucional imperativo del *alterum non laedere* e implica un presupuesto imprescindible del deber de buena fe y el ejercicio regular de los derechos, como principios inderogables de orden público³⁸. Atento a ello, siendo las normas comentadas de carácter imperativo y de acuerdo a la disposición del inciso a) del artículo 1709 CCCN, no existe duda de que el deber de la función preventiva de la responsabilidad rige plenamente en materia societaria, junto con todo el sistema de responsabilidad civil y las normas particulares de responsabilidad de dicho subsistema (arts. 54, 254, 274 y sgtes. LGS), en tanto no existe disposición alguna en la Ley 19.550 que excluya o se contraponga a su aplicación.

En este sentido, el profesor Richard ya se ha manifestado de opinión favorable a la aplicación de la acción preventiva de las normas del CCCN en materia societaria y concursal, a los

³⁶ “Art. 1709: En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código”. La doctrina entiende en forma unánime que el sentido correcto del orden de prelación en el inciso a) debe contemplar en primer lugar las normas indisponibles de la ley especial, por sobre las normas indisponibles del CCCN.

³⁷ Los Fundamentos del Anteproyecto, al referirse al Título Preliminar del CCCN, señala la necesidad de integrar el derecho privado a los fines de dar soluciones a los casos que se someten a decisión del juez: “su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema (...) Hay que considerar que, si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que ‘...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno’ (Fallos, 312:957) (...) Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. (...) se trata (...) del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.” (Fundamentos... cit., p. 10 y sgtes.)

³⁸ En relación a la fundamental injerencia del principio de buena fe y ejercicio regular de los derechos en materia de conflicto societario, ALEGRÍA, Héctor, “El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 1997, N° 16, p. 319 y sgtes.

finde imponer a los socios la adopción de medidas necesarias para disminuir el perjuicio a terceros en el caso de la insolvencia³⁹.

3.3. Deber de prevención en materia societaria

Según se adelantó, el núcleo de la cuestión radica en el deber de prevención, su naturaleza y sujetos obligados, en tanto su violación constituye la hipótesis normativa de la acción preventiva y de sus mecanismos para hacer efectivo su cumplimiento. En este sentido, el art. 1710 del CCCN⁴⁰ impone correlativamente el derecho y el deber *erga omnes* de prevención⁴¹, la cual opera en todo el ámbito de las situaciones reales y personales.

El deber general de prevención consagrado expresamente en la norma legal comprende, ante todo, la obligación de *evitar* causar un daño y/o evitar su agravamiento mediante la acción u omisión necesaria para ello; asimismo, este deber implica también la obligación de *mitigar* o disminuir un daño ya causado. Por su parte, el daño que debe ser prevenido es aquel que pueda ser causado por el agente, la víctima o un tercero y comprende tanto la dimensión cuantitativa del daño, como su extensión temporal, siendo plena y especialmente aplicable a los daños continuados y periódicos, de particular relevancia en materia de conflictos societarios, con natural vocación a lo permanente⁴².

Ahora bien, el sujeto pasivo de este deber general es “toda persona, en cuanto de ella dependa” razonablemente evitar o mitigar un daño, motivo por el cual la norma le impone la obligación positiva de “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables” para lograrlo. Según explica la doctrina, el sujeto pasivo resulta tanto el propio autor del potencial daño, quien tiene total dominio del hecho, como el tercero en cuanto esté a su alcance hacerlo⁴³. En este sentido, será sujeto obligado a observar el deber aquí establecido toda persona que tenga en su

³⁹ RICHARD, Efraín Hugo, “El Abuso de Derecho y Fraude a La Ley en Materia Comercial y los Principios Generales del nuevo Código Civil y Comercial”, en *Estudios de Derecho Empresario*, Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial y de la Navegación Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 137-151.

⁴⁰ “Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo.”

⁴¹ Cfr. SÁENZ, Luis, “Análisis del artículo 1710”, en *Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado, Comentado y Comparado, Dirigido por Carlos Calvo Costa*, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2015, p. 688.

⁴² V. gr., la privación del derecho de información, la ejecución de resoluciones asamblearias nulas, la no distribución de dividendos, el mantenimiento del socio en su condición de trabajador despedido, etc.

⁴³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Comentario al artículo 1710 en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dirigido por Julio Cesar Rivera y Graciela Medina*, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2014, p. 996.

esfera de control la posibilidad de prevenir un daño⁴⁴, sea por tratarse del autor del hecho que presumiblemente causará el daño, como por tener la posibilidad razonable de adoptar las medidas tendientes a evitarlo, de acuerdo a las circunstancias y la buena fe y el ejercicio regular del derecho de omisión.

3.3.1. Sujetos pasivos

Así, en cuanto a los sujetos pasivos de este deber general autónomo “de quienes dependa” la evitación del daño en el conflicto societario, se pueden mencionar los siguientes:

a) Ante todo, los socios mayoritarios, en tanto no hay dudas que se encuentra en su esfera de control la prevención de los daños que pueda previsiblemente causar a la sociedad y a los socios minoritarios. Lógicamente, de acuerdo a los fundamentos del instituto, la letra y la finalidad del texto legal, la prevención del socio mayoritario no sólo comprenderá los actos formales en el seno de los diversos órganos, sino también toda instrucción o gestión que directa o indirectamente incida en la vida societaria, cuando su incidencia causal según las circunstancias de hecho hagan razonable imponerle la obligación de adoptar las medidas razonables de prevención⁴⁵.

b) Luego, entiendo que el deber del art. 1710 del CCCN y la consecuente acción de prevención serán asimismo exigibles a aquellos socios que, sin ser parte del grupo de control, no hayan adoptado en el caso las medidas que según las circunstancias estaban a su alcance a los fines de evitar o aminorar el daño que previsiblemente sufriría un socio o grupo de socios minoritarios, por ejemplo, absteniéndose de votar en una resolución asamblearia determinante. Así, al minoritario que por momentos actúa como “cómplice”, le cabe idéntico deber de prevención y lo hace pasible de las

⁴⁴ “Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o de no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa” (Mensaje de elevación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación).

⁴⁵ En relación a esto último, explica Vázquez Lépinette al tratar de los sujetos pasivos del *buy-out* según la norma que propone en su obra, que “al tratarse de sociedades cerradas, generalmente no se da una separación entre propiedad y control, como se indica en el ya citado caso *Naito v. Naito* (...) Por lo tanto, pese a que las decisiones de la junta general son decisiones de la sociedad y que las consecuencias que se derivan de las mismas no son imputables directamente a los socios, en virtud del principio llamado de *‘respondeat superior’* entendemos que el socio de control debe responder cuando viola sus deberes legales de fidelidad (la *‘affectio societatis’*) para con el minoritario, bien votando en un determinado sentido, bien instruyendo a los administradores para que adopten determinados comportamientos en perjuicio del minoritario” (VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. 115 y 116).

acciones del art. 1711, aunque con los alcances impuestos por las circunstancias y la buena fe según sus posibilidades de actuación (conforme argumento del art. 254 LGS)⁴⁶.

c) Por su parte, si bien escapa ligeramente al tema del conflicto intrasocietario, tampoco hay reparo alguno en extender idéntico deber de previsión y sus consecuencias, a las personas humanas o jurídicas controlantes no socias e, inclusive, a sus respectivos socios mayoritarios (art. 33 inc. 2, segunda parte, LGS), en tanto de todos ellos depende evitar el daño de los socios mediante conductas razonables.

Como se ve, en relación a los sujetos hasta aquí mencionados, no solo no existe norma societaria que contravenga las conclusiones mencionadas sino que -muy por el contrario- las citadas disposiciones del régimen general resultan llamativamente compatibles con el régimen de control societario y responsabilidad fijados por el microsistema de la Ley 19.550, en sus artículos 33, 54, 248, 254, 272 y concordantes⁴⁷.

d) Por su parte, atento a que el propio minoritario damnificado pesa con la misma obligación de prevenir su propio daño (art. 1710, primera parte, CCCN) el mismo no podrá luego valerse de los remedios de la acción preventiva cuando no haya tomado las medidas que razonablemente se encontraban a su alcance, conclusión que se corresponde al fundamento de los artículos 275, 276 y 279 de la LGS, y al principio de la buena fe, los actos propios y la proscripción del abuso del derecho (arts. 9 y 10 CCCN)⁴⁸.

e) Independientemente de su rol en el órgano de administración, el deber de prevención le es exigible a los directores y gerentes a título personal, en tanto al ser garantes de la legalidad de los actos de gestión y de las resoluciones asamblearias⁴⁹, no hay dudas de que la evitación de los daños se encuentra en su esfera de control (art. 59, 251, 274 y cctes. LGS)⁵⁰.

⁴⁶ Según como ha receptado de la doctrina el artículo 170, inciso b. del CCCN, el deber de prevención comprende la evitación del daño que previsiblemente causará un tercero. Cfr. PARELLADA, Carlos A., *Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)* en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2003-2, *Relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 103. Por lo demás, es la solución que respeta los fines de la norma, ya que debería conllevar que el minoritario se movilice a evitar los daños que otro minoritario pudiera sufrir de las conductas en las que se abstiene de intervenir.

⁴⁷ Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad por abuso del control societario. Acciones sociales y concursales", en *La actuación societaria*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 375 y sgtes.

⁴⁸ Es el argumento que respalda las normas del artículo 77 de la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías y, en el derecho extranjero, el Código Civil Italiano (art. 1227), las reglas Unidroit (art. 7.4.8) y los Principios del derecho europeo de los contratos (art. 9:505).

⁴⁹ HALPERÍN, Isaac, "Sociedades anónimas", Depalma, Buenos Aires, 2da. Edición, 1975, p. 651; NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, t. 4, p. 137.

⁵⁰ En igual sentido, al referirse a la obligación de compra forzosa de las participaciones sociales del minoritario, VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. 114.

f) Así también, cabe preguntarse si la propia sociedad puede ser considerada como un sujeto distinto a los administradores y/o controlantes, “de quien dependa” la evitación de los daños que sus actos puedan causar al minoritario. En principio, entiendo que la respuesta se impone afirmativamente en razón del principio organicista⁵¹ (argumento de los arts. 251 y cctes. LGS). Sin embargo, atento a la extensión y riqueza de la acción preventiva, la extensión de algunos efectos de la sentencia a la sociedad probablemente dependerá de cada supuesto de hecho, de la pretensión del actor, de la composición accionaria de los grupos minoritarios y de control y de la naturaleza de las obligaciones que fije la misma según la prudencia del juez⁵².

g) Por último, si bien no será lo más frecuente, el deber de prevención y la posterior acción preventiva cobrará relevancia cuando recaiga sobre terceros beneficiarios de las conductas opresivas de la mayoría, quienes según las circunstancias pueden tener bajo su esfera de control la posibilidad de no perjudicar al minoritario⁵³.

Finalmente, en otro orden de ideas, cabe poner de resalto que los alcances del deber de prevención de los sujetos obligados en los conflictos societarios, deberá medirse por el parámetro del art. 1725 del CCCN⁵⁴; a mayor dimensión del poder mayoritario, a mayor escala de conflicto y a mayor conocimiento y experiencia en el negocio por parte de los socios, más exigente será el parámetro de conducta exigible a las partes involucradas.

3.3.2. Sujetos activos

Ahora bien, el CCCN determina asimismo que los sujetos activos del derecho de prevención y la acción preventiva es todo el que “acredite un interés razonable en la prevención del daño” (art.

⁵¹ En igual sentido, VÁZQUEZ LÉPINETTE, *ibidem*.

⁵² Como es el caso de la compra forzosa de las acciones del minoritario que en algún caso pueda imponerse a la sociedad, según se verá más abajo. Por su parte, en el caso de disponerse en la sentencia el receso del minoritario, no cabrá dudas que dicha orden será impuesta a la sociedad, sin perjuicio de serlo también a los socios.

⁵³ Es el caso de una tercera sociedad que se encuentre dentro del mismo grupo, según reclamaba Nissen en el trabajo citado (NISSEN, Ricardo, “El conflicto societario en...”, cit., p. 44). Si bien en la generalidad de los casos se subsumirá en un supuesto de control por especiales vínculos, podría darse el caso en que este supuesto fuera útil, según entiende Vázquez Lépinette citando el antecedente británico “*Little Olympian Each Ways Ltd. (N° 3)*”, en el que la opresión consistió en la venta a precio vil de activos sociales a favor de una sociedad que estaba conformada íntegramente por los miembros del grupo de control de la enajenante. El tribunal dictó en cabeza de la sociedad beneficiaria de la venta de activos infravalorados una orden de compra forzosa de la participación del minoritario. Como se ve, dicha sociedad no es controlante de la vendedora, y puede resultar útil al juez -según las circunstancias- imponer la compra a la sociedad compradora y no a sus socios (grupo de control de la vendedora), por ejemplo, atendiendo a un eventual estado de iliquidez en el que pudiera encontrarse alguno de ellos y con el fin de no diluir su posición, imponiéndole una adquisición que no pueda afrontar (Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *ibidem*).

⁵⁴ GALDÓS, Jorge Mario, op. cit., t. VIII, p. 311; SÁENZ, Luis, op. cit., p. 999.

1712 CCCN). En materia societaria, y más allá de lo referente puntualmente al conflicto societario en las sociedades cerradas⁵⁵, creo que pueden mencionarse como sujetos activos los siguientes:

a) El socio minoritario de las sociedades cerradas, cualquiera sea su participación⁵⁶.

b) También podrán serlo el o los socios mayoritarios de sociedades cerradas, frente a determinados actos del minoritario encuadrables en lo que la doctrina comprende como de “abuso de las minorías”⁵⁷.

c) En tercer lugar, también resulta forzoso considerar a la propia sociedad como titular de este derecho preventivo, tanto ante sus administradores, socios e -inclusive- ante el controlante externo (art. 33, inciso 2, LGS), en tanto es indudable su razonable interés en la prevención del daño que puedan causarle (argumento de los arts. 54, 254, 274 y cctes. de la LGS).

d) Finalmente, serán legitimarios de la acción los terceros -sea la sociedad abierta o cerrada- en cuanto sean pasibles de potenciales daños que pudieran causarle la sociedad o los socios controlantes, según explica Richard en el artículo ya citado⁵⁸.

Así configurada la situación preventiva, los involucrados en el conflicto societario no sólo no podrán actuar en contra de la ley, el estatuto y el reglamento, sino que tampoco podrán hacerlo en contra de las acciones u omisiones que le sean razonablemente exigibles según las circunstancias y la buena fe, a los efectos de evitar o mitigar el daño de la sociedad y de los socios minoritarios. Si bien esta obligación existía con anterioridad al 1 de Agosto de 2015 como derivada del deber de no dañar (art. 19 CN), de la buena fe y el abuso del derecho, en el CCCN su infracción podrá desatar una consecuencia inédita: la acción de prevención.

⁵⁵ Debido a los alcances definidos en el abordaje del problema, limitaré el análisis de los sujetos activos a los socios de las sociedades cerradas. Sin embargo, creo que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Si bien es cierto que en las sociedades abiertas el régimen de los arts. 166 y sgtes de la LGS funciona en forma idónea y que el mecanismo del mercado y su régimen específico de transparencia (Decreto 677/2001 y cctes.) dan por tierra con los principales elementos que configuran la opresión del minoritario y justifican la aplicación de la acción preventiva, tampoco parece conveniente privar al juez de esta eficaz herramienta que pueda complementar las soluciones de dicho régimen ante la infinidad de maniobras posibles -siempre que no se contraponga a disposiciones específicas de su microsistema- o cuanto las acciones no tengan cotización regular. Cfr. *Model Business Corporation Act (2006)*, § 14.34.

⁵⁶ VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p. 89. Es la única conclusión lógica para tutelar los derechos del minoritario, derivada del derecho a no ser dañado y capaz de encuadrar en el marco constitucional del derecho de propiedad e igualdad. Por su parte, en concordancia con lo dicho, nuestro ordenamiento societario no exige minorías calificadas para las impugnaciones de las resoluciones sociales, el ejercicio de la acción individual de responsabilidad o el ejercicio del derecho de receso, entre otros mecanismos de defensa de su posición.

⁵⁷ Cfr. ALEGRÍA, Héctor, op. cit. Lógicamente, la acción preventiva en tal caso no podrá implicar privar a los minoritarios de su legítimo derecho de acceder a los tribunales.

⁵⁸ RICHARD, Efraín Hugo, op. cit.

3.4. Acción de responsabilidad preventiva. Acción social e individual

En cuanto a la procedencia de la acción del art. 1711 del CCCN⁵⁹ debe decirse en una apretada síntesis, que “la omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir”⁶⁰.

Ante todo -y esto es fundamental- según las consideraciones efectuadas por la Comisión Redactora y de acuerdo el entendimiento unánime de la doctrina⁶¹, la “acción preventiva” ha sido concebida con nombre propio y como un instrumento sustantivo⁶² de tutela inhibitoria autónomo, cuyos presupuestos se configuran con notas particularísimas ante la omisión del deber de prevención, de carácter también autónomo. En este sentido, atento a la distinta naturaleza, función, presupuestos y legitimados que tiene esta acción, no deberán requerirse recaudos propios de la acción indemnizatoria, ni tampoco subordinarla a la interposición de otra acción, tal como la de inoponibilidad de la personalidad jurídica⁶³ o -en principio- la de nulidad asamblearia⁶⁴.

⁵⁹ “Art. 1711: la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

⁶⁰ Comisión Redactora; Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 218.

⁶¹ SÁENZ, Luis, *op. cit.*, T. II, pág. 688.

⁶² Sin perjuicio de que puede también funcionar en el ámbito cautelar. Cfr. GALDÓS, Mario, *op. cit.*, t. VIII, p. 314.

⁶³ No debe exigirse para la procedencia de la acción preventiva la previa desestimación de la personalidad jurídica para imputar a los socios los actos de la sociedad que, actuando con fines extrasocietarios, genera al minoritario un riesgo de daño. Así, en primer lugar, la acción preventiva es más amplia y procede ante supuestos que no quedarían encuadrados en el párrafo tercero del art. 54 de la LGS; en segundo lugar, la acción en estudio exige que dichas actuaciones generen un riesgo de daño, que es justamente lo central, cosa que no sucede necesariamente en el dispositivo societario; en tercer lugar, por expresa disposición del art. 1711, la acción se interpone directamente contra todo “de quien depende” la evitación del perjuicio, es decir el “socio o controlante que hubiera hecho posible” la conducta violatoria del art. 1710, sin necesidad de acreditar que ha hecho uso abusivo de la personalidad societaria, sino que ha abusado de su deber omitir prevenir un daño previsible, de acuerdo a sus circunstancias. Es cierto que algunas veces los hechos a probar en la acción preventiva serán similares a aquellos que se deberían acreditar en caso de resultar procedente la acción de inoponibilidad; pese a ello, los extremos del art. 54, párrafo tercero, no sólo no son necesarios, sino tampoco suficientes para la acción preventiva.

⁶⁴ En razón de la jurisprudencia dominante en materia de acción social de responsabilidad y nulidades asamblearias, existe la tentación de vincular la acción preventiva a la de nulidad de la resolución cuando aquella se funde en actos u omisiones cometidos en el marco de una resolución orgánica. Ante todo, creo que deberá tenerse en cuenta que -en cualquier caso y de entenderse así- la nulidad de la resolución podrá declararse como consecuencia de la violación del art. 1710 CCCN. Ahora bien, dado el modo en que ha sido regulada la acción

De este modo, no será necesaria para su procedencia la existencia de un daño, sino su previsible acaecimiento, agravamiento o continuación, últimos dos supuestos en los que la acción de prevención es en principio imprescriptible mientras subsista el riesgo⁶⁵; asimismo, es indiferente la gravedad del daño futuro⁶⁶. De la misma manera, la antijuridicidad no consistirá en causar un daño no justificado, sino la creación de un riesgo injustificado por la omisión de las medidas razonablemente exigibles. Por último, dado que la acción procede contra el daño que aún no se produce o agrava, no será requerido en el agente ningún factor de atribución, sino que su conducta le sea causalmente atribuible y resulte objetivamente antijurídica por no haber adoptado las medidas exigibles.

En este sentido, según se ha dicho, para que proceda la acción en la materia no será necesario que el sujeto pasivo el deber preventivo incurra en actos contrarios a la ley de sociedades, el contrato o el reglamento, ni que actúe en forma dolosa o culposa, sin perjuicio de que ello será sin dudas un factor trascendente. Por el contrario, será suficiente que incurra en acciones u omisiones generadoras de un peligro verosímil de daño para cualquiera de los sujetos activos, cuando según las circunstancias le sea exigible evitarlas en función de la buena fe y el ejercicio regular de los derechos. Según se verá en acápites posteriores, el punto medular de esta cuestión radicará en determinar cuándo en materia societaria existe violación de la buena fe y cuándo se configura la amenaza de daño digno de tutela, atento a la afectación de la libertad que implica esta medida.

preventiva, entiendo que debe mantener su autonomía, tanto en su versión de acción preventiva individual como de acción preventiva social ejercida *uti singuli*, ya que el ordenamiento societario no se contradice con dicha solución. En efecto, en relación a la acción resarcitoria contra los socios por la aprobación de resoluciones asamblearias nulas del art. 254 LGS, para muchos acción tanto individual como social (cfr. NISSEN, Ricardo A., "Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias", Ad-Hoc, 2da. Ed., Buenos Aires, 2006, p. 300 y sgtes.), existe jurisprudencia que, aplicando "analógicamente" el art. 254 LGS, ha reconocido la procedencia indemnizatoria contra los accionistas que votaron una resolución manifiestamente dañosa para la sociedad "aún cuando no se ha declarado la nulidad de la decisión aprobatoria (...)" ya que "-innecesario es hacerlo- pues está suficientemente demostrado en derecho la irregularidad de esa decisión y el daño..." (CNCom.Cap.Fed., Sala D., "Kleio S.A. s/quiebra c/Iglesias Rogelio s/ordinario", 2003). En realidad, creo que más que una aplicación analógica del art. 254, se trata de la aplicación autónoma de los principios de la responsabilidad civil, consagrados en el art. 54 LGS.

⁶⁵ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *op. cit.*, T. II, pág. 1000. Entiendo que debería aplicarse al peligro de daño como supuesto de la acción preventiva, la doctrina del daño continuado como supuesto de la acción resarcitoria, tal y como lo ha sostenido la doctrina y en algunos antecedentes la Corte Nacional y las cortes provinciales: CSJN, "Constructora Barcalá S.A. c. Banco Central" – L.L. To. 1997-F pág. 344 – D.J. To. 1998-1 pág. 407; SCJBA, Sauvage Carlos c. Celulosa Argentina; PARELLADA, Carlos, "Aspectos procesales y sustanciales de la prescripción de la acción de daños", internet, p. 73. C.Nac. Cont.-Adm.Federal, sala III, febrero 9-1996 "T., D. c. Estado nacional y ot.", L.L. To. 1996-C pág. 439, con nota de Agustín y D.J. To. 1996-2 pág. 156; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, TRIGO REPRESAS, Félix, KIPER, Claudio, "Código Civil Comentado", Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2006, pág. 545.

⁶⁶ GALDÓS, Mario, *op. cit.*, t, VIII, p. 310.

Ahora bien, en relación a lo expuesto y en lo que hace puntualmente al conflicto societario, entiendo necesario hacer una doble referencia en relación a los sujetos activos y pasivos de la acción preventiva.

Así, en primer lugar, al referirse a los legitimados activos se dijo que la misma podrá ser interpuesta por quien “acredite un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712 CCCN), resultando legitimados todos los socios, los terceros y la propia sociedad. Creo en este punto que la acción autónoma del art. 1712 del CCCN se manifiesta con una dinámica similar a la del microsistema de la Ley 19.550: por un lado, como *acción individual de responsabilidad preventiva* de los socios y los terceros y, por el otro, como *acción social de responsabilidad preventiva*⁶⁷. Sin embargo, dada la autonomía y diversa naturaleza de la acción preventiva, la misma no puede confundirse con las tradicionales acciones (resarcitorias) social e individual previstas en los artículos 254, 276, 279 y cctes. de la LGS, lo que queda claramente de manifiesto al atender a su diversa función, presupuestos y efectos.

Sin perjuicio de ello, pese a la diferencia y autonomía referida, entiendo que la dialéctica con la que deben interpretarse los sistemas normativos en juego⁶⁸, llevan a integrar la regulación de la *acción social de responsabilidad preventiva* del art. 1711 del CCCN, con la mecánica orgánica regulada para la *acción social de responsabilidad resarcitoria* de los arts. 276, 277, 278, 279, 254 y cctes. de la LGS, en todo cuanto sean compatibles con la misma. De este modo, la acción preventiva de la sociedad podría ser ejercida por la propia sociedad, el síndico de la quiebra y *uti singuli* por los socios, mediante los mecanismos previstos para la clásica acción social de responsabilidad⁶⁹.

Por ello, en la problemática del conflicto societario, la acción de prevención tendrá utilidad para los socios no solo en cuanto le corresponde personalmente por sus daños directos, sino asimismo -y según la finalidad perseguida- en cuanto ejerza la acción social de responsabilidad preventiva en carácter *uti singuli*, solicitando al juez la adopción de medidas que prevengan el daño al patrimonio social y, así indirectamente, a su propio patrimonio.

⁶⁷ Efectivamente, según fue expuesto al ver los sujetos activos del deber de prevención, esta última acción se sustenta en los argumentos de los artículos 54, 254, 274 y sgtes. y cctes. de la LGS, pero se regula en forma autónoma con función preventiva sustancial, desde un espíritu similar al que inspira a las normas cautelares de los artículos 113 y 252 de la LGS, aunque con impacto muy superior por su potencial carácter definitivo (art. 1713).

⁶⁸ Artículos 1, 2 y 1709 del CCCN.

⁶⁹ En sentido concordante, Junyent Bas llega a la misma conclusión en relación a la acción social de responsabilidad de los dos primeros párrafos del art. 54 de la LGS, en relación a la que manifiesta que: “es una acción social que puede ser iniciada por los representantes de la entidad afectada, así como también por los socios en forma singular, en caso de inacción de los administradores naturales, aplicándose analógicamente los arts. 276 y 277 de la ley societaria (JUNYENT BAS, Francisco, op. cit., p. 390).

En segundo lugar, en cuanto a los legitimados pasivos, en la generalidad de los casos se tratará de todo socio mayoritario o minoritario que haya omitido las medidas razonables para prevenir evitar o agravar un daño previsible (arts. 1710 y 1711 CCCN). Sin perjuicio de ello, el principio de la actuación orgánica, el derecho de defensa y el interés del actor en una sentencia eficaz recomendarán y aún exigirán en la generalidad de los casos, que el actor deba -según el caso y la ley de rito aplicable- demandar, citar o denunciar la litis al resto de los socios que han cumplido cabalmente con su deber de prevención y, cuando ejerza su acción preventiva individual, también a la propia sociedad⁷⁰.

En tercer lugar, en función de la interacción de sujetos activos y pasivos procesalmente involucrados en cada caso concreto, la acción preventiva podrá interponerse en forma independiente o acumulada a otra acción individual o social, tales como la acción de nulidad asamblearia, de remoción o, inclusive, la acción de responsabilidad indemnizatoria.

En esta tónica, la apertura de las hipótesis que configuran la acción preventiva, la amplitud de sus soluciones y la diversidad de legitimados activos y pasivos que pueden darse, exigirán en cada caso la integración de dicha acción con las normas más afines del ordenamiento societario y del CCCN en materia de persona jurídica. El nuevo rol de moderador conferido al magistrado será fundamental a la hora de asegurar a esta acción su debida eficacia, conservando la coherencia del sistema de la ley de sociedades (arts. 1, 2 y 3 CCCN).

3.5. Soluciones de la acción preventiva. El Art. 1713 del CCCN como base legal de las *injunctions* argentinas

Siguiendo con el análisis del instituto y en línea con lo antedicho, son justamente las amplias facultades del juez conferidas por el art. 1713 CCCN⁷¹ lo que hacen tan atractivo al mecanismo analizado frente a la problemática abordada en este trabajo.

Según entiendo, la norma citada brinda un vasto abanico de soluciones al conflicto societario, pudiendo prevenir el daño mediante la imposición obligaciones de dar, hacer o no hacer a los sujetos pasivos del deber de prevención. Por su parte, la selección de la medida deberá hacerse siempre

⁷⁰ En efecto, entiendo que la amplitud dispositiva con la que cuenta el juez para prevenir el daño, tales como crear obligaciones a cargo de los sujetos pasivos del art. 1710, conllevará en materia societaria un inevitable impacto en el resto de los socios y la sociedad en general, pudiendo alterar sus expectativas, derechos y posición relativa en el ente. Los innumerables casos del derecho comparado dan muestra de que la interposición de la demanda contra la sociedad es una constante, sin importar cuál sea la pretensión del actor.

⁷¹ “Art. 1713: La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”

atendiendo al criterio de mínima restricción de la libertad de acción de los socios y la sociedad, pero procurando siempre la prevención efectiva del daño. Asimismo, según la propia regulación estudiada, cabe agregar que el juez deberá optar por la medida más idónea sin encontrarse atado a la pretensión del actor ni al principio de congruencia⁷², debiendo inclusive arbitrar de oficio las disposiciones preventivas que estime pertinentes cuando así lo exijan los intereses en juego⁷³.

En cuanto a las medidas disponibles entiendo que, en una primera dimensión, el juez deberá optar por imponer a la sociedad y los socios demandados obligaciones ordenadas a sanear la *funcionalidad* y dinámica societaria⁷⁴, siempre que dichas medidas resulten eficientes según la prudencia que aconseje la ponderación de los valores en juego⁷⁵ y las circunstancias del caso. Éstas medidas podrán ser tanto de carácter provisorio o cautelar, como de corte definitivo: así, podría tratarse del caso en que la sentencia definitiva imponga a la sociedad la distribución de dividendos que han sido retenidos como resultados no asignados⁷⁶, disposición que en casos excepcionales podría aún ordenarse con carácter provisorio⁷⁷, pudiendo luego ser revocada o confirmada en el decisorio final. Otro ejemplo frecuente podrá ser que -con carácter también provisorio o definitivo- el juez obligue a la sociedad a reestablecer en su trabajo y reconocer los correspondientes derechos, al socio que en forma abusiva e injustificada haya sido excluido de su función remunerada por vía de una relación laboral⁷⁸.

⁷² Cfr. BESTANI, Adriana, Comentario al art. 1713, *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, Dirigido por Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Boda y Pascual E. Alferillo*, Ed. Astrea, Bs. As., 2015, T. II, p. 1032.

⁷³ Particularmente importante en supuestos de empresas de familia en las que el conflicto societario esté destruyendo las relaciones familiares.

⁷⁴ Haciendo funcionar el art. 1713 como mecanismo de “*relationship preserving norm*”.

⁷⁵ GALDÓS, Jorge Mario, op. cit., T. VIII, p. 288.

⁷⁶ Cfr. *Dodge v. Ford Motor Company*, 170 NW 668 (Mich. 1919), *Zidell vs. Zidell*, Or. Sup. Ct. 277, Or. 413, 560 P.2d. 1086 (1977), *Dowd vs. Charlotte Pipe & Foundry Co.*, 185 A 2d 480 (Del. Sup. Ct. 1962), *Patton vs. Nicholas*, 279 SW 2d 848 (Tex. 1955), *Crichton vs. Webb Press Co.* 36 So 926 (La 1904), *Andreson vs. W. J. Dyer & Bro.*, 101 NW 1061 (Minn. 1904), *Reynolds vs. Diamonds Mills Paper Co.*, 60 A 941 (NJ Ch. Ct. 1905), etc. Cfr. GARBER, Carlos A., op. cit. En la práctica, será útil en este caso la interposición de la acción preventiva en forma autónoma o acumulada a la nulidad asamblearia, ya que según es conteste la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en la acción de nulidad el tribunal debe limitarse a declararla sin poder ir más allá de la pretensión, debiendo la asamblea adoptar una solución acorde a la sentencia dictada, lo cual muchas veces no ocurre, dando lugar a la continuidad del conflicto. (Cfr. NISSEN, Ricardo, “Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias”, cit., p. 293; DUPRAT, Diego, “Los dividendos ante la inexistencia de decisión asamblearia sobre el destino de las utilidades del ejercicio”, disponible en www.thomsonreuterslatam.com. En contra, CNCom., Sala D, Mihura, Luis y otros c/ Mandataria Rural S.A., 26/12/1979). A diferencia de ello, la acción preventiva permite atribuir al juez competencia para obligar a la sociedad a distribuir dividendos, por cuanto la pretensión y sus presupuestos son diferentes a la acción de nulidad.

⁷⁷ Piénsese, por ejemplo, en que el socio accionante fuera un menor de edad que requiere para su subsistencia de los medios de los que –prima facie- se encuentra ilegítimamente marginado.

⁷⁸ Es sumamente habitual en las sociedades cerradas que los socios acuerden retirar todo o parte de sus resultados en forma de sueldo u otro tipo de remuneraciones que reconocen su trabajo personal en la misma, mediante un

Esta primera línea de soluciones correctivas del haz funcional del conflicto, se suma y complementa a las respuestas clásicas de la ley de sociedades, ampliando el abanico de herramientas del juez. Sin embargo, la experiencia indica que una vez que el conflicto societario ha tomado carácter estructural y la convivencia es imposible, “el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” de solucionar el conflicto (art. 1713 CCCN), serán las soluciones *estructurales*, es decir, la separación de uno o más socios⁷⁹. Es aquí donde creo que jugará la mayor eficacia de la acción comentada, en cuanto provee el resultado que la doctrina reclamaba incorporar a la LGS, aunque con un mecanismo sumamente abierto que requerirá suma prudencia y razonabilidad de los magistrados.

Así, en una segunda dimensión, dentro de las medidas estructurales y en virtud del principio de menor restricción e interferencia, el juez podrá ante todo fijar a la sociedad y los socios obligaciones cuyo incumplimiento apareje condicionados alguna forma de separación del socio afectado o del socio opresor⁸⁰. Estos imperativos tendrían la ventaja de coercionar en forma inmediata el ordenamiento de la conducta de los obligados, supeditando la efectiva alteración de la estructura intrasocietaria a futuras infracciones previamente definidas en la sentencia.

Sin embargo, no cabe dudas que las respuestas más simples, “idóneas” y “eficientes” para resolver definitivamente el conflicto, vendrán de disponer obligaciones que impliquen la inmediata salida del socio afectado o del opresor, según se trate de un abuso de mayorías o de minorías y de acuerdo lo indique la prudencia judicial.

mecanismo por el que se aseguran ingresos regulares, se goza de los beneficios la seguridad social y previsional, y se aprovecha asimismo la correspondiente deducción impositiva. En estos casos, el abuso mayoritario muchas veces consiste en “echar” al socio-empleado, constituyendo ello más que una injuria laboral, una opresión societaria que vacía de contenido su condición de socio y constituye un mecanismo indirecto de exclusión de la vida societaria. Entiendo que este socio podría utilizar la acción preventiva para reinsertarse en la sociedad, solución por demás plausible cuando se repara que ni siquiera por la vía del derecho laboral argentino el socio cuenta con herramientas para ser restablecido en su trabajo. Esta solución es acorde a los argumentos sostenidos en la jurisprudencia norteamericana: *Topper*, 433 N.Y.S.2d 359, 364 (Sup. Ct. 1980), *Balvik vs. Sylvester*, 411 N.W.2d 383, 388 (N.D., 1987), *Evans vs. Blesi*, 345 N.W. 2d 775 (Minn. App. 1984)) e inglesa (*Re A Company* (No. 004475 of 1982) [1983] Ch 178), *Wilkes vs. Springside Nursing Home, Inc.*, 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (Mass. 1976).

⁷⁹ Haciendo funcionar al art. 1713 al modo de una “*end game norm*”.

⁸⁰ Un ejemplo de ello podría ser que el juez configure en la sentencia una obligación similar a la que prevé normativamente el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de España, por la que imponga en forma definitiva la obligación de repartir en adelante un porcentaje mínimo de dividendos -dadas las condiciones que determine- facultando al socio actor que votare en contra de la resolución social violatoria de dicha obligación, el derecho de recesso que no le otorga la letra de la LGS (arts. 160 y 245). Asimismo, podría disponerse que el incumplimiento de la obligación impuesta conlleve no ya el recesso, sino la facultad de hacer jugar un derecho de compra forzosa en uno u otro sentido por el mecanismo de “ruleta rusa”, “opción mexicana” u otros.

En este sentido, el juez podrá arbitrar cualquiera de las medidas estructurales que han sido reseñadas al referir a los *remedies* del derecho anglosajón, generalmente diseñados para el más frecuente caso de abuso mayoritario: a) el receso del socio accionante⁸¹; b) la compra forzada de sus acciones por parte de la sociedad⁸², de uno o más socios⁸³ o del controlante no socio; c) la compra forzada de las participaciones del mayoritario por parte del minoritario; d) imponer judicialmente mecanismos de opción de compra recíproca, como la de “ruleta rusa”, la “opción mexicana”, o cualquier otro, en el orden y formas que el juez determine⁸⁴; e) finalmente, si bien resulta difícil imaginar un supuesto en donde pueda disponerse la disolución judicial por vía del art. 1713 del CCCN, podría darse el caso sumamente excepcional de que relación entre el perjuicio del minoritario y el volumen comercial de la sociedad lo justificara, siempre que fuera inviable cualquier otra medida⁸⁵.

Según habrá podido observar el lector en el desarrollo expuesto hasta aquí, los dispositivos de los artículos 1710 y siguientes del CCCN configuran una norma con estructura y soluciones sorprendentemente similares a los *remedies* anglosajones. En particular, las facultades conferidas al

⁸¹ La desventaja que tiene el receso es que implica una necesaria despatrimonialización de la sociedad y, en alguna medida, conspira contra el principio de conservación de la empresa en cuanto implica una extinción parcial del contrato de sociedad.

⁸² En la medida que ésta cuente con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, en los términos del art. 220, inciso 2, ya que en caso no existir las mismas, su pago implica una reducción de capital con destino a la cancelación de las acciones, es decir, es un supuesto de receso del socio. La jurisprudencia norteamericana en general no impone la compra a la sociedad sino a uno o más socios mayoritarios; sin embargo, imponerla a la sociedad puede facilitar la salida del minoritario cuando ésta cuente con fondos para afrontarlos, sumado a que -en principio- dicha operación beneficia por igual a todos los accionistas pertenecientes al grupo de control y minoritarios ajenos al conflicto. En consonancia con lo dicho, el derecho inglés prevé expresamente la imposición de la compra a la sociedad en los dispositivos legales ya citados.

⁸³ Respetando el derecho de preferencia a los fines de respetar los esquemas de control (cfr. arg. arts. 194 y 221 in fine), siempre que las circunstancias del caso lo justifiquen.

⁸⁴ En el mecanismo de Ruleta Rusa una de las partes requiere a la otra para que le compre su participación a un precio determinado o, alternativamente, le venda su participación por ese mismo precio. La llamada Opción Mexicana funciona mediante un mecanismo de oferta simultánea en sobre cerrado por las participaciones de la otra parte, y la que esté dispuesta a pagar un precio por participación social más elevado, es la que gana la subasta. Atento a que el mecanismo económicamente más razonable y respetuoso del principio mayoritario parece ser el del *buy-out* de las participaciones del minoritario, entiendo que la conveniencia y justicia de los mecanismos mencionados dependerá de las circunstancias del caso y, sobre todo, de la entidad de las participaciones de las partes, siendo más razonables cuanto más parejas sean las tenencias porcentuales entre el mayoritario y minoritario. Sobre la aplicabilidad de mecanismos de ruleta rusa dispuestos legalmente, cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p. 113.

⁸⁵ A diferencia de la *involuntary dissolution* del derecho anglosajón, nuestra legislación no plantea como causal disolutoria el abuso mayoritario, a menos que ello devenga en un bloqueo encuadrable en el art. 94 inc. 4 de la LGS, lo que resulta difícil de concebir.

juez por el art. 1713⁸⁶ (a simple vista novedosas en nuestro derecho) resultan la consagración legislativa de una suerte de *injunctions* nacionales, según se desprende claramente de la explicación que el profesor italiano Sereni hace del instituto anglosajón: “El principal remedio que la *equity* concede para la protección de los derechos (...) es la llamada injunction. Ésta consiste en una orden judicial, a fin de que el destinatario de la misma cumpla o se abstenga de cumplir un acto determinado. La injunction que manda cumplir un acto determinado (que puede ser un *facere* o un *dare*) se llama *mandatory injunction*; la que contiene una orden de no hacer se llama *restraining o prohibitive injunction* (...) La injunction es permanente cuando es acordada en la sentencia definitiva. Pero el tribunal de *equity* puede, asimismo, acordar injunctions in *limine litis*, a título cautelar o durante la tramitación del juicio (...) En la sentencia definitiva pueden ser confirmada con o sin modificaciones, y devienen permanentes o perpetuas. Si, por el contrario, no se las confirma, quedan, como se dice, disueltas. Pero aún la injunction permanente puede ser judicialmente modificada o revocada cuando las condiciones de hecho o de derecho en que se fundó su concesión cesan o se modifica”⁸⁷

Sin embargo, de modo similar a lo que ocurre en el derecho anglosajón con el instituto genérico de la *injunction*, la hipótesis de la norma argentina configura un supuesto abierto y no previsto específicamente para el abuso u opresión en las relaciones intrasocietarias⁸⁸. Según se vio previamente, la solución patria prevé un supuesto genérico que se configura en la violación del deber de prevenir el daño, el cual resulta aplicable a todo el derecho público y privado.

Justamente, el desafío en la utilización de esta herramienta para desactivar el conflicto societario será encontrar sus pautas específicas para su aplicación a este problema concreto. En dicha tarea deberá integrarse las normas del derecho privado y recurrir no solo a las fecundas

⁸⁶ De modo similar a la consagración legislativa genérica de la facultad de “disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer”: § 60.952, (2), (a), de la *Oregon Business Corporation Act*, y la sección 996, (b), (i) y (ii) de la *Companies Act* inglesa, ambos ya citados.

⁸⁷ SERENI, Angelo Piero, “*L’equiti negli Stati Uniti*”, Rev. Trim. Di Diritto e Procedura Civile, 1952, reimpr. en Sudi di Diritto Comparato: I – Diritto degli Stati Uniti, Giuffrè, Milano, 1956, p. 67-147, citado por GARBER, Carlos A., op. cit., p. 45, nota 17.

⁸⁸ Según ya se hizo referencia en nota anterior, el derecho norteamericano cuenta con dos sistemas en la regulación de la materia, uno más moderno que arbitra una previsión legal específica de los supuestos de opresión y sus consecuencias, y otro tradicional en el que ambas cuestiones quedan libradas a los jueces. Enrolados en este segundo sistema, los ordenamientos de muchos estados confieren legal o jurisprudencialmente el mecanismo general de las *injunctions* ante la configuración de una realidad injusta que, en materia societaria, implica la “*oppression*” del minoritario; en cada caso el juez evalúa si se configura o no esta situación, de acuerdo a los criterios que ha ido delineando la jurisprudencia con los años. En este sentido, la norma argentina se asemeja al sistema tradicional, consagrando una hipótesis normativa abierta (violación del deber de prevención), con una consecuencia legal genérica que confiere amplias facultades a los jueces (imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer).

construcciones de la doctrina y jurisprudencia nacional en materia de abuso de mayorías, sino asimismo a la experiencia de más de un siglo de la jurisprudencia anglosajona en la aplicación de sus *injunctions* a la materia.

3.6. Breve referencia a posibles criterios de procedencia de la acción preventiva en materia societaria. Aportes del derecho anglosajón

No hay dudas que la dinámica comercial restringe la intervención judicial mucho más que en otras áreas del derecho⁸⁹. Por ello, la eventual aplicación de este instituto en la solución del conflicto societario deberá conciliar la protección del minoritario con el principio mayoritario de gobierno, el respecto a la libertad y propiedad de los socios y la sociedad, el organicismo de la persona jurídica, la dinámica de los negocios, la conservación de la empresa y el riesgo que asume toda persona al ingresar a una sociedad.

Asimismo, al igual que muchos institutos incorporados por el CCCN -muy presentes en materia de minoridad y familia- este mecanismo deberá enfrentarse a la tradicional concepción del juez como mero aplicador de las leyes, en tanto el mismo solo será viable bajo una cosmovisión que jerarquice las facultades judiciales en un ordenamiento de principios y reglas, en donde prime la necesidad de brindar justicia al caso concreto.

Así pues, en orden a buscar los parámetros que permitan ajustar el amplio instituto bajo estudio al conflicto societario, intentaré primero abordar brevemente algunos criterios generales que puedan ser de utilidad y, según se anticipó anteriormente, luego aquellos referidos específicamente a los presupuestos de la acción preventiva, buscando aproximar cuándo se configura en materia societaria el abuso del derecho de no prevenir (autoría y antijuridicidad), cuándo existe un riesgo suficiente a un interés digno de tutela (daño), y cuándo la amenaza de daño es previsible (relación de causalidad).

3.6.1. Criterios generales

Entiendo oportuno mencionar aquí tres criterios que deberán o podrán ser tenidos en cuenta a los fines de aplicar el mecanismo preventivo propuesto.

En primer lugar, como resulta razonable, las medidas estructurales que permite adoptar el art. 1713 a los fines de permitir la salida del minoritario, serán aplicables siempre que no exista una

⁸⁹ Expresada no siempre razonablemente por nuestros tribunales mediante el multifuncional “criterio restrictivo” o la doctrina de las “cuestiones no judiciales: cfr. CNCom. Sala D, “Pereda Rafael c/Pampagro S.A.”, 22/08/1989. En el derecho anglosajón, la “*business judgment rule*”; EEUU: *Gimbel v. Signal Cos.*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974); Inglaterra: *Companies Act 2006 section 172; Re Smith & Fawcett Ltd [1942]* Ch 304.

solución específica y -en particular- un derecho de receso conferido por ley⁹⁰. En segundo lugar, por regla general, que previo a su petición el socio deberá haber agotado la vía societaria, solución casi unánime en el país que es aplicada por el derecho extranjero en esta materia. En tercer y último lugar, creo que en las primeras experiencias a la hora de configurar en detalle las obligaciones del art. 1713 del CCCN, encontrará el juez una provechosa guía en los mecanismos establecidos por las leyes y jurisprudencia anglosajonas para la aplicación de los *remedies* en cada caso concreto⁹¹, teniendo siempre presente que en cualquiera de las soluciones estructurales arbitradas deberá afrontarse el difícil problema de la valuación de las participaciones societarias.

3.6.2. Criterios referidos a los presupuestos de la acción preventiva

3.6.2.1. Autoría y antijuridicidad

Este es el punto en que más ha avanzado nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente en el abuso del derecho del gobierno mayoritario en materia de nulidades asamblearias, todos cuyos criterios serán aplicables para determinar si existe omisión antijurídica del deber de prevenir.

Asimismo, las conclusiones de nuestro país coinciden con las nociones del derecho anglosajón que definen la *oppression* desde un criterio objetivo de conducta de la mayoría, sea como una violación a los deberes generales de probidad y diligencia esperables de todo socio (*Wrongful Conduct*), o como la violación de los deberes fiduciarios de fidelidad que tiene la mayoría en el control y administración del patrimonio común (*Breach of Fiduciary Duty*⁹²). Es por ello que, sumado al avance nacional existente a la fecha, entiendo serán útiles los criterios y casuística elaborada específicamente por la jurisprudencia anglosajona para ponderar las conductas de las partes y aplicar los mecanismos bajo estudio.

Estas pautas ayudarán a discernir si se ha configurado un abuso de la minoría o de la mayoría, definiendo especialmente en este último caso si el peligro que asecha al minoritario es injustificado

⁹⁰ Cfr. *Matteson vs. Ziebarth*, 242 P.2d 1025, 40 Wash. 2d 286 (1952); *Tanzer vs. International General Industries Inc.*, cit; *Gaines vs. Long Mfg. Co.*, 67 S.E.2d 350 (N.C. 1951).

⁹¹ V.gr., los procedimientos de la *Oregon Business Corporation Act*, § 60.952 de de la *Model Business Corporation Act*, § 14.34.

⁹² El deber fiduciario es definido por la jurisprudencia norteamericana como el deber que pesa principalmente sobre el controlante y que conjuga los conceptos patrios de buena fe e interés social, con especial énfasis en los de los minoritarios beneficiarios de su gestión y excluidos de la misma: "el fiduciario cumple acabadamente sus deberes si endereza su actuación a perseguir los intereses de los beneficiarios en lugar de los propios" (Corte de apelación de Oregon, en re *Chiles v. Robertson*, cit . 619, 767 P.2d 903, la traducción me pertenece). Asimismo, expresa el máximo tribunal de Oregon que "los que están en el control de los asuntos corporativos tienen deberes fiduciarios de buena fe y trato justo hacia los accionistas minoritarios", particularmente imponiendo en política de dividendos la obligación de perseguir el interés social, o "legítimos propósitos empresarios en vez del propio interés de quienes están en control" (Suprema Corte de Oregon, en *Zidell vs. Zidell*, cit., la traducción es de autor).

por haber la mayoría rebasando su razonable margen de discrecionalidad mediante la omisión de medidas razonablemente exigibles, sea en operaciones de cierta dimensión⁹³, en la retención persistente de dividendos⁹⁴, en la compra por la sociedad de las acciones del grupo mayoritario⁹⁵, en la remoción de un minoritario de su cargo de director y empleado de la sociedad⁹⁶, etc.

3.6.2.2. Daño

En segundo lugar, el art. 1711 del CCCN manifiesta que el remedio procede “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño”. Sin embargo, el principio mayoritario de gobierno, la dinámica negocial y el riesgo asumido en el contrato de sociedad no hacen sencillo determinar cuándo el minoritario puede sentirse legítima y suficientemente amenazado por una conducta de la mayoría que justifique la intromisión judicial.

⁹³ En este punto reviste relevancia el criterio de “total justicia” exigible a los controlantes. Del antecedente *Tanzer vs. International General Industries Inc.*, 379 A.2d 1121 (Del. 1977), de la Corte de Delaware, surgen algunos criterios que pueden adaptarse como parámetros generales a cualquier tipo de operación concertada por la mayoría con resultados perniciosos para la minoría: la finalidad de la operación, la información suministrada a los minoritarios sobre la misma, la existencia o inexistencia de alternativas a la decisión adoptada, la existencia y entidad de un eventual beneficio para los minoritarios y -como indicio- la concurrencia de otros minoritarios que aprueben la operación. Asimismo, en el fallo *Katzowitz vs. Sidler*, 249 N.E.2d 358 (N.Y. 1969), la Corte de Nueva York exigió a los mayoritarios beneficiados de la operación la justificación de una razón empresarial valedera que la justificara, independiente a los intereses particulares de cualquier accionista, sin perjuicio de no haberse probado en el juicio intención reprochable en los controlantes. Finalmente, es de hacer notar que la jurisprudencia norteamericana es coincidente en exigir que, cuando las circunstancias de hecho demuestran *prima facie* una situación de abuso, sea el grupo controlante quien tenga la carga de probar que no se han dado los elementos configurativos de éste. Cfr. GARBBER, Carlos A., op. cit., p. 54-55, 72 y 79 y sgtes. En consonancia con esto último, en materia de cargas dinámicas, el juez argentino cuenta hoy con el dispositivo expreso del art. 1735 del CCCN, plenamente aplicable al caso.

⁹⁴ En relación al caso particular de la retención de utilidades, la jurisprudencia estadounidense ha sostenido el principio general de la discrecionalidad razonable en su disposición. A los fines de evaluar dicha razonabilidad, se ha tenido en cuenta el tiempo que la sociedad lleva sin distribuirlas, las perspectivas del negocio, el destino dado a las ganancias no distribuidas de ejercicios anteriores y -principalmente- el monto de las ganancias retenidas en relación a parámetros objetivos como el pasivo de la sociedad, el capital de trabajo necesario y el coeficiente de liquidez. Cfr. jurisprudencia citada en nota 75.

⁹⁵ En el célebre fallo de la Corte de Massachusetts en el caso *Donahue vs. Rodd Electrotype Company of New England, Inc.*, App. Ct. 876 (Mass. 1974), estableció que el estándar general de probidad entre los accionistas es idéntico al que existe en las sociedades de personas, y que impone a los socios mayoritarios brindar igualdad de oportunidades a la minoría, en particular, en la adquisición de las acciones por parte de la sociedad.

⁹⁶ La Corte de Massachusetts reiteró el criterio referido en la nota anterior en el famoso caso *Wilkes vs. Springside Nursing Home, Inc.*, 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (Mass. 1976) en el que el accionante solía ejercer el cargo de director y empleado en una compañía compuesta por cuatro accionistas, la cual no distribuía utilidades a título de dividendos. Por un diferendo entre los accionistas, la sociedad removió del directorio al minoritario y lo despidió en su condición de empleado. Para la Corte, dicha maniobra configuró violación a los deberes fiduciarios que existen entre los miembros de una sociedad cerrada, que lo privó de la posibilidad de recibir una compensación justa por sus labores como funcionario y empleado de la empresa -que solo podría remediar dándole nuevo empleo- y de obtener cualquier retorno de su inversión como accionista -que solo se haría efectiva si la empresa comprara sus acciones u optara por comenzar a distribuir utilidades-. Cfr. *Zidell vs. Zidell*, cit.

Entiendo que, en este punto, la pauta dada por el código es la “razonabilidad” que deber caracterizar al interés cuya prevención el socio minoritario pretende (art. 1712 CCCN), razonabilidad que debe ser juzgada según las particulares circunstancias de la realidad societaria mencionadas en el párrafo anterior. Sin embargo, como puede verse, este criterio no es más que un principio de respuesta, más no despeja por sí solo este asunto. Según entiendo, a los fines de hallar precisiones en este aspecto, serán sumamente útiles los fecundos desarrollos del derecho anglosajón -especialmente norteamericano- en tanto la pauta mencionada es plenamente coincidente con el criterio subjetivo de las “*shareholder’s reasonable expectations*” como factor determinante de la *oppression*, según ha sido paradigmáticamente definido en los *leading case Kemp & Beatley, Inc*⁹⁷ y *Topper*⁹⁸.

Trasvasando dichas construcciones extranjeras a la lógica y términos del derecho patrio, entiendo que el interés razonable del socio se encuentra íntimamente vinculado a las *reasonable expectations* encarnadas en la causa del contrato de sociedad, tanto en su causa fin como su causa motivo expresa o implícitamente considerada. En estos términos, según se verá, el interés del socio será digno de prevención cuando haya sido un factor decisivo o esencial⁹⁹ en la concertación del contrato de sociedad o su continuación, que además haya sido conocido por los socios cocontratantes o haya debido ser conocido por ellos¹⁰⁰, y cuya frustración por la mayoría implique un incumplimiento grave al contrato de sociedad que haga irrazonable al minoritario continuar obligado a la decisión mayoritaria o inclusive al propio contrato¹⁰¹. Serán estos intereses los que justifiquen medidas que -respectivamente- interfieran con el gobierno societario o enerven la especial fuerza vinculante del contrato plurilateral, latente en el art. 1443 del CCCN y 16 de la LGS.

En materia de abuso de mayorías, la jurisprudencia norteamericana entiende que existe *oppression* pasible del *remedie* judicial cuando -sin perjuicio de haber actuado en el marco de la literal

⁹⁷ *Matter of the Judicial Dissolution of Kemp & Beatley, Inc*, 484 N.Y.S.2d 799, 473 N.E.2d 1173 (N.Y. 1984)

⁹⁸ *Topper*, cit.

⁹⁹ La gravedad exigible en la frustración del interés (y por ello, en el incumplimiento de la mayoría) para la justificación de medidas resolutivas del contrato de sociedad, se corresponde con el principio general establecido para los contratos por el art. 1084 del CCCN, y está en consonancia con los principios de derecho privado universal fijados en el art. 25 de la Convención de Viena y el art. 7.3.1 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. En relación al particular: “la opresión debe considerarse procedente sólo cuando la conducta de la mayoría frustra sustancialmente las expectativas de los accionistas minoritarios que, vistas objetivamente, eran razonables según las circunstancias y fueron centrales a la hora de decidir ingresar a la sociedad” (*Davis v. Sheerin*, 754 S.W.2d 375, 381 (Tex. App. 1988), la traducción me pertenece. Este fallo sigue la línea ya trazada por el antecedente *Kemp & Beatley*, del mismo tribunal).

¹⁰⁰ En cuanto al momento en que debe juzgarse la previsión me referiré al tratar la relación de causalidad.

¹⁰¹ Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit, p. 1114; también, argumentos del *austrittrecht* en la doctrina alemana.

legalidad¹⁰²- la mayoría perjudica grave y sustancialmente las expectativas objetivas, sensatas y razonables del minoritario contenidas expresa o implícitamente en el contrato social, como aquellos factores decisivos que le indujeron a hacerse parte de la sociedad y que, por todo ello, debieron ser conocidas por los controlantes¹⁰³.

Puntualmente, la doctrina norteamericana sostiene que existen dos clases de expectativas o intereses: las primeras -identificables con la causa fin del contrato de sociedad- son aquellas generales o abstractas que tiene todo socio por el hecho de ser tal, en tanto se encuentran ínsitas en el propio negocio societario y son connaturales a la condición de socio; por ejemplo, la participación en el gobierno de la sociedad o en las ganancias¹⁰⁴. Las segundas -equiparables a la causa motivo- son aquellos intereses particulares que no existen en la estructura del contrato de sociedad, pero que integran un contrato social determinado cuando han sido causalizados por los socios mediante su

¹⁰² “Un tribunal debe brindar socorro a un accionista minoritario, sea mediante la disolución o cualquier otro remedio, siempre que los administradores o accionistas controlantes actúen de una manera que defrauda las expectativas razonables de los accionistas minoritarios, aún cuando los actos de los administradores o controlantes estén dentro del alcance literal de las facultades o derechos que les concedan las Ley de Sociedades, el acto constitutivo o el reglamento. Las expectativas razonables de los accionistas, del modo en que existen en la creación de la empresa, y del modo en que se desarrollan posteriormente en el curso de acuerdos que se van conformando entre todos, es tal vez la guía más confiable para una solución justa de un conflicto entre los accionistas, al menos un conflicto en las típicas sociedades cerradas. En una corporación cerrada, los estatutos y reglamentos casi nunca reflejan la totalidad de las condiciones acordadas por los socios entre sí.” (O’NEAL, F. Hodge, *“Oppression of Minority Shareholders”* § 9.04, citado por la Suprema Corte de Carolina del Norte in re *Meiselman vs. Meiselman*, 307 S.E.2d 551 309 N.C. 279 (1983), la traducción me pertenece).

¹⁰³ “Un accionista que razonablemente tuvo la expectativa de que unirse a la sociedad le daría derecho a un trabajo, a una porción de las ganancias de la sociedad, a un lugar en la administración o a cualquier otra forma de ingreso estable, sería cabalmente oprimido cuando otros en la sociedad apuntaran a defraudar esas expectativas y no exista ningún medio eficaz para salvaguardar su inversión (...) Un tribunal, al considerar una petición que alegue una conducta opresiva, debe investigar lo que los accionistas mayoritarios conocían, o deberían haber conocido, en relación a las expectativas del peticionante al ingresar a dicha particular sociedad. La conducta de la mayoría no debe considerarse opresiva simplemente porque no se cumplan las esperanzas y deseos subjetivos del peticionario al unirse a la sociedad. La decepción por sí sola no necesariamente debe ser equiparada con la opresión. Más bien, la opresión se considera procedente solamente cuando la conducta mayoritaria frustra sustancialmente las expectativas que, objetivamente consideradas, fueron tanto razonables dadas las circunstancias, como también centrales para que el peticionante ingresara a la sociedad.”(Corte Suprema de Nueva York, *Kemp & Beatley, Inc.*, cit., la traducción es propia). “Cfr. MOLL, Douglas K., *Shareholder Oppression & Reasonable Expectations: Of Change, Gifts, and Inheritances in Close Corporation Disputes*, en *Minnesota Law Review* N° 86, 2001-2002, p. 717; VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit., p. 79; AMAYA PRIETO, Juan Pablo, “Abuso del derecho en materia societaria: opresión de accionistas y políticas de repartición de utilidades en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado* N.o 53, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Enero - Junio de 2015. Explica Matheson: “Quienes están a favor de una mayor intervención judicial sostienen que los accionistas de sociedades anónimas cerradas son, en esencia, socios en una relación económica y social en curso, y que la naturaleza única de la sociedad anónima cerrada requiere remedios especiales cuando un accionista actúa de manera incompatible con los intereses o las expectativas de otro.” (MATHESON, John H., op. cit., p. 660, la traducción me pertenece).

¹⁰⁴ Consisten en la causa fin del contrato de sociedad, comprendidas expresamente en el artículo 1 de la LGS.

consideración expresa o implícita¹⁰⁵; es el frecuente caso, por ejemplo, en que pese a la dinámica formal societaria, las partes han acordado que en vez de distribuir dividendos, éstas serán remuneradas con honorarios o salarios por su labor personal en la sociedad¹⁰⁶.

De modo similar al derecho anglosajón, la actual o futura afectación grave de cualquiera de los dos tipos de intereses subyacentes del socio -como causa fin o motivo- darán lugar a una amenaza de daño que implique un “razonable interés en su prevención” (art. 1712 CCCN). Sin perjuicio de ello, dada la variedad y riqueza de las causas-motivo que puedan inspirar a los socios en cada caso, serán quizás éstas las más útiles a la hora de integrar y humanizar judicialmente las reglas de la Ley 19.550 con el ejercicio regular de los derechos y los derechos de propiedad, igualdad y libertad de asociación del minoritario¹⁰⁷.

¹⁰⁵ “Los intereses y perspectivas de los demás participantes deben ser considerados a la hora de determinar de las ‘expectativas razonables’. La clave es los ‘razonable’. A fin de que las expectativas de los demandantes sean razonables, deben ser conocidos o asumidos por los demás accionistas, y concordadas con ellos. Las expectativas reservadas para sí que no fueron dadas a conocer a los demás participantes no son ‘razonables’. Solo las expectativas consagradas en entendimientos entre los participantes, expresos o implícitos, deben ser reconocidos por el Tribunal.” (Suprema Corte de Carolina del Norte, in re *Meiselman vs. Meiselman*, cit., la traducción es de autor).

¹⁰⁶ Siendo inclusive irrelevante si la sociedad despide al socio con invocación de justa causa: “Ya sea que los accionistas controlantes despidan al peticionante con justa causa o dentro del margen de su criterio empresarial, es irrelevante. La corte considera que el acuerdo indiscutible entre los accionistas al momento de la formación de la sociedad fue tal, que la conducta de los demandados han dañado severamente las razonables expectativas de los peticionantes, y constituye un *freeze-out* de sus intereses; consecuentemente, la misma es considerada ‘opresiva’ dentro del marco legal” (*Topper*, cit, 107 Misc.2d 28, la traducción es de autor). En igual sentido, la Suprema Corte de Carolina del Norte, con cita a O’Neil: “aquellas ‘expectativas razonables’ incluyen, por ejemplo, la expectativa de las partes de que participarán en la administración del negocio o que serán empleadas de la sociedad”. (*Meiselman vs. Meiselman*, cit., cuya traducción me pertenece). Cfr. O’NEAL, F. Hodge, “*Close Corporations: Existing Legislation and Recommended Reform*”, 33 Bus.Law 873, 885 (1978)). Cfr. *Kemp & Beatley, Inc.*, cit.; *Balvik v. Sylvester*, cit.,

¹⁰⁷ Explica el maestro O’Neil: “Al parecer, sin un examen minucioso, los tribunales conceden al principio del gobierno mayoritario la misma santidad en las sociedades comerciales, incluyendo las pequeñas empresas, del que tiene en el mundo político. El principio mayoritario de gobierno es en el pensamiento jurídico tradicional un atributo firmemente consolidado de la estructura societaria. Sin embargo, no es raro que una persona poco adosa en materia de negocios y finanzas, invierta todos sus activos en una sociedad cerrada con la expectativa -a menudo razonable bajo las circunstancias, incluso en ausencia de un pacto expreso- de qué será un empleado clave en la empresa y que tendrá voz en la toma de decisiones empresariales. Así, cuando los tribunales aplican el principio del gobierno mayoritario en las sociedades cerradas, a menudo frustran las expectativas razonables de los participantes”. (O’NEAL, F. Hodge, “*Oppression of Minority Shareholders*” § 9.04, citado por la Suprema Corte de Carolina del Norte in re *Meiselman vs. Meiselman*, cit., traducción de autor). En consonancia con lo dicho, el tribunal expone con diáfana claridad en el citado fallo la necesidad de brindar soluciones que liberen del yugo vinculante de la sociedad al minoritario frustrado: “En resumen, entonces, cuando los tribunales no pueden proporcionar un remedio para un accionista minoritario cuyas ‘expectativas razonables’ han sido decepcionadas en el marco de una sociedad cerrada, la Corte, en efecto, ‘impone la continuación de la asociación por constreñimiento legal –alguna vez llamado ‘juntos por imposición’- en una perspectiva que en modo alguno aparece como política deseable’. En otras palabras, la insistencia en pretender que las partes en resuelvan sus diferencias en el marco de la sociedad parece inconsistente con la tradicional resistencia de los Tribunales de Equidad para hacer cumplir las relaciones personales no deseadas”.

Finalmente, dado que toda causa constituye un elemento esencial presente a lo largo de toda la vigencia del contrato, y atento a la naturaleza contingente y dinámica de las causas-motivo que han movilizadado a los socios, será fundamental comprender la mutación que tendrán dichos intereses serios y determinantes a lo largo de la existencia de la sociedad. Ahora bien, sin perjuicio de la importancia que en la jurisprudencia anglosajona tienen las sucesivas variaciones de estas expectativas específicas a los fines de evaluar la procedencia de los *remedies*¹⁰⁸, el derecho argentino ha condicionado la consideración de dichas mutaciones al actuar doloso de la mayoría, según se referirá a continuación¹⁰⁹.

3.6.2.3. Relación de causalidad

Por último, existen también algunas notas dignas de resaltar en la relación de causalidad exigida en la función preventiva. Justamente, debe atenderse a que “la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes”, y que “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”¹¹⁰.

Para ello, atendiendo a la sociedad como contrato, es forzoso remitirse al régimen de causalidad en la materia. En este punto, la novedad introducida por el art. 1728 del CCCN¹¹¹ ha dejado de lado la previsibilidad en abstracto tradicionalmente exigida en nuestro país, para pasar a aquella que en concreto han debido tener las partes al momento de la contratación, respondiendo aquí también a una solución de neta ciudadanía anglosajona¹¹².

¹⁰⁸ “Estas ‘expectativas razonables’ deben ser descubiertas examinando íntegramente la historia de la relación de los participantes. Dicha historia incluirá las ‘expectativas razonables’ creadas en la formación de la relación de los participantes; aquellas según se fueron alteradas en el tiempo; y las ‘expectativas razonables’ que se desarrollaron a medida que los participantes se fueron vinculando en el curso de las negociaciones necesarias para la conducción de los asuntos sociales.” (Suprema Corte de Carolina del Norte in re *Meiselman vs. Meiselman*, cit., traducción propia)

¹⁰⁹ Sin perjuicio de que a primera vista ello parece marcar una diferencia con la jurisprudencia norteamericana, creo que ello en realidad no es tal, o al menos no en forma lineal. Según se ha mostrado en alguna de las citas anteriores, la variedad estadual y casuística de la legislación y jurisprudencia anglosajona ha tenido una visión pragmática y quizás poco sistemática respecto a la intención dolosa que suele darse en la mayoría de los casos de conductas opresivas, manifestando a veces en forma expresa su innecesaridad y, otras tantas, tomándola expresa o implícitamente como un extremo imprescindible.

¹¹⁰ Comisión Redactora; Fundamentos..., p. 218.

¹¹¹ “Artículo 1728.- Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.”

¹¹² “En un sistema que unifica la responsabilidad contractual y extracontractual, es necesario regular claramente la previsibilidad en materia contractual. Esta regla, con distintas variantes, es la que se admite mayoritariamente. Ha comenzado con un texto de Paulo (19.I.21,3) que limitaba el resarcimiento obligacional, siguiendo por un enorme caudal de reglas casuísticas del medioevo, hasta llegar a la obra de Molineo que estableció una fórmula única para decir que hay un límite en la responsabilidad obligacional derivado justamente de la obligación preexistente. El

Aplicando estas normas al tema tratado, la única amenaza de daño que se encontrará en relación de causalidad adecuada con el acto u omisión antijurídico de la mayoría, será la referida a aquellos intereses razonablemente tutelables que hayan sido o podido ser previstos por los socios al momento de contratar; es decir, las expectativas comprendidas en la causa fin del contrato y aquellos motivos causalizados en forma expresa o implícita al momento de su celebración.

Según se adelantó, por regla general quedarán fuera de la previsión causal aquellas expectativas o motivaciones en las que los socios hubieran concordado con posterioridad al acto fundacional, salvo que la conducta de la mayoría se encuentre teñida de dolo, en cuyo caso la previsión se juzgará al momento del acto antijurídico, comprendiendo en tal caso las expectativas existentes conocidas al tiempo de la acción u omisión.

Pese a lo dicho, entiendo que la habitual actuación dolosa de los abusos de mayorías o minorías demostrada por la casuística tribunalicia, da cuentas de que será de aplicación más frecuente la excepción que la regla.

4. Consideraciones finales

Creo que el CCCN ha incorporado un mecanismo sumamente versátil y efectivo para la resolución de los conflictos societarios en sus diferentes niveles, el cual no solo permite a los tribunales sanear la dinámica societaria con el mandato más idóneo al caso, sino también arbitrar soluciones estructurales que impliquen la separación de los socios por cualquiera de los mecanismos que estime conveniente.

La novedosa disposición del art 1713 del CCCN, quizás más afín a los sistemas del *common law*, plantea una herramienta poderosa que descansa en el criterio judicial y que plantea la necesidad de aggiornar la tradición argentina a soluciones normativas más abiertas y flexibles que se muestran más útiles a la hora de adaptar las soluciones legales a los complejos problemas de la realidad moderna, permitiendo llevar justicia a cada caso concreto.

En este marco, al igual de lo que ocurre en materia de minoridad y familia, será tarea fundamental del juez asumir el rol que le ha dado el CCCN, ejerciendo con determinación y

Código Civil Francés, (art 1150) dispone que "el deudor responde por los daños que ha previsto o podido prever al celebrarse el contrato". En el derecho anglosajón, la regla surge con el caso "*Hadley vs. Baxendale*" que toma en cuenta lo que ha sido previsible al momento de contratar. Una regla similar es receptada en diversos textos internacionales como la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En la doctrina internacional, puede señalarse que los Principios de Unidroit..." Comisión Redactora; Fundamentos..., p. 228 y 229.

prudencia las amplias potestades que le permitirán resolver este grave problema de las sociedades cerradas argentinas, problema que hasta la fecha clama aún su solución.