

SOCIEDAD ANONIMA. Acciones de responsabilidad. Acción individual del accionista. Art. 279 de la ley 19550. Daños comprendidos. Daños directos y personales. Exclusión de daños indirectos padecidos por la persona jurídica. Caracterización de los actos según se hayan producido antes o después de una situación de crisis irreversible. Cesación de pagos. Conciencia de la situación por parte de los directores. Carga de la prueba. Pérdida del capital social. Inexistencia de dividendos. Irregularidades cometidas ante la autoridad de control. Insuficiencia de un mero obrar antinormativo para responsabilizar a los directores ante el accionista.

1. La vía autorizada por el art. 279 de la ley 19.550 no es hábil para lograr la reparación de daños “indirectos”, esto es, los vinculados al perjuicio mayor que soporta la sociedad y de igual naturaleza que el que sufren todos los accionistas, sino solamente el resarcimiento del daño “directo” personal e individualmente soportado por el socio o accionista, o sea, no derivado de una lesión corporativa a sus intereses como tal o, dicho de otro modo, que no es mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social.

2. Admitir el resarcimiento de daños “indirectos” en la órbita de la acción individual -no social- de responsabilidad (art. 279 de la ley 19550) es sustancialmente objetable pues conduciría a una superposición de acciones, ya que la sociedad estaría en condiciones de reclamar la pérdida sufrida en su patrimonio, y simultáneamente el accionista haría lo propio en virtud de la proyección de ese daño. Permitir tal cosa altera el sistema legal y abre incógnitas difíciles de dilucidar sobre el funcionamiento y coordinación de la acción social ejercida por la sociedad y la individual ejercida por el socio o accionista.

3. En el marco de la acción individual de responsabilidad (art. 279 de la ley 19550), a efectos de determinar la existencia o no de un comportamiento ilícito de los administradores societarios por contrataciones que hubieran efectuado, debe distinguirse entre los supuestos de contratación en situación de dificultades económicas o financieras, y los supuestos de contratación en escenario de crisis ya irreversible.

4. El recurso al crédito o a la realización de operaciones comerciales en situación de dificultades económicas o financieras, no conlleva normalmente responsabilidad alguna en el marco de la acción individual de responsabilidad (art. 279 de la ley 19550), aunque se desemboque en un concurso. Es que la contratación en situaciones de dificultades económicas o financieras de la sociedad, entra en el ámbito de la normalidad comercial.

5. Si bien debe evitarse que la asunción de obligaciones en situaciones de grave endeudamiento se traduzca en una sistemática responsabilización de los administradores cuestionando el principio de la autonomía patrimonial y las exigencias propias de la actividad empresarial basada en el riesgo y la aleatoriedad, lo cierto es que hay un momento a partir del cual los intereses de protección de los acreedores pasan al primer plano de la consideración también en la disciplina de la responsabilidad de los administradores.

6. En el ámbito de la acción individual del art. 279 de la ley 19550, para imputar alguna responsabilidad a los administradores en casos de contratación en escenario de crisis ya irreversible, es preciso que el conocimiento de esa situación de crisis hubiera podido influir a punto tal que la operación se hubiese desarrollado en otras condiciones, o no se hubiese siquiera realizado.

7. En las contrataciones efectuadas en un escenario de crisis irreversible, la responsabilidad de los administradores por daño directo solamente surgirá cuando dadas las circunstancias (sobre todo la situación patrimonial y demás factores objetivos y subjetivos influyentes en las expectativas de saneamiento y recuperación de la empresa) fuera previsible

para ellos el posible futuro incumplimiento de la obligación que se contrae.

8. Basándose el reclamo individual del art. 279 de la ley 19550 en un tipo especial de responsabilidad extracontractual, el agente puede ser responsabilizado incluso por las consecuencias mediatas, pero solo si ellas le fueron previsibles (arts. 903, 904 y 905, parte inicial, del Código Civil).

9. El recurso al crédito o la realización de operaciones comerciales en etapa de pre-insolvencia no conlleva necesariamente a una responsabilidad, ya que tal contratación, aunque tuviera lugar en situaciones de dificultades económicas o financieras de la sociedad, entra en el ámbito de la normalidad comercial, máxime si el recurso al crédito que se aprobó y obtuvo por el directorio, no fue aplicado a un destino espurio.

10. Aún cuando el recurso al crédito o la realización de operaciones comerciales haya tenido lugar luego de producida la cesación de pagos, tal circunstancia no permite, por sí misma, atribuir responsabilidad por un daño directo en los términos del art. 279 de la ley 19.550.

11. La percepción de la sindicatura a los fines de la determinación temporal exigida por el art. 40, inc. 5, de la ley 19.551, es siempre *ex post* y, lógicamente, no necesariamente ha de ser coincidente con la que *ex ante* pudieron de buena fe haber tenido los administradores societarios, máxime ponderando que la cesación de pagos es un estado de hecho ambiguo, cuya realización no permite, por lo común, afirmar en ese momento que realmente el deudor haya caído en insolvencia, para luego ir acentuándose hasta que se revela por hechos cuya interpretación no deja lugar a dudas.

12. El presunto daño directo que a los accionistas puede provocar cualquier desviación ilícita de fondos por parte de los administradores, no escapa en cuanto a la acreditación de su realidad al régimen general que rige en la materia, cual es que el *onus probandi* del daño y su relación causal recae sobre la demandante (art. 377 del Código Procesal).

13. La eventual pérdida del capital social vinculada a la gestión de los administradores es un daño que, en rigor, directamente afecta a la sociedad, y solo indirectamente a los socios o accionistas.

14. La acción autorizada por el art. 279 de la ley societaria no puede fundarse en daños al patrimonio social que indirectamente repercuten en el patrimonio del socio o accionista a título de ganancias que pudiera haber dejado proporcionalmente de percibir.

15. Si se permitiera al accionista demandar los perjuicios sufridos como consecuencia de la pérdida de la sociedad, y su eventual pérdida de ganancias, habría una superposición de acciones, pues la sociedad estaría habilitada para reclamar por la pérdida sufrida en su patrimonio y, simultáneamente, el accionista podría hacer lo propio en virtud de la proyección de ese daño, lo que es inadmisibile.

16. Incluir dentro de la acción individual del accionista a la acción que persigue la indemnización de daños que, en rigor, afectan el patrimonio social, aun so pretexto de protección de minorías, contradice el texto y el espíritu de la ley, afecta el sistema legal, y produce una superposición de acciones entre la social -arts. 276 y 277, ley 19.550- y la autorizada por el art. 279 de la ley societaria.

17. La existencia de meros ingresos dinerarios a la sociedad, o la genérica referencia al monto facturado en determinado periodo, no basta por sí sólo para acreditar la presencia de un derecho al cobro de dividendos que sirva de fundamento para responsabilizar a los administradores a los fines de la acción del art. 279 de la ley 19550.

18. Si bien los administradores societarios son responsables por todo acto u omisión que signifique un desconocimiento de derechos de los socios o accionistas al cobro del dividendo, lo cierto es que una imputación de esa naturaleza supone, como necesario *prius*, la

determinación de que existió verdaderamente posibilidad de distribuir dividendos, debiendo recordarse, en tal sentido, que la ley societaria no autoriza pagarlos por el solo hecho de haber obtenido la sociedad un ingreso dinerario, o haber hecho una o más operaciones comerciales favorables.

19. De acuerdo a los arts. 68 y 224 de la ley 19.550, los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano competente. Asimismo, el art. 70 de la misma ley prohíbe distribuir ganancias hasta que no se reintegran las reservas legales o estatutarias; y el art. 71 hasta tanto no se cancelen las pérdidas de ejercicios anteriores.

20. La mera obtención de un beneficio por la sociedad, cualquiera sea su índole, solo genera a favor del socio un derecho en expectativa, pero no un derecho al dividendo.

21. El derecho al dividendo solamente se concibe con relación a utilidades que constituyen el producto neto del ejercicio, es decir, deducidos los gastos generales, las cargas y las amortizaciones y sólo pueden provenir de un resultado económico regular debidamente aprobado por los socios y de ganancias realizadas y líquidas, resuelta su distribución por el órgano de gobierno una vez practicadas la deducciones legales obligatorias -cubrir las pérdidas de ejercicios anteriores, reservas legales, honorarios de funcionarios, obligaciones impositivas, etc.- como también aquellas deducciones facultativas -reservas especiales- en los límites autorizados. Toda otra distribución de utilidades que se hiciera en infracción de alguno o algunos de esos requisitos, es un "dividendo ilegítimo" o "dividendo ficticio" de acuerdo a la legislación vigente.

22. El incumplimiento del deber de los administradores de presentación de los estados contables ante la autoridad de control societario, solo puede acarrear sanciones administrativas. Es decir, la omisión de que se trata no proyecta una responsabilidad civil de los administradores societarios y, en su caso, una respuesta contraria, por su excepcionalidad frente a lo que es el régimen general, debería tener correlato en una acabada prueba del daño que la omisión pudiera haber provocado, y del nexo causal entre uno y otra.

23. Para responsabilizar a un administrador no alcanza con constatar un obrar antinormativo, pues es necesaria la prueba del perjuicio concreto.

CNCom, Sala D, septiembre 22 de 2010, "Pérez Héctor Pedro y Otro c/ Scharer S.A.I.C. y Otros s/ Ordinario".

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario

En Buenos Aires, a 22 de septiembre de 2010, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa "PÉREZ HÉCTOR PEDRO Y OTRO c/ SCHARER S.A.I.C. Y OTROS s/ ORDINARIO", registro n° 32063/2005, procedente del JUZGADO N° 22 del fuero (SECRETARÍA N° 43), donde esta identificada como expediente N° 23997, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores:

Heredia, Vassallo, Dieuzeide.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Heredia dijo:

1º) La sentencia de primera instancia, dictada en fs. 1285/1296, rechazó -en cuanto aquí interesa- la acción de responsabilidad promovida por los actores contra los integrantes del directorio de Scharer S.A., señores Juan Manuel Sandberg Haedo, María Rosa Scharer y Clelia Susana Quatrefages de Papouchado.

Para así resolver, sostuvo el fallo que la acción entablada en autos era la autorizada por el art. 279 de la ley 19.550, y que si bien fue acreditado que los administradores demandados incumplieron lo establecido por el art. 73 de esa ley, así como omitieron presentar diversos balances a la Inspección General de Justicia, no habían los actores acreditado haber sufrido un daño “directo” en su patrimonio personal como consecuencia de tales reprochables conductas. En ese orden de ideas señaló el pronunciamiento, además, que la especial acción promovida en autos no permitía acceder a la reparación de daños “indirectos” sufridos por el socio o accionista derivados de la afectación del patrimonio social, y que al redactar el pliego para la absolución de posiciones de la codemandada Quatrefages de Papouchado, los actores reconocieron que la actuación de los administradores demandados causó un daño directo solo en el patrimonio de Scharer S.A. (fs. 1294/1295, considerando 7º).

Las costas fueron impuestas por su orden.

2º) Contra la reseñada decisión apelaron separadamente Héctor Pedro Pérez y María Elena Scharer (fs. 1307 y 1309), pero fundaron su recurso con un común memorial de agravios (fs. 1334/1338), que fue resistido por la sindicatura designada en la quiebra de Scharer S.A. (fs. 1343/1345), y por el codemandado Juan Manuel Sandberg Haedo (fs. 1357/1361).

Asimismo, existen recursos por los honorarios regulados, los que serán tratados al finalizar el acuerdo (fs. 1299, 1303, 1305, 1319 y 1322).

La fiscal ante la Cámara declinó dictaminar (fs. 1364).

3º) En el escrito de agravios los demandantes consienten expresamente la calificación dada a su acción por la sentencia, esto es, que se trata de la regulada por el art. 279 de la ley 19.550. Desde tal aceptada perspectiva legal y contra lo argüido en primera instancia, sostienen haber sufrido daños “directos” en su patrimonio personal, derivados de la violación por parte de los demandados a sus obligaciones como administradores (fs. 1334 vta.).

Puede verse, pues, que los actores no cuestionan y, por lo tanto, debe considerarse firme, la interpretación sostenida por la sentencia de primera instancia según la cual la vía autorizada por el art. 279 de la ley 19.550 no es hábil para lograr la reparación de daños “indirectos”, esto es, los vinculados al perjuicio mayor que soporta la sociedad y de igual naturaleza que el que sufren todos los accionistas, sino solamente el resarcimiento del daño “directo” personal e individualmente soportado por el socio o accionista, o sea, no derivado de una lesión corporativa a sus intereses como tal o, dicho de otro modo, que no es mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social.

A todo evento, y más allá de la apuntada firmeza adquirida por la referida exégesis, señalo -sólo por abundar- que racionalmente coincido con ella habida cuenta de los fundamentos, que doy por reproducidos, largamente explicitados por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia uniforme de esta cámara que ha examinado los alcances del recordado art. 279 de la ley societaria coincidiendo, precisamente, en excluir de su ámbito la reparación de daños “indirectos” sufridos por el socio (conf. Halperín, I., *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, 1978, p. 459; Zaldívar, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires, 1978, t. III, p. 534, donde refiere la improcedencia de la acción para obtener la reparación del daño como participante del

interés general de la sociedad; Farina, J., *Tratado de sociedades comerciales – parte especial*, Rosario, 1980, t. II-B, ps. 401/402; Roitman, H., *Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada*, Buenos Aires, 2006, t. IV, ps. 599/600; Vanasco, C., *Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 650; Vítole, D., *Sociedades Comerciales – Ley 19.550 comentada*, Santa Fe, 2008, t. IV, p. 683; Balbín, S., *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, Buenos Aires, 2006, p. 153; Rouillón, A. y Alonso, D., *Código de Comercio, comentado y anotado*, Buenos Aires, 2006, t. III, ps. 703/704, n° 7; Gagliardo, M., *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1994, p. 643, n° 394; Verón, A., *Sociedades Comerciales – Ley 19.550, comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, 1994, t. 4, ps. 334/335; Escuti, I., *Sociedades*, Buenos Aires, 2006, ps. 300/301; Ferrer, G., *Responsabilidad de los administradores societarios*, Buenos Aires, 2009, p. 187, n° 3.4; Boretto, M., *Responsabilidad civil y concursal de administradores de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, 2006, p. 192, aunque dejando a salvo el supuesto excepcional de daños derivados de abuso de mayorías; Martorell, E., *Los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1990, p. 425, texto y nota n° 1113; Arecha, M. y García Cuerva, H., *Sociedades comerciales – análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*, Buenos Aires, 1983, ps. 403/404; Richard, E. y Muíño, O., *Derecho Societario*, Buenos Aires, 2000, ps. 547/548, n° 345 “b”; Stordeur, E., *Manual de Derecho Societario*, Buenos Aires, 2002, p. 343; Villegas, C., *Sociedades Comerciales*, Santa Fe, 1997, t. II, ps. 456/457; CNCom. Sala A, 23/2/96, “Rodríguez, Adriana c/ Boveda, Carlos”; íd. Sala A, 22/10/99, “Gatti, Ernesto c/ Bulad, Alfredo”; íd. Sala B, 10/2/93, “De la Cuesta, Daniel c/ Anchubidart, Eduardo”; íd. Sala B, 29/8/92, “Pombo, María A. c/ Cardoso, Hilda O.”; íd. Sala C, 19/12/95, “Biscossa, Carlos F. c/ Elat S.A.”; íd. Sala C, 18/4/96, “Gómez, Humberto c/ Confitería Los Leones S.A. y otros”, JA 1996-IV, p. 522; íd. Sala D, 18/3/98, “Industrias Record S.A. c/ Calvo, Marta E.”; íd. Sala E, 30/6/93, “Buoncuore, Amadeo y otros”; íd. Sala E, 16/5/95, “Pecati Nazar, R. c/ Torres Astigueta S.A.”, LL 1996-C, p. 177, con nota de Conil Paz, A., *Responsabilidad de representantes sociales y quiebra*; íd. Sala E, 17/5/96, “Etchart, Sergio c/ Lecuona, José”; íd. Sala E, 22/11/96, “Bellotto, Héctor c/ Laufgang, Sergio”; entre muchos otros fallos).

No desconozco, desde luego, la posición minoritaria mantenida por distinguidos autores que admiten el resarcimiento de daños “indirectos” en la órbita de la acción individual -no social- de que trata estas actuaciones (conf. Nissen, R., *Ley de sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, 1998, ps. 410/412, n° 666; Cabanellas de las Cuevas, G., *Derecho Societario*, Buenos Aires, 1996, p. 404 y ss.; Solari Costa, O., *Acción individual de responsabilidad – afectación del patrimonio del accionista en forma indirecta*, LL 1998-A, p. 187).

Sin embargo, a más de que -insisto- esta última interpretación ha quedado erradicada del *sub lite* por no haber sido objeto de crítica la posición contraria postulada en el decisorio recurrido, la entiendo sustancialmente objetable pues conduce a una superposición de acciones, ya que la sociedad estaría en condiciones de reclamar la pérdida sufrida en su patrimonio, y simultáneamente el accionista haría lo propio en virtud de la proyección de ese daño. Permitir tal cosa altera el sistema legal y abre incógnitas difíciles de dilucidar sobre el funcionamiento y coordinación de la acción social ejercida por la sociedad y la individual ejercida por el socio o accionista, tal como ampliamente lo ha destacado, no solo buena parte de la doctrina nacional mayoritaria antes citada, sino igualmente la doctrina extranjera de manera uniforme (conf. Velasco, G., *La acción individual de responsabilidad*, en la obra “La responsabilidad de los administradores”, dirigida por Rojo, A. y Beltrán, E., Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, ps. 156/157; Garrigues, J. y Uría, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, t. II, p. 199, ap. III “b”; Pérez Carrillo, E., *La administración de la sociedad anónima*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, ps. 210, texto y nota n° 381; J. & A. Garrigues abogados, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, ps. 26/27, n° 2.2.2; Brunetti, A., *Tratado del derecho de las sociedades*, Buenos Aires, 2003, t.

III, p. 439, n° 1192; Marcora, G., *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori si società anonima*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano, 1931, p. 54, n° 23; Frè, G., *Società per azioni*, Nicola Zanichelli Editore e Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1956, p. 422; Galgano, F., *Diritto Commerciale – Le società*, Zanichelli, Bologna, 1986, t. 2, p. 342; Retail, L., *Administration et gestion des sociétés commerciales*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1947, t. I, ps 272/273, n° 202; Rodríguez Olivera, N., *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, Montevideo, 1973, p. 198, n° 192).

Teniendo en consideración lo anterior, corresponde examinar las imputaciones que sustentan la pretensión resarcitoria de los actores, y particularmente los daños por los que reclaman, bien que todo ello con los exclusivos alcances que resultan del memorial que presentaron ante esta alzada, pues el régimen de los arts. 271 *in fine* y 277 del Código Procesal, sólo atribuye al tribunal de segunda instancia, la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos ante ella, limitación que tiene jerarquía constitucional (CSJN, Fallos 325:603 y sus citas).

4°) La primer imputación que levantan los recurrentes contra los administradores demandados se refiere al hecho de que, en su función de directores, resolvieron tomar préstamos bancarios y garantizarlos con hipotecas sobre dos inmuebles de propiedad de Scharer S.A., recibiendo sumas que, dicen los actores, “...*evidentemente no (fueron) destinadas a paliar la grave situación económico-financiera de la sociedad ya que..., el personal de la empresa desde enero/92 comenzó a cobrar sus remuneraciones en forma discontinua, circunstancia que -por otro lado- se agravó en el mes de octubre/92 cuando comenzaron a ser suspendidos...*” (fs. 1335 y vta.).

Así planteada la imputación, se advierte que se desdobra en dos aspectos diferenciados. En primer lugar, si es posible achacar responsabilidad a los directores por el hecho de haber decidido contratar los mencionados mutuos hipotecarios. Y, en segundo lugar, si se les puede hacer algún reproche por el destino dado a los fondos recibidos en calidad de préstamo.

Veamos.

(a) Con respecto a lo primero, cabe señalar que en el marco de la acción individual de responsabilidad de que se trata, a efectos de determinar la existencia o no de un comportamiento ilícito de los administradores societarios por contrataciones que hubieran efectuado, debe distinguirse entre los supuestos de contratación en situación de dificultades económicas o financieras, y los supuestos de contratación en escenario de crisis ya irreversible.

En tal sentido, ha señalado reconocida doctrina -con criterio que cabe compartir- que el recurso al crédito o a la realización de operaciones comerciales en la primera de las situaciones, no conlleva normalmente responsabilidad alguna en el marco de la acción de que se trata, aunque se desemboque en un concurso. Es que la contratación en situaciones de dificultades económicas o financieras de la sociedad, entra en el ámbito de la normalidad comercial (conf. Velasco, G., *La acción individual de responsabilidad...*, ob. cit., p. 186).

Otra cosa sucede, empero, con la actuación en situación de insolvencia o cesación de pagos, donde los riesgos para la satisfacción de los intereses de los acreedores son cualitativamente distintos, así como los remedios. Al respecto, la misma relevante doctrina ha advertido que si bien debe evitarse que la asunción de obligaciones en situaciones de grave endeudamiento se traduzca en una sistemática responsabilización de los administradores cuestionando el principio de la autonomía patrimonial y las exigencias propias de la actividad empresarial basada en el riesgo y la aleatoriedad, lo cierto es que hay un momento a partir del cual los intereses de protección de los acreedores pasan al primer plano de la consideración también en la disciplina de la responsabilidad de los administradores. Mas para imputar en este diferente y más grave escenario alguna responsabilidad a los administradores, es preciso, en el ámbito de la acción individual de que se trata, que el conocimiento de la situación de crisis

hubiera podido influir a punto tal que la operación se hubiese desarrollado en otras condiciones, o no se hubiese siquiera realizado. En otras palabras, en este contexto claramente distinto del anterior, la responsabilidad de los administradores por daño directo solamente surgirá cuando dadas las circunstancias (sobre todo la situación patrimonial y demás factores objetivos y subjetivos influyentes en las expectativas de saneamiento y recuperación de la empresa) fuera previsible para ellos el posible futuro incumplimiento de la obligación que se contrae (conf. Velasco, G., *La acción individual de responsabilidad...*, ob. cit., ps. 186/187). Criterio este último que, valga señalarlo, resulta perfectamente aplicable a la naturaleza del reclamo en juego, pues basándose él en un tipo especial de responsabilidad extracontractual (conf. Roitman, H., ob. cit., t. IV, p. 605; Ferrer, G., ob. cit., p. 189; Vítolo, S., ob. Cit., t. IV, p. 685; Nissen, R., ob. cit., t. 4, p. 410; Cabanellas de las Cuevas, G., ob. cit., t. 4, p. 397), el agente puede ser responsabilizado incluso por las consecuencias mediatas, pero solo si ellas le fueron previsibles (arts. 903, 904 y 905, parte inicial, del Código Civil; Llambías, J., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 412, n° 308).

Partiendo de lo anterior, examinemos qué ha ocurrido en el caso *sub examine*.

El peritaje contable rendido en autos informó que en el libro de actas del directorio de Scharer S.A. constan las reuniones celebradas los días 27/4/88, 27/2/91 y 24/4/92 en las que se resolvió, en las dos primeras, tomar préstamos bancarios y garantizarlos con hipotecas sobre dos inmuebles integrantes del patrimonio social, y en la última refinanciarlos. En cada una de esas reuniones se aclaró que el motivo de las respectivas decisiones era “...la actual situación económica y financiera de la empresa...” (fs. 1019 vta.). Por otra parte, de acuerdo al informe general de la sindicatura presentado en la quiebra de Scharer S.A., aunque hubo algunos incumplimientos anteriores, la fecha inicial de su estado de cesación de pagos puede ser ubicada en el 13/2/92 (fs. 420 de la causa “Scharer S.A. s/ concurso preventivo”).

Quiere decir, entonces, que las decisiones del directorio adoptadas los días 27/4/88 y 21/2/91, por ser anteriores al momento inicial del estado de insolvencia, no pueden ser tenidas en cuenta para calificar negativamente la conducta de los administradores integrantes de tal órgano pues, como fuera dicho antes, el recurso al crédito o la realización de operaciones comerciales en tal etapa de pre-insolvencia no conlleva necesariamente a una responsabilidad, ya que la contratación, aunque tuviera lugar en situaciones de dificultades económicas o financieras de la sociedad, entra en el ámbito de la normalidad comercial. Debe observarse, por otro lado, que según también detalló el informe pericial, surge del acta de la reunión de directorio del día 20/10/89 que el financiamiento entonces obtenido (ha de entenderse el relacionado con la primera hipoteca autorizada el 27/4/88) se orientó a la cancelación de pasivos (fs. 1022). Es decir, el recurso al crédito que se aprobó y obtuvo por el directorio, no fue aplicado a un destino espurio.

Distintamente, la refinanciación hipotecaria aprobada por el directorio en su reunión del 24/4/92, no fue anterior sino posterior a la fecha en que la sindicatura designada en la quiebra de Scharer S.A. entendió producida su cesación de pagos. Empero, tal circunstancia no permite, por sí misma, atribuir responsabilidad por un daño directo en los términos del art. 279 de la ley 19.550. Así lo pienso, porque entre dicha reunión y la fecha fijada como de iniciación del estado de cesación de pagos (13/2/92), hay un lapso de apenas algo más de dos meses, en el cual la situación patrimonial de Scharer S.A. pudo para sus directores no presentarse, con evidencia y razonable certeza, como constitutiva de una insolvencia definitiva, con sus conocidas notas de generalidad y permanencia. Recuérdese, en tal sentido, que la percepción de la sindicatura a los fines de la determinación temporal exigida por el art. 40, inc. 5, de la ley 19.551 (texto vigente el tiempo de presentación del informe general), es siempre *ex post* y, lógicamente, no necesariamente ha de ser coincidente con la que *ex ante* pudieron de buena fe

haber tenido los administradores societarios, máxime ponderando que, como es sabido, la cesación de pagos es un estado de hecho ambiguo, cuya realización no permite, por lo común, afirmar en ese momento que realmente el deudor haya caído en insolvencia, para luego ir acentuándose hasta que se revela por hechos cuya interpretación no deja lugar a dudas (conf. CNCom. Sala A, 22/9/81, “Ambogena S.A., JA, Rep. 1982, p. 133, sum. N° 4; Heredia, P., *Tratado exegético de derecho concursal*, Buenos Aires, 2000, t. 1, p. 218). En otras palabras, dadas las circunstancias particulares del caso, los administradores demandados pudieron sin ilicitud adquirir la convicción, en el marco de legítimas expectativas de saneamiento y recuperación de la empresa, de que las obligaciones derivadas de la refinanciación hipotecaria resuelta el 24/4/92 era todavía de cumplimiento posible, máxime ponderando que dicha refinanciación debía comenzar a amortizarse 180 después de su otorgamiento bancario. Tal comprensión de las cosas descarta -por las razones antes expuestas que hacen pie en la previsibilidad del incumplimiento futuro de la obligación que se contrae- la responsabilidad por daño directo de que se trata (fs. 291/292 de la causa “Scharer S.A. s/ concurso preventivo”, y 1019 vta. del *sub lite*).

En suma, ninguna de las decisiones del directorio mencionadas más arriba puede servir de claro fundamento para imputar responsabilidad a los administradores demandados.

(b) Tampoco la imputación levantada por los actores se justifica desde la perspectiva que brinda el examen del destino dado a los fondos recibidos en calidad de préstamos garantizados.

Como ya se expuso, del acta de la reunión de directorio del día 20/10/89 surge que el financiamiento obtenido con la contratación del primer mutuo hipotecario se aplicó a la cancelación de pasivos, no denotando ello, naturalmente, una utilización indebida de los fondos respectivos.

Es cierto, de otro lado, que no ha sido esclarecido en autos el destino dado a los fondos provenientes del préstamo hipotecario autorizado por la reunión del directorio del 21/2/91, único del que cabe hablar porque la refinanciación autorizada por el directorio del 24/4/92 no produjo ingreso de nuevos fondos al patrimonio social por haber sido, precisamente, una refinanciación.

Empero, a mi modo de ver, el defecto probatorio referente al destino dado a los fondos recibidos por el préstamo autorizado el 21/2/91 no puede revertir en contra de los demandados. Ello es así porque el presunto daño directo que a los accionistas puede provocar cualquier desviación ilícita de fondos por parte de los administradores, no escapa en cuanto a la acreditación de su realidad al régimen general que rige en la materia, cual es que el *onus probandi* del daño y su relación causal recae sobre la demandante (art. 377 del Código Procesal; Velasco, G., *La acción individual de responsabilidad...*, ob. cit., p. 174).

De donde se sigue, en consecuencia, que la falta de la prueba del referido daño y su relación causal conduce al necesario rechazo de la imputación de que se trata.

5°) La segunda imputación que se levanta contra los administradores demandados consiste en afirmar que, con posterioridad a la iniciación de esta demanda, decidieron vender dos inmuebles de propiedad de Scharer S.A. y distribuir exclusivamente entre ellos el precio obtenido, esto es, omitiendo hacerlo respecto de los actores, con violación, se dice, del art. 68 de la ley 19.550 (fs. 1335).

Más allá de toda posible definición acerca de si un hecho como el indicado puede representar un daño “directo” resarcible en el marco de la acción autorizada por el art. 279 de la ley 19.550, lo cierto es que por ser las mencionadas ventas de fecha posterior a la iniciación de la demanda, no forman ni pueden formar parte de la continencia de la causa sobre la que ha de recaer la sentencia.

En efecto, en tanto la demanda y su contestación delimitan el *thema decidendum* y

concretan los hechos sobre los que deberá versar la prueba, quedando de tal modo precisada la esfera en que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4º, y 163, inc. 6º, del Código Procesal; CNFed. Civ. Com. Sala II, 26/11/97, “Comel nec S.R.L. c/ Tandano S.A. s/ cobro de pesos”), no podría dictársela válidamente juzgando acerca de las referidas ventas inmobiliarias sin violar, al propio tiempo, el principio de congruencia procesal, de conformidad con el cual todo fallo debe limitarse a lo que fue materia de concreto debate, sin introducir cuestiones que no fueron propuestas en el marco de la relación procesal (CSJN, doctrina de Fallos 274:296; 284:115; etc.).

Dicho con otras palabras, la relación procesal precisa los hechos controvertidos y establece los puntos que deben ser materia de prueba y las cuestiones que el juez debe considerar en la sentencia, sin que en materia civil pueda ser excedido el marco puesto a la litis (conf. CNFed., en pleno, 12/5/78, “Insignia Cía. de Seg. S.A. c/ Martín, Manuel y otros”, considerando 5 y sus citas, JA 1978-III, p. 271), razón por la cual imputaciones como la aquí tratada, que se fundan en supuestos hechos de ejecución posterior a la iniciación del pleito, no pueden ser examinados para decidir válidamente.

Con tal alcance, esta segunda imputación debe también ser rechazada, sin perjuicio de observar que la cita que los actores hicieron del art. 68 de la ley 19.550 constituyó un error en sí mismo, habida cuenta que esa norma se refiere al régimen de los dividendos y no al problema de la disposición de bienes sociales y su reparto entre los socios.

6º) Como tercera imputación aducen los actores que han sufrido un “perjuicio individual” (sic) porque la mala gestión de los administradores demandados, que provocó un aumento del nivel de endeudamiento de Scharer S.A., especialmente de pasivos laborales, condujo a la pérdida del capital aportado originariamente y, más tarde, a la quiebra social, con proporcional pérdida de los dividendos que les hubiera correspondido (fs. 1335 vta./1336).

Cualquiera sea el juicio que se pueda hacer sobre la gestión de los administradores demandados y sus consecuencias, lo cierto es que el particular daño aquí referido por los actores no es “directo”, razón por la cual está marginado de su consideración en la órbita del art. 279 de la ley 19.550.

En efecto, la eventual pérdida del capital social vinculada a la gestión de los administradores es un daño que, en rigor, directamente afecta a la sociedad, y solo indirectamente a los socios o accionistas. Al respecto, la jurisprudencia de esta cámara es constante en el sentido de que la acción autorizada por el art. 279 de la ley societaria no puede fundarse en daños al patrimonio social que indirectamente repercuten en el patrimonio del socio o accionista a título de ganancias que pudiera haber dejado proporcionalmente de percibir (conf. CNCom. Sala B, 1/2/93, “De la Cuesta, D. c/ Anchibidart, E.”; íd. Sala E, 22/11/96, Belloto, Héctor c/ Laufgang, Sergio s/ sumario”; íd. Sala E, 16/5/95, “Peacan Nazar, R. c/ Torres Astigueta S.A.”; etc.; Roitman, H., ob. cit., t. IV, p. 600 y jurisprud. allí citada).

Bien se ha dicho, en este sentido, que si se permitiera al accionista demandar los perjuicios sufridos como consecuencia de la pérdida de la sociedad, y su eventual pérdida de ganancias, habría una superposición de acciones, pues la sociedad estaría habilitada para reclamar por la pérdida sufrida en su patrimonio y, simultáneamente, el accionista podría hacer lo propio en virtud de la proyección de ese daño, lo que es inadmisibles. Concretamente: incluir dentro de la acción individual del accionista a la acción que persigue la indemnización de daños que, en rigor, afectan el patrimonio social, aun so pretexto de protección de minorías, contradice el texto y el espíritu de la ley, afecta el sistema legal, y produce una superposición de acciones entre la social -arts. 276 y 277, ley 19.550- y la autorizada por el art. 279 de la ley societaria (conf. Ferrer, G., ob. cit., ps. 187 y 188).

Queda así descartada también esta diferente imputación de los actores.

7º) Sostienen los demandantes, de otro lado, que los administradores demandados hicieron aparecer en los libros societarios la asignación de utilidades que, en realidad, no percibieron (fs. 1335 vta.), y que si bien el 30/6/94 se produjo un ingreso en la sociedad de \$ 80.216,39 al par que, en el mismo periodo, una facturación total de \$ 72.659,74, en ambos casos ello no fue tenido en cuenta por aquellos para distribuir dividendos (fs. 1336 vta.).

Estas dos imputaciones, que enumero en cuarto lugar, se basan en notorios errores fácticos y conceptuales.

Me explico.

(a) Al aludir a la existencia en los libros de utilidades asignadas pero no percibidas por los actores, citan estos últimos lo que resulta del punto H del peritaje de fs. 1017/1023, y la respuesta que el experto contable brindó en los escritos de fs. 1058/1059 y 1196/1198 (fs. 1335 vta.).

Sin embargo, en tales constancias lo que se detalla no es la existencia de utilidades asignadas pero no percibidas por los demandantes, sino la indicación en los libros sociales de honorarios fijados a favor del directorio (punto H de fs. 1020), respecto de los cuales, por falta de presentación del Libro Diario, no pudo constatar su percepción (fs. 1058 vta., punto 6), aunque puede dicho cobro suponerse efectuado habida cuenta no integrar ellos el pasivo existente al 30/6/91 según el Libro Inventario (fs. 1197 y vta., punto VI).

En otras palabras, los actores confunden utilidades supuestamente asignadas a ellos en su condición de socios, con honorarios determinados a favor del directorio, y con base en prueba referente a estos últimos pretenden acreditar la falta de percepción de aquellos.

Como anticipé, un error fáctico y conceptual de los actores del que naturalmente no pueden sacar provecho alguno.

(b) Y no menos notorio error de los actores es, de otro lado, suponer que la prueba de la existencia de meros ingresos dinerarios a la sociedad, o la genérica referencia al monto facturado en determinado periodo, basta por sí sólo para acreditar la presencia de un derecho al cobro de dividendos que sirva de fundamento para responsabilizar a los demandados.

Si bien los administradores societarios son responsables por todo acto u omisión que signifique un desconocimiento de derechos de los socios o accionistas al cobro del dividendo (conf. Rodríguez Olivera, N., ob. cit., p. 130, texto y nota nº 11), lo cierto es que una imputación de esa naturaleza supone, como necesario *præius*, la determinación de que existió verdaderamente posibilidad de distribuir dividendos, debiendo recordarse, en tal sentido, que la ley societaria no autoriza pagarlos por el solo hecho de haber obtenido la sociedad un ingreso dinerario, o haber hecho una o más operaciones comerciales favorables.

En efecto, de acuerdo a los arts. 68 y 224 de la ley 19.550, los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano competente. Asimismo, el art. 70 de la misma ley prohíbe distribuir ganancias hasta que no se reintegran las reservas legales o estatutarias; y el art. 71 hasta tanto no se cancelen las pérdidas de ejercicios anteriores.

Así pues, la mera obtención de un beneficio por la sociedad, cualquiera sea su índole, solo genera a favor del socio un derecho en expectativa, pero no un derecho al dividendo (conf. Chidemi, M., *Régimen de utilidades en las sociedades anónimas*, Buenos Aires, 2004, p. 157). Este último solamente se concibe con relación a utilidades que constituyen el producto neto del ejercicio, es decir, deducidos los gastos generales, las cargas y las amortizaciones y, valga insistir, solo pueden provenir de un resultado económico regular debidamente aprobado por los socios y de ganancias realizadas y líquidas resuelta su distribución por el órgano de gobierno una vez practicadas la deducciones legales obligatorias -cubrir las pérdidas de

ejercicios anteriores, reservas legales, honorarios de funcionarios, obligaciones impositivas, etc.- como también aquellas deducciones facultativas -reservas especiales- en los límites autorizados (conf. CNCom. Sala A, 17/5/02, “Rodríguez, Adriana M. y otro c/ Bóveda, Carlos H. y otro s/ sumario”; Sasot Betes, M. y Sasot, M., *Sociedades Anónimas – Los dividendos*, Buenos Aires, 1985, p. 4 y ss.; Roitman, H., ob. cit., t. II, p. 109 y ss.; Verón, A., ob. cit., t. I, ps. 703 y 705; Reyes, R., *Derechos individuales de los socios*, Buenos Aires, 1993, p. 219 y ss.). Toda otra distribución de utilidades que se hiciera en infracción de alguno o algunos de esos requisitos, es un "dividendo ilegítimo" o "dividendo ficticio" de acuerdo a la legislación vigente (conf. Rodríguez de la Puente, L, *Dividendos anticipados – legitimidad - responsabilidad de accionistas y administradores*, JA 1997-IV, p. 737; CNCom. Sala B, 11/6/07, Gran vía S.A. c/ Northern Lauzen S.A. s/ ordinario - incidente de apelación”).

Pues bien, en el *sub examine* no ha sido acreditado que Scharer S.A. hubiera generado ganancias realizadas y líquidas a partir de las cuales, cumplidos los demás recaudos legalmente exigidos, hubieran los administradores demandados tenido el deber de confeccionar un proyecto de distribución de dividendos (conf. Carlino, B., *Distribución de dividendos – Sociedades cerradas*, LL 4/1/2010).

Sobre el particular, el peritaje contable rendido en autos puso de relieve que entre el 30/6/85 y el 30/6/93, si bien a lo largo de los distintos ejercicios se hicieron reservas legales, el resultado del patrimonio neto en cada ejercicio fue siempre negativo (anexo II en fs. 1015, y manifestaciones de fs. 1019, punto E; fs. 1020, punto I), habiéndose producido en una única oportunidad una asignación de honorarios a los directores (fs. 1020, punto H), extremo este último que, valga señalarlo, se aprecia compatible con lo previsto por el art. 71, segunda parte, de la ley 19.550, habida cuenta lo que resulta del art. 15 de los estatutos de Scharer S.A. y que, por tanto, no merece reproche (véase sobre de documentación reservada).

En las condiciones precedentemente expuestas, de constante ausencia de remanente atribuible a los socios, la falta de distribución de dividendos fue acorde con el deber que los administradores tienen de no distribuirlos anticipadamente, en aras de la preservación del capital y del patrimonio social (conf. Otaegui, J., *Administración societaria*, Buenos Aires, 1979, p. 143, ap “d”).

De tal suerte, tampoco puede a la luz de esta perspectiva imputarse responsabilidad a los demandados.

8º) Aluden los actores, como quinta imputación enrostrada a los demandados, al hecho de la falta de presentación de balances (fs. 1336 y vta.).

La sentencia apelada tuvo por acreditada como falta reprochable que los demandados hubieran incumplido, en tanto administradores, con la presentación de balances ante la Inspección General de Justicia (fs. 1294).

No se trata, pues, de un supuesto de ausencia de confección de tales instrumentos, sino de falta de presentación de ellos ante la autoridad de contralor societario.

Al ser ello así, cabe recordar que el incumplimiento del deber de los administradores de presentación de los estados contables ante la autoridad de control societario, solo puede acarrear sanciones administrativas (conf. Favier Dubois, E. (h), *Responsabilidades contables de los directores – El caso de la confección de estados contables*, en la obra “La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos”, dirigido por M. Arecha, Instituto de Derecho Comercial, Buenos Aires, 2009, p. 143, espec. p. 155; Cabanellas de las Cuevas, G., ob. cit., t. 7, p. 313). Es decir, la omisión de que se trata no proyecta una responsabilidad civil de los administradores societarios y, en su caso, una respuesta contraria, por su excepcionalidad frente a lo que es el régimen general, debería tener correlato en una acabada prueba del daño que la omisión pudiera haber provocado, y del nexo causal entre uno y otra.

Toda vez que en la especie no han sido siquiera insinuados estos últimos aspectos, bajo este particular enfoque ninguna imputación puede construirse contra los demandados.

9º) La infracción a lo establecido por el art. 73 de la ley 19.550 que la sentencia apelada reconoció como atribuible a los administradores demandados (fs. 1294), se refiere a la ausencia de firmas en diversas actas de directorio (fs. 1020 vta., punto K).

Este reproche, empero, aun cuando sea incuestionable, no pasa en el memorial de agravios de su abstracta enunciación, ya que no se explica cómo la referida infracción al citado art. 73 se ha convertido en un daño “directo” a los accionistas actores que deba ser reparado en el marco de lo dispuesto por el art. 279 de la ley societaria.

Sentado ello, cabe recordar que para responsabilizar a un administrador no alcanza con constatar un obrar antinormativo, pues es necesaria la prueba del perjuicio concreto, que en este capítulo no se ha dado (conf. CNCom. Sala A, 24/9/98, “Flor de Lis S.A. c/ Guarneri, Juan y otro”; íd. Sala D, 5/11/08, “Simancas, María Angélica c/ Crosby, Ronald y otros s/ sumario”; Roitman, H., ob. cit., t. IV, p. 547).

10º) Lo desarrollado y concluido hasta aquí brinda respuesta a los distintos aspectos de la controversia que lucen abordados en el memorial de agravios.

Sólo a mayor abundamiento, y como elemento coadyuvante para decidir, destaco que los actores dejaron incólume, por ausencia total de crítica, lo señalado por el fallo apelado en cuanto a que al redactar el pliego para que absuelva posiciones la codemandada Quatrefages de Papouchado, reconocieron que fue Scharer S.A. quien sufrió daños en su patrimonio, daños que, entonces, no son directos respecto de aquellos (fs. 1295; art. 411, segundo párrafo, del Código Procesal).

11º) Así las cosas, no habiendo demostrado la apelación que la sentencia de primera instancia hubiera fallado el caso desacertadamente, corresponde decidir su confirmación.

Por ello, voto porque se rechace la apelación de los actores y se confirme la decisión apelada, con costas por su orden teniendo en cuenta la naturaleza de las cuestiones controvertidas (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal).

Así lo propongo al acuerdo.

Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Dieuzeide adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Rechazar la apelación de los actores y confirmar la decisión apelada, con costas por su orden teniendo en cuenta la naturaleza de las cuestiones controvertidas (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal).

(b) Como fue señalado en el fallo de primera instancia, lo cual no mereció objeción alguna, en el *sub lite* no existe base patrimonial a los efectos de fijar el monto de los honorarios en los términos previstos por el artículo 6, inc. a y 19 de la ley de arancel.

Por ello es que a los fines de regular el emolumento correspondiente a los profesionales intervinientes debe tenerse en consideración un pie regulatorio que se adecue a las circunstancias del caso concreto y aplicarse un criterio objetivo, no susceptible de apreciación pecuniaria en los términos del art. 6 inc. a, ley cit.; ello sin perjuicio de lo que cuadre evaluar de las circunstancias del caso concreto -como dato referencial-, en orden a lo dispuesto en los inc. b) a f) de la norma legal citada (conf., Sala B, **in re**: “Otero, Alberto Martín c/ Jorge Mella S.A.I.C. s/ Ordinario”, del 6.7.90; íd., “Salcido, Marcela c/ Microsoft S.A. s/ Sumario”, del 22.12.95; íd., “Lavaise, Juan José c/ La Carolina S.C.A s/ Sumario”, del 19.08.98 y jurisprudencia allí citada).

En consecuencia, han de ponderarse como elementos coadyuvantes de la estimativa de los honorarios, la naturaleza jurídica, moral y económica del asunto en la cuestión planteada y

el resultado finalmente obtenido por las partes

Sobre la base de lo anterior y ponderando la complejidad, naturaleza, importancia y extensión de las tareas realizadas, confirmanse los honorarios regulados en fs. 1295/1296 en \$ 8.000 (*pesos ocho mil*) para letrado patrocinante de la codemandada Clelia Susana Quatrofages de Papouchado, Miguel Teitelbaum; y en \$ 10.000 (*pesos diez mil*) los del letrado patrocinante y apoderado del codemandado Juan Manuel Sandberg Haedo, Jorge Miguel.

Por las labores desarrolladas desde la aceptación del cargo (fs. 712), elévanse a \$ 6.000 (*pesos seis mil*) los honorarios del perito contador, José Luis Pérez. Asimismo, por las tareas desarrolladas desde la aceptación de cargo del cargo (fs. 1074 vta.), elévanse a \$ 4.000 (*pesos cuatro mil*) los estipendios de la perito calígrafa, Patricia Silvia Walsh.

Por el escrito de fs. 1357/1361, fíjase en \$ 3.000 (*pesos tres mil*) el honorario del letrado apoderado y patrocinante del codemandado Juan Manuel Sandberg Haedo, Jorge Miguel (art. 14 de la ley 21.839).

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Juan José Dieuzeide

Pablo D. Heredia

Gerardo G. Vassallo

Fernando M. Pennacca
Secretario de Cámara