

Régimen de responsabilidad de directivos de clubes de fútbol que hubieran adecuado sus estatutos a los requerimientos AFA

Publicada en la revista de Derecho del Deporte de la Universidad Austral 2011

Por Sebastián Balbín y Alfonso Mingo Jozami

La administración patrimonial de los clubes y el contralor de la Asociación del Fútbol Argentino¹

Dada la magnitud e importancia de la cuestión relativa a la administración de los clubes de fútbol, y la preocupación que generan las lamentables experiencias financieras que aquejan a los clubes –con declaración de quiebra en varios casos–, en 1999 la Asociación del Fútbol Argentino estatuyó un sistema de control en este sentido, incorporando un régimen sancionatorio aplicable para el caso de incumplimiento del nuevo sistema de control.

Cabe recordar el derecho de injerencia que la AFA posee sobre los clubes de fútbol, en virtud de lo estipulado por los arts. 4 y 6 de su Estatuto y que establecen que la afiliación de los clubes a esa entidad implica la aceptación y sometimiento al Estatuto y los Reglamentos.

Así, los clubes de fútbol están obligados a presentar anualmente ante el Tribunal de Cuentas de la AFA un presupuesto de recursos y gastos que será evaluado por dicho Tribunal, el órgano asimismo está facultado para imponer las modificaciones y reformas que juzgue necesarias, además de efectuar los controles que considere oportunos, con el fin de asegurar el cumplimiento del presupuesto respectivo (arts. 53 incs. b, d, e y f y 54).

La relevancia que la AFA ha dado a este asunto, llevó a que la entidad haya contemplado en el art. 6 de su Reglamento, sanciones que pueden ser aplicadas por incumplimiento de tales obligaciones y que van desde multas hasta la expulsión.

Adopción de un nuevo régimen de responsabilidad para administradores por indicación de AFA

¹ Sobre nuestro anterior *Régimen de responsabilidad de administradores de clubes de fútbol*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

A falta de una regulación expresa y específica del tema relativo a la responsabilidad de los directivos de los clubes de fútbol, son de aplicación, en primer lugar, las disposiciones contenidas en los estatutos de las entidades deportivas, y en segundo lugar, las normas del contrato de mandato contempladas en el Código Civil y el régimen general de responsabilidad civil del mismo código. No obstante, es oportuno resaltar que los estatutos de la Asociación del Fútbol Argentino, a partir de su reforma de julio de 1999, reglamentaron en forma concreta el régimen de administración de los clubes de fútbol afiliados a dicha entidad, cuando estos participan de las competencias de carácter profesional organizadas por AFA.

El art. 6, b, 2° del Estatuto AFA establece que *“los miembros de las Comisiones Directivas de los clubes afiliados serán responsables en el ejercicio de sus funciones y responden ilimitada y solidariamente hacia la institución, los asociados y los terceros por el mal desempeño de su cargo así como por la violación de la ley, el Estatuto y el Reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave...”*. Ello consagra, para los clubes que adecuen sus estatutos al estatuto de la AFA, un régimen de responsabilidad para sus directivos que va más allá del dispuesto por el Código Civil, en contraposición a la responsabilidad de índole personal y simplemente mancomunada contemplada por el Código para el caso.

En este orden de cosas, debe resaltarse aún más la curiosa singularidad de la reglamentación de este precepto, la cual dispone que: *“a los efectos de las responsabilidades en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Comisiones Directivas de los clubes que participen en competencias profesionales organizadas por la Asociación del Fútbol Argentino, resultará de aplicación la que alcanza a los miembros del Directorio de Sociedades Anónimas (arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550)”*. Sin dejar de reconocer el esfuerzo realizado por AFA con el objetivo de brindar una mayor claridad y seguridad en la regulación del tema de la responsabilidad de los directivos de los clubes de fútbol, cabe cuestionar los alcances de la legitimidad del régimen de responsabilidad previsto en el estatuto de dicha entidad y su reglamentación, que hace inaplicable el régimen del Código Civil para las asociaciones civiles –entes carentes de fines lucrativos-.

A mayor abundamiento, puede señalarse que la falta de legitimidad de la reglamentación de la AFA no deviene únicamente en una cuestión de forma, tal y como se daría en el supuesto que dicha reglamentación remitiese, para lo atinente a la responsabilidad, a una norma que no fuese el Código Civil, pero que regulara la cuestión en forma análoga a lo normado en éste; sino que justamente, la falta de legitimidad en la que incurre la reglamentación de la AFA constituye una cuestión de fondo, toda vez que la remisión a los arts. 59 y 274 de la Ley 19.550 desnaturaliza y contradice el régimen para las asociaciones contemplado por el Código Civil².

² Sobre la preeminencia de los niveles normativos estatales –aunque ceñido a la jerarquía de la

Más allá de estos reparos, nada impide que, *motu proprio* o por imposición de AFA, los estatutos de los clubes se adecuen en punto a la responsabilidad de sus administradores a las pautas de la LS. Sólo una vez incorporada tal pauta a los estatutos de las afiliadas, y no por remisión impropia, cabrá tener en cuenta:

La diligencia del buen hombre de negocios

Según prevé el art. 59 LS³, los administradores y representantes de la sociedad deben actuar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Esta pauta cobra así *status* legal y debe seguir para su aplicación los lineamientos trazados en el Código Civil, en su art. 512⁴, juzgándose las culpabilidades de aquellos en función de la conducta observada, sin tener en cuenta las condiciones de mayor habilidad o personales de cada integrante del directorio⁵. Tal referencia a un *standard* jurídico importa reconocer un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión que permite a los miembros del órgano elegir entre cualquiera de las opciones razonables que se les presenten dadas las circunstancias del caso particular⁶, al tiempo que les impone la previsión de acontecimientos que no resulten absolutamente desacostumbrados para la actividad de la empresa, según la experiencia común⁷. Fija también de manera concomitante un criterio abstracto y típico de valuación y que pretende del administrador una diligencia en su gestión por sobre la propia del hombre medio (art. 902 Código Civil⁸) y similar a la que hubiera observado un administrador

Constitución- respecto de las normas deportivas –estatutos y reglamentos-, véase Gil Gómez A., “Derecho del deporte: Jerarquía de las normas deportivas, naturaleza jurídica de las asociaciones de fútbol y acción de amparo”, en LL Córdoba 2000, p. 790., que señala: “Uno de los principios fundantes de la rama derecho del deporte es el principio de subordinación al orden jurídico constitucional. Se puede discutir el rol prestacional o subsidiario del Estado con relación al deporte, pero bajo ningún punto de vista, se puede reconocer a las normas deportivas (estatutos y reglamentos de asociaciones civiles) una naturaleza jurídica o una prelación jerárquica distinta a la que tienen. Ni los estatutos de la FIFA, ni los de la AFA ... , pueden ignorar los niveles normativos que surgen de nuestro sistema de fuentes encabezado opio el bloque de la constitucionalidad federal (donde conviven la Constitución argentina ...”.

³ Art. 59: “[Diligencia del administrador: Responsabilidad]- Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

⁴ Cfr. Rivera J., “Responsabilidad de los administradores sociales”, JA n° 994711, p1.

⁵ Cfr. Allende L., “Administradores de hecho”, en *El Directorio en las Sociedades Anónimas -Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 280.

⁶ La ley “fija un *standard* de conducta, una pauta legal que permitirá al juez en el caso concreto establecer o desechar dicha responsabilidad”, Exposición de Motivos Ley 19.550, Capítulo I, Sección VIII, pto. 2; cfr. Velasco G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, en *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Estudios de Derecho Judicial n° 24, Madrid, 2000, p. 64.

⁷ CNCom. Sala D, noviembre 9-995, re *Estancias Procreo vacuno S.A. c. Lenzi Carlos y otros*, LL 1996-B, p. 193.

⁸ Cfr. Halperín I., *Sociedades Anónimas*, p. 451; CNCom Sala C, mayo 26-1999, *Fernández Jorge y otro c/ Compañía Financiera Universal*, en *Régimen Societario Argentino*, abril 2005 abril 2006, Legis, Buenos Aires, 2005, p. 78.

normalmente prudente en idéntica situación⁹.

Basta al administrador asegurarse entonces, para evitar responsabilidad, que realice sus labores con diligencia, ya que nunca garantiza –en cuestiones de administración- un resultado particular. Su obligación es de medios¹⁰. Empero, la ausencia de la diligencia debida es en la práctica una cuestión difícil de probar¹¹, máxime si se tiene en cuenta que aquella debe ser apreciada según las circunstancias del caso y la información con que, a dicho tiempo, contaba el administrador. También resulta dificultoso intentar precisar cuál es el contenido de la obligación de medios comprometida, toda vez que ésta no se indica en norma especial alguna, y es contingente y variable según la actividad del ente, la situación del mercado, el carácter de cada operación singular y el particular momento del desarrollo de la sociedad¹². En los deberes de medios no es que no exista un interés jurídico definitivo. Sucede que existe –para casos como el que nos ocupa- un doble juego de intereses: un interés final, esperado pero aleatorio – contingente o potencial-, y otro que se satisface con el esfuerzo del director traducido en una actividad prudente y diligente. El deudor –el director- está obligado a prestar una conducta que razonablemente conducirá al resultado esperado por el acreedor –la sociedad-. No obstante, esta discrecionalidad de los directores tiene como límite el objeto social y persigue un fin concreto, el interés social. Cabe recordar que el administrador solo se obliga a la realización de una actividad que normalmente conduce al resultado apetecido por la sociedad –sus socios-, si bien tal resultado es extrínseco a la obligación y no integra su objeto¹³.

Deberes de diligencia y de lealtad

La responsabilidad del administrador recae sobre éste en razón de su personal participación en el acto dañoso –omisión de sus deberes genéricos-, o bien, para el caso de no haber intervenido directamente en el mismo, por no haber realizado cuanto estuviera a su alcance para impedir, eliminar o atenuar sus consecuencias –omisión de

⁹ Se trata de un criterio que va especificado en relación al caso concreto, siendo indiferente la formula que se utilice –buen padre de familia, buen hombre de negocios, correcto administrador o cualquier otra similar-, la que es poco significativa en sí. Corresponderá por tanto al juez, en última instancia, apreciar con los recaudos del caso particular (tipo de sociedad administrada, dimensiones, sector de la actividad ejercida) y sin poder exigirse del administrador la habilidad de un consultor técnico, si su comportamiento debe –o no- ser considerado diligente. Cfr. Bonelli F., *La Responsabilità degli Amministratori di Società per Azioni*, Giuffrè, Milán, 1992, p. 50.

¹⁰ Una interesante revisión de esta afirmación comúnmente aceptada puede verse en MORO E., “Olvidando a Demogue; ¿Quién dijo que son siempre de medios las obligaciones de los administradores societarios”, ED 6/12/2007.

¹¹ Cfr. Merle P., *Droit Commercial. Sociétés Commerciales*, 2º edición, Dalloz, Paris, 1990, p. 335.

¹² Cfr. Pérez Carrillo E., *La Administración de...*, p. 84.

¹³ Cfr. Llambías J., *Código Civil*, t. II-A, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1979 p. 116. Tal la obligación del abogado que se compromete a prestar asistencia profesional, sin garantizar el resultado de su gestión, cosa que excede sus posibilidades e incluso suele estar prohibido por los códigos de ética.

su deber de vigilancia¹⁴. En una primera –aunque insuficiente- clasificación¹⁵, podríamos agrupar tales deberes en dos principales: de diligencia y de lealtad, como lo hace la LS en su art. 59.

El deber de diligencia es colectivo. Aludimos así a los deberes que los administradores están obligados a satisfacer frente al grupo de socios instrumentalmente unificado y en contraposición con los deberes individuales que atienden aquellos que enfrentan los intereses del propio administrador con los del ente o bien aquellos que caben al administrador individualmente considerado. Este no exige una conducta específica sino la sujeción a un *standard legal* –aquel del buen hombre de negocios al que aludiéramos anteriormente-, vago si se quiere pero justificado en la propia y etérea naturaleza de las conductas que los administradores deben satisfacer, y que, sólo contando con conocimientos mínimos del negocio se puede justipreciar. En términos generales, cabe apuntarse que, siendo que la diligencia está descrita de un modo abstracto, puede atender a ciertas pautas orientadoras para integrar su contenido: la costumbre de un sector determinado de la actividad, los usos y, en ocasiones, los códigos de conducta que diversos ordenamientos –mayormente los occidentales- elaboran y cuyos términos en oportunidades son adoptados por los reglamentos de algunas sociedades. Dentro del tratamiento dado al deber de diligencia por la doctrina, este, como género, suele incluir entre sus especies al deber del administrador de informarse, de investigar y de vigilar.

El deber de lealtad es individual, y, a diferencia del de diligencia, tiene en miras evitar que el administrador se desempeñe en pos de su beneficio personal a expensas del de la sociedad –por tanto, del de los accionistas-. Se canaliza a través de la procura de una eficiente consecución de los fines sociales por sobre los propios del director¹⁶.

Otros deberes (de no actuar en conflicto de intereses y de no competir)

Existe una lógica obligación que pesa sobre los administradores –a la que aludiéramos anteriormente- de procurar el interés social, y de la que se deriva el deber de no actuar en conflicto de intereses. En este sentido, el art. 272 LS impone al director que pudiera tener un interés contrario al del sujeto que administra, el deber de hacerlo saber al directorio y a la sindicatura¹⁷, y abstenerse de intervenir en las deliberaciones

¹⁴ Cfr. GALGANO F., *Manuale Elementare de Diritto Commerciale*, 2ª edición, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 197.

¹⁵ Sin perjuicio de que excede los fines de este estudio, cabría agregar –cuanto menos- el deber de no actuar en conflicto de intereses; de no competir; de asistir a las asambleas; los deberes relacionados con diversas restricciones relacionadas con el voto; el deber de administrar; de informarse; de investigar; de vigilancia y control; el de guardar secreto, entre otros.

¹⁶ De ser esto así, la violación del interés social no podrá dar lugar al ejercicio de acciones individuales de responsabilidad.

¹⁷ Art. 272. “[Interés contrario] – Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de

relacionadas con el tema¹⁸. Esta prohibición es únicamente respecto del voto, por lo que las acciones de propiedad del director –síndico, miembro del consejo de vigilancia y gerente general-, si éste fuera socio, sí se computan a los efectos del quórum de la reunión de que se trate¹⁹. Se procura mediante esta norma, que eleva a categoría jurídica un precepto de carácter moral²⁰, evitar que el administrador afectado influya en los demás integrantes del órgano que integra²¹, induciéndolos a tomar una decisión que privilegie sus intereses por sobre los del ente. La omisión de estos deberes hace incurrir al administrador en las responsabilidades derivadas del art. 59 LS, ya que siquiera la doble calidad de director-empleado que eventualmente pudiera poseer lo inhibe de hacer prevalecer los intereses del ente por sobre los propios.

En concordancia con lo expuesto, el art. 273 LS impone al director el deber de no participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad –salvo autorización expresa de la asamblea²²-, pudiendo sólo contratar con la sociedad que administra, en la actividad en que esta opere²³, cuando lo hiciera en condiciones de

incurrir en la responsabilidad del art. 59”. El concepto de interés no comprende únicamente al interés directo del administrador, sino también a aquel alcanzado por vía indirecta cuando se utilicen personas interpuestas, o se favoreciera a terceras sociedades de las que fuera accionista o integrante. Cfr. SILVERSTEIN I., *Contratación del Director con la Sociedad Anónima*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 37.

¹⁸ No necesariamente ausentarse de la reunión, sino sólo abstenerse de intervenir en la deliberación y votar. Para alguna doctrina incluso no debe computarse su presencia a efectos del quórum. Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 comentada, anotada y concordada*, t. 4, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 289. En este sentido, y específicamente respecto de los administradores de sociedades que cotizan en bolsa, el art. 77 del decreto 677/01 refiere particularmente -como *especialmente comprendido* en el deber de lealtad- el deber de “velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto con la sociedad.”

¹⁹ “La inhabilidad para votar no supone la de intervenir y discutir en la deliberación; cuando en infracción a la prohibición aún subsiste mayor cantidad de votos aprobatorios que denegatorios, la nulidad es de los votos viciados, no de la votación; cuando la asamblea se constituye con los inhabilitados como accionistas únicos debiera prevalecer la necesidad de un pronunciamiento respecto de los temas implicados, por encima de la prohibición del art. 241, totalmente inoperante en la sociedad anónima de familia.” VERÓN A., *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 comentada, anotada y concordada*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 783; VERÓN A. y ZUNINO J., *Reformas al Régimen de la Ley de Sociedades*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 388.

²⁰ Idéntico contenido moral habría orientado la redacción de los arts. 271 y 273 LS. Cfr. SILVERSTEIN I., *Contratación del Director...*, p. 16. En contra de ver comprometidos en estas normas tales contenidos –en realidad, en su antecesora, el art. 338 Cód. Com.-, y reduciéndolas a una simple norma prohibitiva en defensa de los intereses de la sociedad, ver GARO F., *Sociedades Anónimas*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1954, p. 441.

²¹ Cfr. NISSEN R., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 4, Abaco, Buenos Aires, 1995, p. 363.

²² Art. 273 “[Actividades en competencia] – El director no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59”. No obstante el silencio de la LS, en razón de la materia –su directa vinculación con la responsabilidad de los administradores- consideramos se trataría de una asamblea de carácter ordinario. En contra, LÓPEZ TILLI A., *Las Asambleas de Accionistas*, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 257, para quien el silencio en tal sentido guardado al regularse la competencia de la asamblea ordinaria pone necesariamente la cuestión bajo la órbita de la extraordinaria.

²³ El concepto ‘actividad en que esta opere’ debe considerarse restringido a operaciones habituales de la empresa, lo que resulta atendible si se repara en que se tratará de una contratación que habrá seguido un procedimiento regular, dentro del normal desenvolvimiento del giro social. Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales, Ley 19.550 comentada, anotada y concordada*, t. 4, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 279.

mercado (art. 271 LS²⁴). La evaluación de dicha pauta –condiciones de mercado-, supuestamente fácil de aprehender²⁵-, debe hacerse atendiendo la fecha en que la contratación fue concluida y las repercusiones que la variación de la economía en general ocasione en operaciones similares²⁶.

La acción social de responsabilidad

Según apuntáramos, el estatuto de la AFA, en su art. 6º, remite al art. 274 LS²⁷, dando lugar la violación de los deberes impuestos a los administradores a la acción social de responsabilidad (art. 276 LS), y procurando la reparación de aquel perjuicio colectivo que afecta directamente a la sociedad. Lo que se pretende con su ejercicio es la condena del administrador a indemnizar al ente por los daños económicos causados²⁸. Puede decirse que su carácter social está dado en cuanto la misma se dirige a la protección, defensa, reconstrucción y reparación del patrimonio o de los intereses del ente en general. Por eso, se atribuye legitimación para su ejercicio en primer término a la sociedad y solo subsidiariamente a los accionistas como titulares de un interés indirecto en la defensa del patrimonio social²⁹.

Atento el silencio de la ley, la envergadura de la operación no resultaría ser un dato condicionante de la misma. Cfr. AGUINIS A., “El directorio y su reforma en la ley 22.903”, LL 1984-B, 635.

²⁴ Art. 271: “[Prohibición de contratar con la sociedad] – *El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior sólo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea. Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad. Los contratos celebrados en violación a lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero*”.

²⁵ Según el criterio del legislador, Véase Exposición de Motivos de la Ley 22.903, Capítulo II, Sección V, ap. 26.

²⁶ En nuestro país, y dado lo cambiante –e imprevisible- de su economía, sólo para ciertas operaciones pueden determinarse con certeza las condiciones de mercado, por lo que la cuestión se reduce a un tema de probanzas de valoración dificultosa y sujeta a las variaciones sustanciales y ‘ordinariamente’ extraordinarias de nuestra economía. Cfr. SILVERSTEIN I., *Contratación del Director...*, p. 16.

²⁷ ; art. 274: “[Mal desempeño del cargo] –*Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo. [Exención de responsabilidad] – Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial*”.

²⁸ Cfr. CALBACHO LOSADA F., *El Ejercicio de las Acciones...*, p. 38.

²⁹ Cfr. VERÓN A., *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias*, t. 4, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 324. Puede decirse que la acción tendrá carácter social cuando esté dirigida a la protección y

Conductas imputables a los administradores tales como el mal desempeño de sus funciones, administración fraudulenta, informes falsos³⁰ –o cuando, debidamente confeccionados, el ente fuera sancionado por su no presentación ante los organismos administrativos de contralor³¹-, sustracción y ocultamiento de libros -y su documentación respaldatoria- y el aprovechamiento de los bienes sociales para su uso particular, entre otros actos, dan lugar al ejercicio de la acción social de responsabilidad,

defensa de los intereses sociales en general; FARINA J., *Sociedades Anónimas*, Zeuz, Rosario, 1973, p. 235; OTAEGUI J., “Responsabilidad civil de los directores”, en *Estudios en Homenaje a Isaac Halperín*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 1289; JIMENEZ SANCHEZ G., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4º edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 204, SANCHEZ CALERO F., *Principios de ...*, p. 179 y en Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 200; HAMEL J., LAGARDE G. y JAUFFRET A., *Droit Commercial*, t. I, 2º edición, Dalloz, Paris, 1980, p. 411; BROSETA PONT M., *Manual de Derecho Mercantil*, 10º edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 307.

³⁰ Cfr. CERLONI A., “Los delitos de balance falso e informe falso en la ley de sociedades comerciales”, ED 24/12/03. Sin perjuicio de las responsabilidades de carácter civil en que pudieran incurrir los directores de sociedades anónimas, y a las que aludimos en el presente trabajo, el art. 300 inc. 3º del Código Penal prevé duras sanciones para el caso de verificarse la existencia de lo que doctrinariamente se conoce –más allá de la incorrección del término- como balance falso, y no al informe falso, figura que aquí sí nos interesa. La expresión general de balance falso, si bien sirve para identificar el tipo penal, es incorrecta. En primer término “porque se sanciona no sólo a quien autoriza o publica un balance falso, sino también cuando es incompleto. Una segunda razón es que no sólo el balance falso o incompleto es materia de la prohibición. En realidad una posible clasificación de las distintas hipótesis del art. 300 inc. 3º del Cód. Penal podría ser la siguiente: ‘1’ publicación; o ‘2’ autorización de un balance, cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, falsos o incompletos; ‘3’ informar a la asamblea o reunión de socios con falsedad o reticencia sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa” (SPOLANSKY N., “Balance falso, proceso penal y bien jurídico tutelado”, LL 138-224), y en tercer lugar, porque no es comprensiva del informe falso propiamente dicho, y que procura, a diferencia de aquel, no ya a la fe pública en abstracto sino la tutela anticipada del patrimonio de un sujeto determinado –el accionista- (ABRALDES S., “Delito de balance falso (inc. 3º del art. 300 del Código Penal)”, en *Enfoques –Contables y Administrativos-*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 896, quien sigue así –y cita- la opinión de HANDLER E. en “El delito de balance falso y la fe pública”, ED 116-793). Nos encontramos frente a un delito no ya de peligro abstracto sino de peligro concreto -cfr. ELDHART R., “El delito de balance e informe falso y el bien jurídico protegido”, JA 2001-III, p. 1139-. El término balance falso –y que, por lo apuntado sustituyéramos- ha sido criticado tanto por impreciso como por desactualizado. El CP se refiere al balance como al documento pluricompreensivo que antaño confundía -mezclaba- este con el estado patrimonial, el de resultados del ejercicio y el de resultados acumulados. Debiera la ley referir al delito de estados contables falsos. Cfr. VERÓN A., *La Sindicatura y el Delito de Balance Falso*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 57. Se trata de aquel balance en el que, a sabiendas, los sujetos mencionados omitieran incluir constancias que debieran figurar, o asentaran otras que no coincidieran con la realidad, derivándose de ello la confusión de terceros producto del engaño respecto de la situación de la que el balance debe ser un fiel reflejo -GÓMEZ E., *Leyes Penales Anotadas*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1954, p 249-.

³¹ Los directores deben presentar copia de los balances debidamente aprobados ante la Inspección General de Justicia, bajo pena de multa. En similar sentido puede verse el ordenamiento español, que –sucintamente- prevé la obligación por parte de los administradores de formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultados dentro de los tres meses del cierre del ejercicio (art. 171 LSA; dentro del mes de su aprobación por la asamblea –junta, art. 212 LSA- presentar un ejemplar para su depósito ante el Registro Mercantil de una certificación de los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales y aplicación de resultados, con más copia de aquella documental si la sociedad estuviera obligada a auditoría o la misma –auditoría- obedeciera a pedido de la minoría (art. 218 LSA). La omisión de tal presentación acarrea una multa al ente (art. 221LSA). “Si los administradores incumplen con la obligación de depositar las cuentas, la cuantificación de la citada multa podrá servir de base para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.” BERGÓS TEJERO J., “Responsabilidad Civil ...” p. 22.

en razón de la lesión de carácter general que efectivamente ocasionen³².

La responsabilidad de los sujetos involucrados es, según dijimos, solidaria, extremo que no se verá afectado porque la conducta de unos sea culposa y la de otros dolosa. La ley impone la solidaridad sin distinción³³, sin perjuicio de que la sociedad pudiera en oportunidades, perseguir a determinados directores con omisión de otros. Cabe reparar en que no bastará con demostrar la realización de tales conductas, sino que a ello deberán concurrir los presupuestos de la teoría general de la representación o responsabilidad? civil, esto es, la prueba de que el incumplimiento o comportamiento generó un perjuicio al patrimonio social, y la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño causado³⁴.

Daño directo e indirecto

Para que se configure la responsabilidad que habilita la promoción de la acción social, no basta la simple demostración de violación a las obligaciones -estatutarias o legales- del director, o que este se desempeñara negligentemente. Se requiere también la producción efectiva de un daño al ente³⁵, como resultado de tales incumplimientos³⁶, y que se traduce mayormente en un mayor gasto o un menor ingreso injustificados en la cuenta de resultados de la sociedad³⁷. De allí que para su formulación resulta imprescindible determinar un incumplimiento jurídico relevante seguido de perjuicio infligido al patrimonio social³⁸, cuantificando cuanto menos *prima facie* al tiempo de

³² Los daños resultantes de los delitos perpetrados por miembros del directorio en ejercicio de sus funciones sociales, afectan, particular y directamente, a la asociación y no a los accionistas. Cfr. VERON A., *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias*, Astrea, 1987, t. 4, p. 325, nota 5. Así, esta acción permite actuar contra los administradores para obtener la indemnización de los daños que haya sufrido el patrimonio social "como consecuencia del incumplimiento de deberes que incumben en virtud de la ley (actos ilegales), de los estatutos (actos antiestatutarios) o el deber de administrar con diligencia exigible al ordenado y leal administrador (actos negligentes)". VELASCO G., "La acción social ...", p. 63.

³³ Cfr. Halperín I., *Curso de ...*, vol. II, p. 330, y en referencia a los arts. 59, 269, 270, 274 LS entre otros; idem *Sociedades Anónimas ...*, p. 460.

³⁴ Relación de causa a efecto en la opinión de Castillo R., es *Curso de Derecho Comercial*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1935, t. 3, p. 256; CNCom. Sala C, 22/5/87, re *Kuckiewicz Irene c. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A. y otro*, LL 1988-A, p. 64.

³⁵ Conforme señala GAGLIARDO, muchas veces la cronología del daño resulta ser el elemento diferencial entre ambos tipos de acciones –en *Aspectos de la acción social de responsabilidad*, ED 141-127-.

³⁶ Resulta necesario probar que aquel incumplimiento o comportamiento generó un perjuicio al patrimonio social y la adecuada relación de causalidad entre tal inconducta y el daño causado. Cfr. CNCom. Sala C, mayo 22-987, re *Kuckieviz, Irene c. Establecimientos Metalúrgicos Cavanna S.A.*, LL 1988-A, p. 64.

³⁷ Cfr. Calbacho Losada F., *El Ejercicio de las Acciones*, p. 40.

³⁸ Para que resulte viable la acción social de responsabilidad debe configurarse un daño concreto y demostrado, y debe verificarse un incumplimiento jurídicamente relevante, atribuible a título de culpa a quien se le efectúa el reclamo, unido por un nexo de causalidad con el perjuicio producido. Cfr. CNCom. Sala A, octubre 8-1997, re *Eledar S.A. c. Serer Jorge A.*, LL 1999-B, p. 120.

formular su procedencia, los alcances del perjuicio, no siendo suficiente la mera invocación de generalidades o referencias a supuestos³⁹. Ello importa que el daño debe ser económicamente valuable⁴⁰, y, como regla, directo⁴¹.

Volviendo a la acción social propiamente dicha, ésta no comprende el resarcimiento por supuestos daños morales que los administradores pudieran haber infligido al ente. Habida cuenta que la persona jurídica no puede ser sujeto pasible de agravio moral en los términos del art. 552 del Código Civil, no cabe tal reparación pues su capacidad jurídica se encuentra limitada por el principio de especialidad (arts. 35, Código Civil y art. 2 LS), por lo que todo aquello que pueda afectar su prestigio -o, en todo caso, su nombre comercial- o bien redunde en la disminución de sus beneficios, o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios, por tratarse de sujetos no susceptibles de sufrir padecimientos espirituales⁴². No obstante, no es siempre ésta la solución adoptada en derecho comparado⁴³, en el que se ha aceptado que las actuaciones concretas de los administradores pueden afectar el buen nombre del ente, si bien exigiendo la posibilidad –aunque más no fuera remota- de realizar una valoración económica del daño que ello habría ocasionado⁴⁴.

³⁹ C. Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, mayo 16-989, re *Salgado Rodolfo c. Polleschi, Aldo*, en *Ley de Sociedades Comerciales*, de Mon A., Nissen R. y Pardini M., Ad Hoc, 1992, t. 2, p. 318.

⁴⁰ Cfr. Aranguren Urriza F., "Régimen general de la...", p. 22.

⁴¹ No se trata de un mero reflejo en el patrimonio social.

⁴² CSJN re *Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy*, LL 1991 -A-50, n°: 89.071; en el mismo sentido CS, noviembre 3-992 re *De la Matta, Manuel H. y otro c. Gas del Estado y otros*; Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, p. 224; Cifuentes S., "El daño moral y la persona jurídica", en *Derecho de daños*, obra homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraspe, pág. 393.

⁴³ En derecho español, puede verse –entre otros- Garreta Such J., *La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de los Administradores de las Sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 96.

⁴⁴ Cfr. Pérez Carrillo E., *La Administración de ...*, págs. 144 y 145.