

Análisis de la noción sombría e indeterminada del “interés social”: esencia básica del conflicto societario

Por Lorena R. Schneider. Publicado: Diario EL DERECHO, del 27 de mayo de 2013, ISSN, 1666-8987, N° 13.246, año LL, de 252.-

SUMARIO: 1). *Introducción.* 2). *La noción del “sombrio” interés social. El alto grado de indeterminación.* 3). *Las teorías que intentan dilucidar la noción del interés social.* 4). *El riesgo común, la causa fin y la affectio societatis dentro del indefinido interés social.* 5). *El interés social: esencia básica del conflicto societario.* 6). *El interés social y la administradores.* 7). *La necesidad de armonizar intereses análogos.* 8). *El comportamiento responsable como determinante del interés societario.* 9). *Consideraciones finales.*-

1. Introducción

En este trabajo abordaré el análisis de un elemento de singular importancia, como es “*el interés social*”, sobre el que mucho ha dicho doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, no se encuentra lo suficientemente esclarecida su noción, como para inferir un concepto único o indiscutible, que permita una clara representación de su concepto.

En la búsqueda de su “determinación”, “*el interés social*” ha sido conceptualizado por ASCARELLI, como “el interés común de todos los socios en su calidad de tales”¹. La notable influencia de este autor italiano, se ve reflejada en la obra de HALPERÍN, para quien el “*interés societario se funde en las nociones de “interés común, lealtad y buena fe”*”². De este modo aquél cumple con una función esencial dentro del contrato social.

Por su parte GALGANO³ sostiene que en toda sociedad comercial ha pluralidad de intereses de los socios coordinados entre sí, que pueden calificarse como “*intereses sociales*” y así distingue entre el interés social *preliminar*, que es el interés en que el patrimonio social sea utilizado para ejercer la actividad productiva que constituye el objeto de la sociedad, el *intermedio*, que es el interés en que la actividad productiva este dirigida a la obtención de beneficios, y el *final*, que es el interés en que esos beneficios sean repartidos entre los socios. Como puede verse, para este autor, no existe un único interés social, sino una pluralidad de ellos.

¹ ASCARELLI. *Interesse sociale e interesse comune nel voto.* “Studi in tema di societa”. P. 147.

² HALPERIN- OTAEGUI. *Sociedades Anónimas.* p. 226.

³ GALGANO, “*La societa per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative*”. P. 157.

En Alemania, HOPT ⁴ ha señalado también la pluralidad de intereses convergentes en la corporación.

En la doctrina nacional, MANOVIL⁵ ha seguido esta postura de pluralidad de intereses, al distinguir el interés social *interno* de la corporación, del interés social *externo* de la sociedad. Este autor distingue así, el “interés de la sociedad” y el “interés de los socios”. Esta clara concepción dualista, encuentra algún antecedente en la posición sostenida en la doctrina nacional por SIBURU, para quien la persona jurídica se presenta como un contrato, en su faz interna, y como un ente institucional frente a los terceros (*Comentario del Código de Comercio argentino*, t. IV, p. 216).

Brevemente, se ha podido advertir la diversidad de acciones y multiplicidad de conceptos esbozados en rededor a la idea de “*interés social*”. Ello redundará muchas veces en equívocos judiciales e interpretaciones diversas, que en nada sirven al esclarecimiento del derecho.

El análisis que me he propuesto realizar, será efectuado examinando el orden de relación y/o interrelación que existe entre el tema que intento analizar (“*el sombrío interés social*”) y su implicancia en “*el conflicto de socios*” y en la “*administración social*”. Así, considero adecuado determinar, al menos sucintamente, algunas de las elaboraciones, diferentes miradas y/o conclusiones que la doctrina, jurisprudencia y algunas regulaciones normativas, han efectuado.

Por demás, dentro del “*conflicto societario*”, la determinación de “*interés social*” deberá relacionarse con la tarea de la “*administración social*”, dado que, la actividad del órgano de la corporación, enderezada al cumplimiento de su “*interés social*”, se encuentra a cargo del órgano de administración de la sociedad, que tiene la difícil misión de llevar adelante las tareas de gestión de negocios de la sociedad, y debe rendir cuentas de su actuación ante el órgano de gobierno de la sociedad, la asamblea de socios.

En consecuencia, los administradores o directores de sociedades comerciales, tendrán ciertos y determinados deberes impuestos por su condición de tales. Estos, tal como se verá más adelante, pueden clasificarse básicamente en el *deber de diligencia* y el *deber de lealtad*. Es importante señalar que los deberes mencionados son impuestos primariamente en interés de la sociedad. Sin embargo, nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales tienden a extender tales deberes hacia la protección de los socios mismos. De allí la importancia de este concepto en análisis.

Sucede que, el crecimiento e importancia adquirida por las sociedades comerciales, ha traído aparejado “*el conflicto entre los socios*”, lo que ordinariamente se generan porque *preexiste una*

⁴ HOPT. *Derechos y Obligaciones de la dirección en relación con la composición del accionariado. Acerca del deber de neutralidad frente a una oferta pública de adquisición y a otros supuestos de cambios de socios.*” Revista de Derecho Mercantil”. Vol. 209. p. 867.

⁵ MANOVIL. *Grupos de sociedades*. P. 576.

contradicción de intereses económicos y de poder. Existen redes de poderosos que se tejen con suma inteligencia y previsión sobre la base de la defensa de sus exclusivos intereses y con fines claramente establecidos. Además, y no como un dato menor, ha de tenerse especialmente en cuenta que muchos de los conflictos que se generan, son simplemente porque la regulación legal resulta defectuosa.

Así, pueden vislumbrarse tres elementos fundamentales dentro del “*conflicto societario*”: “*el interés social*”, “*el interés individual del socio abusado*” y “*el interés comunitario*”. Allí, la importancia de estudiar al conflicto societario dentro del tema de análisis.

Sin embargo, no existe en nuestro derecho societario, una “teoría del conflicto”, ya que no se encuentra institucionalizado ni existen reglas de carácter general que lo regulen.

SUAREZ ANZORENA, en el Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario de Huerta Grande (año 1.992), aseveraba que la ley de sociedades (como también lo hacía el Código de Comercio), utiliza la expresión “*interés en contrario*” al trasuntar la contraposición de intereses entre un director o un accionistas frente a la sociedad que llega a la instancia judicial. Sin desconocer esta afirmación, debe considerarse al territorio del conflicto mucho más amplio.

Es en virtud de lo expuesto que, centraré mi atención en este trabajo sobre este “*indeterminado y sombrío*” concepto del “*interés social*”, poniendo especial atención en su caracterización dentro del ámbito del “*conflicto de socios*” y de “*la administración social*”, para lo cual efectuaré la exposición que presento a continuación, teniendo especialmente en cuenta, la doctrina y jurisprudencia más relevante y, recurriendo asimismo, a consideraciones de carácter sociológico-filosóficas.

Será mi desafío, sin ánimo de agotar tan *honda polémica*, brindar los elementos que demuestren que el “*interés social*”, debe ser admitido con una mirada *única, precisa* y desde luego *indiscutible e incuestionable*, lo que anticipa claramente, el desarrollo de esta exposición.-

2. La noción del “sombrío” interés social. El alto grado de indeterminación

Tal como adelantara de modo introductorio en este análisis, la noción del denominado “*interés social*” en las sociedades comerciales ha despertado desde hace tiempo prolongado, gran desvelo en la doctrina nacional, habiéndose publicado en su consecuencia numerosos trabajos que han intentado, a veces con acierto y otras no tanto, brindar su noción.

No obstante, la diversidad y abundancia de trabajos publicados, se mantiene el tema *inagotable* y de *difícil conceptualización*, siendo discutible no solamente su definición, sino también, y tal como se verá más adelante, hasta su propia existencia.

Entrando de lleno a este análisis, he de decir que, tiempo atrás, la confusión e indeterminación y consecuente fracaso en llegar a un concepto unitario del “*interés social*”, quedan claramente expuestos a poco de comenzar a estudiar a HALPERIN, quien entiende que la noción de “*interés social*”, que la LS ha acogido en diversas posiciones (arts. 70, 248, 270, 271, 273, etc), ha suscitado *honda discusión* acerca de cuál es el concepto esencial que inspira esta noción.

Este autor entiende, en consonancia con relevante doctrina, que su importancia se acrece en la sociedad anónima, por los siguientes motivos: a) la gran empresa y la disociación de la propiedad y el poder; b) el debilitamiento de los derechos individuales del socio; c) la impotencia de la minoría en las sociedades cerradas o de la mayoría desorganizada ante el control dirigido, la información retaceada, etc.

Siguiendo con este autor, para él se trata de un concepto *único*, entendiendo que ninguno de los órganos sociales es titular del “*interés social*” y con mayor razón, cuando debe analizarse frente al derecho individual del socio o de la minoría. Lo ha definido, siguiendo a MINERVINI⁶, diciendo que “*el interés social radica en la realización de cuanto es idóneo para satisfacer el objeto social y que se resuelve en una satisfacción proporcional del interés individual de cada socio*”. Más aún, analizando las normas de la Ley de Sociedades comerciales, en lo concerniente al conflicto societario y el abuso de la mayoría, ha sostenido que “*el interés societario es superior al individual de los socios, de tal modo que este último no puede contradecir a aquél. El interés mayoritario, aún cuando es susceptible de definir la voluntad social, en mérito al principio de la mayoría, no deja de ser un interés individual sólo reconciliable con el interés social en la medida que contemple el interés que el resto de los accionistas, tiene en común con esa mayoría*”.

Más acá en el tiempo, ROVIRA⁷, al hablar de “*interés social*”, expresa que por lo general se hace alusión al “*interés de la empresa*” o al “*interés societario*”. Cada una de estas expresiones trasunta una intención en quien la utiliza. Quienes se inclinan por utilizar la frase “*interés de la empresa*” lo hacen más como una consecuencia de ver a la sociedad en su faz dinámica, a veces como sujeto y otras como objeto de relaciones jurídicas (doctrina y jurisprudencia germánica y estadounidense). Los que se apegan a la expresión “*interés societario*”, lo hacen para no confundirlo con el interés de la sociedad humana (entre nosotros HALPERIN, OTAEGUI, CABANELLAS). El autor que vengo analizando entiende que el “*interés social*” alude al interés del sujeto sociedad, distinto de las personas que lo componen y de los factores humanos, materiales, de coyuntura económica y sociales que la condicionan o afectan a veces como elementos instrumentales y, en fin, le permiten su desarrollo exitoso o no.

⁶ MINERVINI, “*Gli amministratori di societa per azioni*”, p. 192

⁷ ROVIRA, Alfredo L, “*Pactos de socios*”, p. 55 y s.s., Ed. Astrea, 2006;

En el derecho argentino, el “*interés social*” ha sido sin duda, uno de los principios orientadores de la normativa societaria, particularmente a partir de la ley 19.550. La LSC ha acogido la noción de “*interés social*” en varias de sus disposiciones (Arts. 70, 248, 270, 271, 275, 280, etc.).

Así, HALPERIN enseña que “*es exacto que el socio persiga el máximo beneficio con el mínimo sacrificio, pero este fin personal debe subordinarse al fin común perseguido por la sociedad a través del objeto social y la administración del patrimonio social confiado a los órganos sociales y agrega que éste es un concepto “fundamental del funcionamiento de la sociedad (actuación de socios y de los órganos sociales), que halla su fuente en la causa y en la lealtad de actuación de los socios e integrantes de los órganos (arts. 248, 59, 251, 70 LSC.), que bien puede concretarse o completarse... con la buena fe en la ejecución del contrato social (art. 1198 del C.C.)”*”. En nota aclara que estas precisiones, indicando que el “*interés social*” debe vincularse a: 1) la obligación de corrección e las relaciones intersubjetivas; v. gr., trato igualitario para todos los accionistas, aún cuando exceda de las exigencias legales (v. gr. aviso personal para los amigos; o plazo exiguo para los residentes en el exterior); 2) el ejercicio de buena fe; 3) el ejercicio abusivo de los derechos. A pesar de lo expuesto, concluye diciendo que “*la noción de interés social es objetiva*” (no psicológica) y se la apreciará en concreto⁸.

Por su parte, COLOMBRES, explica que: “*Todas las doctrinas del interés social incurren en el vicio de comenzar por la elaboración abstracta de una regla general teórica, para aplicar luego esa regla al régimen legal. Tal camino debió haber sido inverso: a partir de las normas del derecho positivo para configurar la regla*”. Dicho autor continúa su discurso diciendo que “*la idea del interés no admite una abstracción generalizante. Los intereses son múltiples, poliformes y en ello es necesario convenir.... La aceptación de una manifestación típica del interés en el negocio societario nos llevaría, por lógica extensión a admitir también intereses típicos de tesitura similar en otras actuaciones jurídicas colectivas. El interés, en el sentido que le dan al término las doctrinas que refuta aquél autor, constituye un concepto inescindible de la valoración humana. Tales afirmaciones lo lleva a preguntarse quién interpretará el interés social abstractamente formulado y se responde dando las siguientes alternativas: aplicar principios institucionalistas de “indole temperamental que significan la destrucción de la certeza jurídica”, o someterse al control judicial, con la aclaración de que ello no solo implicaría crear incertidumbre a la actividad social, sino que además importa someter la decisión al juez, a quien por su función profesional “le falta la preparación específica” (por no ser empresario)*”.

Siguiendo con el citado autor, analiza a ALBERTI en su recordado fallo en el caso “Abrecht”, quien claramente expresó “*la delimitación de lo que debe entenderse por “interés social” es cuestión por demás imprecisa y cada asambleísta disidente clamaría artificialmente que la*

⁸ HALPERIN- OTAEGUI, *Sociedades anónimas*, p. 215 y 216.

resolución adoptada afectase lo comprendido por esa nebulosa noción” (aludiendo a ella como causal de impugnación de nulidad no comprendida por el plazo del art. 251 de la LSC.).

Por su parte, el maestro ZALDIVAR entiende que el “*interés social*” es “*el beneficio de los socios y de la sociedad en su conjunto, a los fines del cumplimiento del objeto y con prescindencia del interés particular de los primeros*”⁹.

Para ETCHEVERRY, al igual que para COHEN DE ROIMISER, no existe algo equiparable “*al interés social en el sentido subjetivista del concepto*”; tal afirmación se sustenta en que sólo los individuos, las personas físicas, son titulares de intereses¹⁰. En igual sentido se pronuncia VANASCO, para quien hablar de “*interés social*” es en parte, metafórico, pues los intereses pertenecen siempre a sujetos humanos. Para este autor, “*el interés social es aquél que lleva a suprimir el interés común o colectivo de los socios, para conseguir, por medio de la sociedad, la mayor utilidad con el mínimo aporte a ese efecto*”¹¹.

En su erudito fallo, “*Sánchez c. Banco de Avellaneda S.A.*”, ANAYA hace expresa referencia a la cuestión de la naturaleza jurídica de la sociedad comercial y, vinculado a ello, trata el “*interés social*”. Así, afirma que “*en la sociedad, en tanto contrato plurilateral de organización, hay una “fusión de intereses” que convergen hacia un interés común, que es el social*. ANAYA, se enrola en la doctrina generalizada que entiende por “*interés social*”, “*el interés común de todos los accionistas o socios*”¹².

En postura seguida por un tribunal capitalino, NISSEN considera que “*el interés social es el que decida la mayoría, único intérprete del interés social*”¹³. Así, tanto este autor, como el tribunal sostuvieron que *el juez no debe inmiscuirse en la política empresarial y comercial de una sociedad, la cual es privativa del ente*.

Por su parte, CABANELLAS DE LAS CUEVAS aclara que “*el interés social no tienen carácter psicológico o subjetivo, como si puede tenerlo el interés individual, sino que es un elemento objetivo*”. Este autor entiende que “*el interés societario, sin embargo, no siempre coincide con el beneficio global de la sociedad. Si bien el mecanismo normal es que éste obtenga utilidades que se distribuyen luego a los socios por vía de dividendos y de su participación en el producido de la liquidación de la sociedad, hay casos autorizados por la LSC para que se deriven directamente a los socios los beneficios causados por la actividad societaria, sin crearse un beneficio en cabeza de la sociedad, pero en tales casos haría falta una cláusula expresa del contrato que estableciera ese apartamiento (incluye el caso de la sociedad constituida bajo la forma comercial sin fines de*

⁹ ZALDIVAR, *Filosofía y principios de nuestra ley de sociedades comerciales, LL*, 1975- D.558.

¹⁰ ETCHEVERRY, *Contraposición de intereses en la dirección de la S.A., RDCO*, 1984-443; COHEN DE ROIMISER, *El interés social*, p. 52.

¹¹ VANASCO, *Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y de decisiones asamblearias en la ley 19.550*, “*Revista de la I.G.J.*”, N° 1, p. 50.

¹² CNCom, Sala C, 22/9/82, *LL*, 1983-B-269.

¹³ NISSEN, *Impugnación judicial de los actos y decisiones asamblearios*, p. 84, criterio seguido por GARIBOTO, en fallo de CNCom, Sala E, 23/6/95, *LL*, 1996-D-425.

lucro, - art. 3° LSC). Al respecto agrega que “estableciendo una finalidad y un mecanismo de participación en los beneficios, distintos de los usuales, se alterará correlativamente al interés societario, así como el contenido de las obligaciones de atenderlo que pesan sobre los integrantes de la sociedad”. Con esta observación olvida, CABANELLAS DE LAS CUEVAS que no es privativo de los socios desviar utilidades que ordinariamente correspondería ingresar a la sociedad, si tal procedimiento importa afectar derechos de terceros frente a ésta. Se podría caer así, en maniobras que consistieran en el inadecuado o desviado uso de las formas societarias, lo cual no está permitido por la LSC ni por el ordenamiento jurídico en general¹⁴.

A los fines del encuadre del fenómeno grupal, MANOVIL llega a una noción de “*interés social*”, partiendo de la idea de que en la sociedad hay un *riesgo común* y, consecuentemente, un *destino común*. Como corolario, porque aquél riesgo depende de la gestión también común del patrimonio formado por los aportes de todos los socios, existe un *interés común*. Cada socio, reconoce, tiene su propio interés personal y éste puede estar determinado por múltiples y complejos datos que le son inherentes y particulares. La sociedad, por tanto, “*como entidad jurídicamente independiente, también exhibe intereses que le son propios*”. Según su visión de este instituto, en el plano de las relaciones societarias, “*aquél interés común derivado del riesgo y de la vocación de soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de los derechos, forma parte de la causa- fin de la sociedad*”. Así, concluye que es en este sentido que se habla en la literatura jurídica del “*interés social*”, entendido como el “*común denominador del interés jurídico de los socios en la sociedad*”. Este autor finaliza su análisis diferenciando un “*interés de la sociedad*”, que es concebido desde la perspectiva de los acreedores sociales y que, por tanto, no resulta disponible por los socios en perjuicio de aquellos, del propio interés común de ellos, al que denomina “*interés social propiamente dicho*”¹⁵ y es un útil criterio distintivo para los ordenamientos que admiten sociedades unipersonales como Francia o Alemania, en donde el debate se centra en el reconocimiento de un interés distinto de la sociedad del socio único.-

3. Las teorías que intentan dilucidar la noción del interés social

En la doctrina se han dado diferentes teorías que intentan brindar una explicación a la idea de “*interés social*”:

a. Contractualistas:

Estas teorías consideran al “*interés social*” como una función esencial en la caracterización del contrato de sociedad¹⁶. El contrato de sociedad conlleva la existencia de un *fin común*, cual es la

¹⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario, Parte general*, t. 5, p. 748 a 751.

¹⁵ MANOVIL, *Grupos de sociedades*, p. 570, 571 y 577.

¹⁶ CABANELLAS, *El interés societario y su aplicación*, RDSCS- 1992-580.

obtención de beneficios, fin que se halla estrechamente vinculado al concepto de interés societario, excluyendo de esta manera la configuración de un interés superior y diverso de los socios.

Estas teorías tienen una vinculación directa con la posición doctrinal que pregona la naturaleza jurídica de la sociedad comercial como un *contrato plurilateral de organización*. La concepción de éste propicia la existencia de una finalidad que es común a todas las partes y que consiste en la obtención de ganancias y su contrapartida, la eventual contribución a las pérdidas. Esta finalidad resulta la causa que motiva justamente la vinculación, dado que el interés en estos contratos no es contrapuesto.

Dentro de estas teorías es posible discernir distintas variantes y ha tenido su principal desarrollo en la doctrina italiana. A partir de la causa del contrato de sociedad, y haciendo hincapié en la distinción entre los intereses sociales y los intereses extrasociales de sus participantes, el concepto de interés social ha sido sintetizado por la doctrina italiana mayoritaria como “*el interés común de los socios en su calidad de tales*”¹⁷. Es el interés que tienen los socios en que mediante la actividad social se logre el máximo lucro posible. Es el “*interés del socio depurado de todo interés extrasocial, el interés del socio medio que presumiblemente carece de otros intereses en su calidad de socio. En suma*, “es el mínimo común denominador que une a los socios desde la constitución de la sociedad hasta su disolución.

Estas teorías hallan su mejor desarrollo en las obras de JAEGER y ASCARELLI, los que a su vez, recibieron importantes influencias de FERRARA¹⁸, quien señala que los asociados se asocian para lograr la satisfacción de sus intereses personales. Así, se visualiza el “*interés común*” de los socios. En nuestro país, esta teoría encuentra su principal exponente en HALPERIN, quien señala que “la noción de “*interés social*” adoptada concuerda con la no menos fundamental, de naturaleza contractualista, de la constitución. El “*interés social*” no es ajeno, de manera alguna a este fundamento, porque enraíza con el interés común de los socios, la buena fe y la lealtad en la colaboración requerida¹⁹. Para este autor, la lealtad es la esencia del vínculo social. Así, el “*interés social*” halla su fuente en la lealtad de actuación de los socios y administradores”.

Estas teorías han sido acogidas además, por la jurisprudencia estadounidense, en el fallo “*Dodge V. Ford Motors Co.*”, emitido por la Corte Suprema de Justicia de Michigan en 1919. Este tribunal expresó que “*una sociedad anónima comercial está organizada y realiza sus actividades primariamente para el beneficio de sus accionistas*”²⁰.

Algunas críticas a las teorías contractualistas:

¹⁷ JAEGER, *L'interesse sociale*: ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, en “Studi in tema di societa”, MIGNOLI, *Le Interesse sociale*, Revista delle Societa, 1958-729.

¹⁸ FERRARA, “*Teoría de las personas jurídicas*”, p. 329 y s.s.

¹⁹ HALPERIN- OTAEGUI, *Sociedades Anónimas*, p. 226.

²⁰ ANAYA, *Consistencia del interés social*, En CAMARA y Otros, “Anomalías societarias”, p. 211.

Para algunos, estas tesis parten de error de considerar al interés social como “el interés común de todos los socios”, consideran al socio como “el eje central del análisis”, en lugar de considerar al sujeto principal de la escena, “el ente social”. Es precisamente SALEILLES²¹ quien esboza la idea de persona ideal como poder sujeto al servicio de los intereses sociales. Logra de esta manera aislar el “interés societario” de los miembros que componen la asociación, dando de esta manera, el puntapié inicial para el desarrollo de la teoría que enseguida explicaré.-

b. Institucionalistas:

Contrariamente a los sostenedores de las teorías contractualistas, estas teorías, no identifican el interés social con el interés común de los socios. Entre estas teorías podemos encontrar diferentes matices:

- i) ***La Teoría del “Unternehmen an sich”*** que considera que el “*interés social*” es un interés propio de la empresa en sí misma (Unternehmen an sich), considerando especialmente los intereses que giran en derredor de las sociedades: el de los socios, el de los trabajadores, el de la comunidad en general, el del Estado, etc. Todos estos configuran el llamado “*interés social de la sociedad*”. Para esta teoría, la empresa está constituida por un conjunto de intereses dentro de los cuales el de los accionistas representará solo una fracción que coexiste con el de los trabajadores, el de los consumidores y el interés colectivo en el desarrollo de la economía nacional. La empresa se convierte en fin y motiva el reconocimiento de un “*interés social*” con existencia autónoma y con jerarquía superior a la suma de los intereses de los socios. La finalidad deja de ser la obtención de lucro, para ser “el desarrollo de la empresa”.

La *conservación de la empresa* como elemento principal del “*interés social*” ha sido sostenida por importante e influyente doctrina nacional. Así, ZALDIVAR, MANOVIL y ROVIRA, entre otros, quienes han expresado que el interés societario, entendido como interés de la empresa, va más allá del particular de los socios, “encontrando estrecha vinculación con el interés público”²².

- ii) ***El institucionalismo francés***, ideado por HAURIOU²³ y desarrollada posteriormente por RENARD, basó su fundamentación en la divulgada *teoría de la institución*, formulada a efectos de explicar la naturaleza jurídica de las personas

²¹ SALEILLES, “De la personnalité juridique”, p. 382 y 663 y “Le droit d’association”, p. 236 citado por MICHOU, “La théorie de la personnalité morale dans l’œuvre de Raymond Saleilles, en “L’œuvre juridique de Raymond Saleilles, p. 310.

²² ZALDIVAR- MANOVIL- RAGAZZI- ROVIRA, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, 2ª parte, p. 2 y 3.

²³ HAURIOU, “*La teoría de la institución y de la fundación*”, Abeledo Perrot 1968,

jurídica en general. Para RENARD²⁴ la institución es un organismo dotado de propósitos de vida y medios de acción, superiores, en poder y duración, a los de los individuos que lo componen. Así, los socios pueden ver modificados sus derechos y deberes, si así lo exige el desarrollo de la actividad societaria. Además, los administradores societarios no son considerados simples mandatarios, sino la autoridad encargada de asegurar la realización del fin común.

Para esta teoría existen cuatro etapas de constitución de la idea. La primera se inicia con la denominada *idea de obra* que identifica la actividad a desarrollar por la sociedad. En las sociedades comerciales esta idea de obra se identifica con la *empresa*. Dentro de aquélla etapa, resulta posible distinguir la *idea directriz* de la empresa de la *finalidad* de aquélla. Esta idea directriz se refiere al *plan de acción y de organización*. Se trata entonces, de un aspecto interno. Por su parte, *el fin de la empresa*, suele emparentarse con el resultado obtenido por los administradores, siendo por ende, un aspecto externo. La segunda etapa comienza con la *constitución de los órganos* encargados de llevar adelante dicha idea motriz; la tercera etapa, consiste en *organizar esos órganos*, a fin de *lograr la concreta realización de la idea*, la cual estará reservada a la cuarta y última etapa de constitución, lo que se refleja en la adhesión a los principios de la institución.

- iii) **La teoría de la “Persona an sich”**, que fuera receptada luego de la Primera Guerra Mundial en Alemania. Esta teoría, se limita a hacer referencia al *“interés superior de la sociedad”*. Los partidarios de esta teoría exigen la tutela del bien común y defienden el principio de autoridad, al mismo tiempo que respetan la individualidad de cada accionista. El desarrollo de estas ideas terminó en Francia con la disociación del poder y la propiedad en la empresa, llevando a concebir a la empresa, como un “sujeto de derecho autónomo con interés propio”. En virtud de ello, el *“interés social”* subsume los intereses económicos, sociales y públicos que convergen en la empresa y de los cuales es su expresión.

- iv) **El institucionalismo estadounidense** que concibe una limitación importante de las atribuciones de los socios, para favorecer así la mayor libertad de los administradores. Observa una posición crecientemente pasiva por parte de los accionistas de las grandes sociedades, de manera correlativa con un desarrollo importante del poder por parte de los administradores. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce con el nombre de “teoría de los administradores” y surge

²⁴ FARINA, “Tratado de sociedades comerciales”. Parte general, p. 204. Zeus.

como respuesta a los problemas entre administradores y accionistas en la denominada *big corporation*, sobre todo en materia de control (los denominados *agency problems*). Como consecuencia del marcado desinterés de los accionistas hacia la gestión social, se produce que el control pasa de los accionistas a los administradores sociales, provocándose consecuentemente el fenómeno de la separación entre el poder y la propiedad y comienza a adquirir importancia la productividad de la actividad emprendida y, en segundo término, la rentabilidad a corto plazo de la inversión de los socios.

- v) ***El institucionalismo brasileño*** a través de la ley brasileña de sociedades de 1.976, ese país receptó entre sus normas varios principios sentados por el institucionalismo societario. En el marco de dicha ley, se establece que la sociedad tiene una función social y, se prevé que el “*interés social*” importa un reconocimiento del interés de quienes trabajan en ella, así como el de la comunidad y el de la propia nación brasileña. En esta legislación encontramos en más de una oportunidad una transposición del plano societario al de la empresa. En muchos de sus artículos y en la Exposición de motivos, aquella ley, establece que “la S.A. dejó ya de ser un contrato con efectos limitados: se trata hoy de una *institución* que concierne a toda la economía del país, cuyo funcionamiento tiene que estar bajo el control fiscalizador y el comando económico de las autoridades gubernamentales.

Algunas críticas a las teorías institucionalistas:

Las teoría institucionalistas han sido criticadas por buena parte de nuestra doctrina, por entenderse que “adolecen del vicio de describir una realidad, más o menos fidedignamente, y de ello efectuar inferencias normativas”, como por ejemplo el hecho de que los administradores tengan en las grandes sociedades anónimas contemporáneas un alto grado de independencia respecto de los socios, no se advierte que esa sea una solución deseable²⁵.

También, se ha sostenido que desde el punto de vista jurídico, son criticables las mencionadas teorías “*ya que en la generalidad de las regulaciones normativas de los países capitalistas, las sociedades son estructuras contractuales, creadas por sus fundadores, y en ellas es la titularidad de las participaciones la que da acceso a los órganos de gobierno. Que las atribuciones que así correspondan a los socios hayan sido más o menos subvertidas es una cosa; que ello sea un desiderátum o un imperativo legal, es otra muy distinta, que carece de todo fundamento en dichos derechos positivos*”²⁶.

²⁵ CABANELLAS, *El interés societario y su aplicación*, RCDO, 1992, p. 577/634.

²⁶ CABANELLAS, ob. Cit. p. 587 con cita de ROCA E. A. “*El derecho de propiedad de las acciones en las sociedades mercantiles. Libro homenaje a Miguel Tobías Padilla*, Buenos Aires, 1980, p. 151.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto, que bajo el influjo de las teorías institucionalistas el “*interés social*”, se separa del interés de los socios que persiguen instrumentalmente a través de la sociedad, y se lo tiene como un interés colectivo, un interés de la sociedad, en el que los socios son parciales elementos y circunstancias componentes. Así, los intereses de esta sociedad persona jurídica, sujeto enteramente diferente de sus socios, conduce hacia una consideración publicística de la sociedad y una creciente intervención del Estado en su seno para la tutela de intereses que ya no son los de los socios, sino aquellos que se encuentran bajo el manto de la empresa.-

c. *Teorías negatorias del interés social:*

Para los autores enrolados en esta posición doctrinal, tal como expuse precedentemente citando a COLOMBRES, *la idea de “interés social” no admite una abstracción generalizante, ya que los intereses son múltiples y poliformes...*”. En este sentido, el interés constituye un concepto de valoración humana y se resume, en cuanto hace a la actividad social, en el nombre, en el objeto y en el organismo. Por tanto, no debe incorporarse el concepto de “*interés social*” al derecho positivo, por resultar “*inlogrado*”²⁷. Siguiendo la posición iniciada en nuestra doctrina nacional por citado autor, se encuentra la tesis doctoral de la ya referenciada, Dra. Mónica COHEN DE ROIMISIER, quien en un profuso estudio del tema, pone de manifiesto su opinión negativa en cuanto a la existencia del “*interés social*”, como concepto existente en la sociedad. En efecto, la autora admite que la noción de interés corresponde únicamente a las personas físicas, al ser humano, no siendo propio de una abstracción lógica como es el concepto de sociedad. Agrega además, que “*pretender darle un alcance más amplio, por medio de una abstracción generalizante y totalizadora, implica necesariamente, en la medida en que los intereses sociales de los socios son dispares, conflictivos y heterogéneos y, por tanto, resulta una falacia interpretar la noción de interés social como el interés común de todos los socios, atribuirle a la persona jurídica un interés distinto del de sus miembros*”. Concluye su exposición manifestando que “*la sociedad no es titular de ningún interés social; los socios lo son, y ellos son dispares y, a veces irreconciliables*”²⁸.

d. *Posición adoptada por el derecho positivo argentino frente al interés social:*

Dentro de nuestro derecho positivo en materia societaria, tenemos nuestra Ley de Sociedades Comerciales, 19.550, la que en su Exposición de motivos establece que “*la sociedad comercial es una realidad jurídica, que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone*”. La ley positiva argentina recepta entonces, la posición doctrinal desarrollada por FERRARA. Considera a la personalidad como una “*forma*” con la que el

²⁷ COLOMBRES, Ob. Cit. P. 104.

²⁸ COHEN DE ROIMISIER, Mónica, “*El interés social en la sociedad anónima*”, Ed. Depalma, 1979.

orden jurídico dota a la asociación de individuos de personalidad jurídica. Decisiva es la influencia de FERRARA en la ley de sociedades comerciales argentina, a través de los siguientes artículos:

- i) en el art. 2° LSC, donde el legislador le otorga a las sociedades comerciales, el carácter de “sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley”. Por tanto el derecho objetivo inviste de personalidad jurídica al ente corporativo.
- ii) El art. 54 párr. 3° LSC, incorpora la “*inoponibilidad de la personalidad jurídica*”. Al contrario de la recién mencionada, esta norma es de interpretación restrictiva, excepcional. Contempla en forma implícita al interés societario, para el caso de utilizarse la “máscara jurídica” como “mero recurso” para quebrantar la ley, el orden público o la buena fe, los actos celebrados serán imputados a los “socios”, quienes, conforme lo señala FERRARA, son los verdaderos destinatarios del “interés de la sociedad”. En tal sentido, la noción de “*finés extrasocietarios*”, debe asociarse con las nociones de “*riesgo empresario*” y de “*desvío del interés social*”, el que en este contexto debe ser entendido como “*interés de la sociedad*”. Para MANOVIL, la noción de “*interés social*” difiere del interés de la sociedad. Así, el autor establece que “*el comportamiento ideal de la conducción de los negocios sociales favorece a los socios como a los acreedores, y en esto, indudablemente, el interés de ambos es coincidente y se explica que, para proteger a los dos, se utilice la misma expresión interés social. Pero si la cuestión se mira desde la perspectiva de los acreedores y se enfrenta a la de los socios, se advertirá que lo que puede ser bueno para éstos, porque lo consintieron, puede al mismo tiempo ser perjudicial para aquellos. Los acreedores no están interesados en que los socios obtengan las máximas utilidades posibles para repartir. Sí en cambio, en que el patrimonio social mantenga o incremente su fortaleza, por una buena administración social. Por ello, creo más atinado diferenciar un interés social de la sociedad, del cual los socios no pueden disponer en perjuicio de los acreedores sociales, del propio interés común de ellos, interés social propiamente dicho, del cual, mientras no afecten esos derechos de terceros, sí podrán disponer*”.
- iii) El art. 58 LSC, recepta la “*teoría ultra vires*”, por la cual los administradores sociales obligan al ente social por todos aquellos actos que no sean “notoriamente extraños” al objeto social perseguido. Como puede verse, se trata de una norma de interpretación amplia y flexible, de manera de permitirle al ente social una abundante capacidad de actuación.
- iv) El art. 197 de la LSC., por su parte, cuando impone las condiciones para que pueda ser limitado o suspendido el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones

por los accionistas, donde se observa que la noción de “*interés social*”, receptada en dicho artículo, no es coincidente con el interés común de todos los accionistas con razones que hacen a la sociedad misma²⁹.

- v) El art. 248 de la LSC, que regula la abstención de voto de accionistas con interés contrario al de la sociedad. Este artículo se encuentra emparentado con la noción de “*interés social*”, como “interés común de todos los accionistas”, en virtud de pretender evitar con él, la falsificación de la voluntad social mediante la mecánica aplicación del principio mayoritario que se vea orientado hacia la realización de intereses particulares extrasocietarios en contra del interés de los accionistas con derecho a voto³⁰.
- vi) Los arts. 271, 272 y 273 de la LSC, establecen las normas atinentes al desempeño del cargo de administrador, y “*tienen por fin – al decir de HALPERIN- OTAEGUI, amparar a la sociedad y a los accionistas haciendo efectivo el deber de lealtad del director; evitar los negocios particulares de éste con bienes sociales y los celebrados a espaldas de los accionistas; prevenir los desvíos peligrosos para la sociedad- causantes de daños irreparables para ella*”. En estos artículos, puede claramente observarse como la ley intenta resguardar, no solamente a los accionistas del obrar malicioso de los administradores, sino que también pretende resguardar a la propia sociedad, como ente distinto y diferenciado de sus socios.

Situación contemplada por el art. 161, inc. 2 de la ley 24.522. (supuesto de extensión de la quiebra):

La norma en análisis regula la situación en que el controlante interno “desviara indebidamente el “*interés social*” de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en la consecución de su propio interés o del grupo económico del que forma parte”. En ese caso procede la extensión de la quiebra.

Sin embargo, es necesario que existan actos concretos que contraríen el “*interés social*” de la fallida³¹ y probar acabadamente capítulos tan dificultosos como lo son los concernientes a la demostración de la disposición de bienes sociales de la controlada por parte de la controlante y el, fraude consumado en perjuicio de los acreedores de la fallida.

Asimismo, es menester resaltar que, solo se requiere un actuar fraudulento, en el sentido calificante de mencionar ese abuso como una de las formas en que se concreta el concepto genérico de fraude³².

²⁹ MANOVIL, Rafael, Ob. CIT. P. 576, Nota 38.

³⁰ COHEN DE ROIMISIER, Mónica, ob. Cit. P.66.

³¹ CNCom, Sala C., 29/4/1985, “Luconi S.A., Alberto, L.L., 1985-C-482, D.J. 985-45:470.

³² CNCom. Sala D, 16/03/1990, “Celcar S.A. s. quiebra”, L.L. 1990- D- 242- nota de Mariano Gagliardo.

La nueva Ley de Mercado de Capitales N° 26.831:

Aunque no con tanto énfasis como sí lo hubo hecho, el art 8 del derogado decreto 677/01, que expresamente imponía a directores, administradores y fiscalizadores: I. *“Hacer prevalecer, sin excepción el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes”*, de modo congruente con el considerando N° 27 del mismo decreto que al mismo tiempo establecía que *“los deberes de lealtad y diligencia que deben tener los participantes en el mercado, son también de especial tratamiento en este acto, reafirmandose como principio rector de la actuación de los administradores de los emisores, el “interés social”, precisado expresamente como el “interés común de todos los accionistas”*, la nueva Ley de Mercado de Capitales, también menciona el interés social en pocas de sus normas, aunque de modo casi *insustancial*, (art. 78 inc. d, 86 inc f. y 101 LMC).

Sin embargo, no puede dejar de advertirse que la omisión del legislador de haber incluido tan importante principio en la nueva ley, resulta sorprendente. Pese a ello, la institución bajo análisis, habrá siempre ponderarse a la luz de los postulados que la Ley de Sociedades Comerciales (inciso d. del Art. 78 LSC), es decir, *el interés común de todos sus socios*, debiendo en consecuencia, interpretarse que tanto en esta como cualquier otra institución que involucre estructuras societarias, sus administradores, *deberán hacer prevalecer, sin excepción, el interés social*, entendido en los términos señalados.-

e. Posición adoptada por la jurisprudencia argentina frente al interés social:

Desde el lado de los precedentes judiciales, en el caso *“Burman”*, particularmente, se sostuvo que *“...actúa en contra del “interés social”, al quebrantar el deber de lealtad debido a la sociedad, cuando usando la información adquirida en el desempeño de sus cargos y la invaluable colaboración de los ex dependientes – que tuvieron acceso a informaciones confidenciales de uso interno- se lanzan a competir con ella a fin de obtener ganancias impropias”*.

El mismo tribunal en el caso *“Blaquier Alberto c. Estancias Martona S.A”*, debió decidir este caso: la asamblea de accionistas, debidamente convocada, decide la venta de un importante establecimiento de campo de la sociedad, a fin de apoyar con su importe a otra sociedad anónima originariamente vinculada, aunque no integrarían un conjunto económico), que se hallaba en difícil situación económica. La mayoría del tribunal, sin desconocer que el estatuto autoriza el aporte de capital a otras sociedades, éstas deben tener relación directa o indirecta con el objeto social, acorde con el fin económico y obtención de beneficio, lo cual no se compadece con el destino asignado en el caso, de solucionar el estado de una empresa en difícil situación económica, ya deudora de una fuerte suma a la sociedad. Se trataría en esencia de la disposición de bienes sociales, para favorecer

a un tercero, en desmedro de los intereses sociales. El vocal de la minoría fundó su discrepancia en que, atento a los términos amplios del estatuto, no cabía establecer ya la existencia de abuso de poder de la mayoría, ni que se trataría de un acto contrario al estatuto³³. En este caso, se identificó el interés social con *“el fin económico de la sociedad y teniendo en miras la obtención de beneficios para dicha sociedad”* (en el caso el tribunal concluyó que ese fin no se cumplía cuando se había tratado de la disposición de los bienes sociales para favorecer a un tercero, en desmedro de la sociedad en cuestión).

Por otro lado, en el fallo *“Carabassa c/ Canale”* se entendió que *“la noción de interés social puede interpretarse como el interés objetivo común a los socios conforme al fin social”*³⁴.

En *“Pérez c/ Transportes del Tejar”* se fijó el criterio de que *“la voluntad social declarada por la mayoría debe ser estimada como expresión del interés social, es decir, adoptada en miras a satisfacer el beneficio común, que consiste en la consecución del fin de la sociedad”*³⁵.

Se sostuvo en la sentencia recaída en *“Cattaneo Ismerio c/ Cattaneo y Cía S.A.”* que *“...en caso de conflicto entre el interés particular (el del socios que se considera damnificado) y el general o colectivo (el de la sociedad), habrá que estarse a favor de este último”* (recordemos que la misma Sala, con posterioridad, en *“Abrecht”*, reconoció la dificultad de dar una noción unitaria de interés social³⁶).

En el caso *“N.L. S.A. c/ Bull Argentina S.A. y otro”*, la Cámara hizo suyo el criterio del Juez GARIBOTTO, en el sentido de que *“el interés social es el que decida la mayoría”*. Sin embargo, debe descartarse que no se opuso observación alguna, al tribunal de primera instancia, el cual en dicha oportunidad agregó que *“el interés social puede ser definido como el interés perseguido por la sociedad según su objeto social, al cual ciertamente han de subordinarse todos los accionistas”*³⁷.

En contra de este último criterio, un tribunal rosarino dispuso en *“Baglione A, c/ Santa Clara S.A.”*, que *“... si el interés societario debe predominar sobre el individual del accionista, no es lícito identificar interés social con interés de la mayoría, pues ambos pueden no coincidir”*³⁸.

En el caso *“Flaibán”*³⁹, los directores de una sociedad anónima pretendieron disuadir al Tribunal de su responsabilidad, aduciendo ignorancia acerca de la falsedad de los balances ya que éstos no eran de su incumbencia y la contabilidad de la sociedad resultaba compleja para ellos. El Tribunal resolvió que el cargo de director no es una sinecura: se elige el director por la confianza que le merece a los accionistas y debe conducirse con diligencia. La delegación de funciones no lo exime de este deber de contralor. En lo que respecta a la alegación realizada para favorecer el desarrollo

³³ CNCom, Blaquier Alberto c. Estancias La Martona S.A., RDCO, t. 5, P. 207.

³⁴ CNCom, Sala B, 6/12/82, LL, 1983-B-353.

³⁵ CNCom, Sala C, 30/11/89, LL, 1990-C-354.

³⁶ CNCom, Sala D, 15/10/79, LL, 1980-B-387.

³⁷ CNCom, Sala E, 23/6/95, LL, 1996-D-408.

³⁸ CCivCom. Rosario, Sala III, 5/6/97, LL, 1980-C-318.

³⁹ CNCom, Sala B, voto del Dr. Isaac Halperín, Revista Jurisprudencia Argentina 1971-10-39.

de la sociedad, la Cámara ha señalado que el régimen de la ley persigue amparar y proteger el ahorro público invertido en las acciones, asegurando a los inversores actuales y potenciales, información veraz sobre el estado económico de las sociedades. De tal forma y, en consonancia con lo establecido por DOBSON, podemos deducir la siguiente regla positiva: *“El director debe tener conocimiento y control de la gestión empresarial desarrollada por la sociedad, porque en el interés de la sociedad está que los actuales y potenciales accionistas gocen siempre de información veraz disponible”*.

En *“López Rey c. Fiviar”*⁴⁰ se hizo lugar a la acción de responsabilidad deducida por la sociedad contra el socio gerente en virtud de considerar que la desprolijidad en la confección de los balances contables, la carencia de registraciones de ventas, y la consecuente apropiación por parte del gerente de sumas de dinero correspondientes a la sociedad resultaban contrarias al *standard* jurídico del buen hombre de negocios, en detrimento de los intereses de la sociedad. En tal virtud, la regla positiva, sería: *“el administrador debe llevar adecuadamente la contabilidad y las registraciones de la sociedad, porque en el interés de la sociedad está que su contabilidad se encuentre debidamente en regla para evitar desmanejos de dinero que pudieran ocultarse a través de ella y perjudiquen a socios y terceros”*.

Por su parte, en *“Mónaco c Cicem”*⁴¹ el director demandado pretendió exculparse arguyendo que además de mal asesorado, su contador no cumplió con las obligaciones a su cargo. La regla positiva sería: *“El director debe tener control de la gestión no pudiendo delegar dicho deber en otros, porque en interés de la sociedad está que los directores o gerentes participen activamente en la gestión empresarial”*.

Por último, en el caso *“Famebo”*⁴², la Dirección de Personas Jurídicas multó a los directores de una sociedad anónima por no haber celebrado las asambleas generales ordinarias correspondientes a los ejercicios anteriores, no habiendo acatado la intimación cursada a tales efectos. La regla positiva aquí sería: *“Los directores deben convocar anualmente la asamblea general ordinaria, porque en interés de la sociedad está que el órgano de gobierno de la sociedad se constituya y revise la actuación del órgano administrador”*.-

4. El riesgo común, la causa fin y la affectio societatis dentro del interés social

En referencia al tema materia de análisis, MANOVIL pone en resalto que la sociedad como sujeto de derecho, presupone su autonomía patrimonial y económica. Ello posibilitará la generación de utilidades a ser distribuidas entre los socios. Es justamente esa actividad económico- productiva, la

⁴⁰ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 11, firme: López Rey, Carlos A. c. Fiviar SRL y ot. S. sumario”, Junio 1-1995, revista El Derecho, 175-307.

⁴¹ CNCom., Sala B, “Mónaco, Pablo Fernando c. Cicem SRL y ot. S. sumario”, 06/12/2002.

⁴² CNCom. , Sala C., “Famebo SA c. Inspección Gral. Personas Jurídicas”, marzo 18-1977, Revista El Derecho 74-727.

que corre el riesgo en común, en la visión contractualista ya esbozada en este trabajo, y que constituye, desde el punto de vista jurídico, la causa- fin de la sociedad.

El mencionado autor distingue, esta vocación común de resultado del riesgo también común corrido y del ámbito en que se decide correr ese riesgo, que está delimitado por el objeto social. Tampoco debe ser confundida esta causa- fin con los motivos de los socios, que son jurídicamente intrascendentes, en tanto no hayan encontrado expresión objetiva concreta, cognoscible y vinculante.

La *affectio societatis*, como el reconocimiento de igual calidad de derechos y de igual interés con independencia de su cuantía, es considerada como una faceta más de un dato único y común, junto con el riesgo común y la causa- fin.

MANOVIL, distingue: a) el interés personal de los socios; b) el interés de la sociedad “como entidad jurídicamente independiente, confrontada con el mundo jurídico externo a ella”, es decir, como centro de imputación de derechos y obligaciones; c) los intereses de los derechos ajenos al ámbito jurídico societario en sí mismo que se relacionan con la sociedad (acreedores, poder público, trabajadores, integrantes del ámbito económico y social donde actúa y genera derechos y obligaciones la sociedad, etc); d) el interés común que se da cuando entre los socios, en el plano de la relación societaria, y que se asienta o deriva del riesgo y de la vocación unánime a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, formando parte de la causa – fin de la sociedad⁴³.

Así, el “*interés social*” funciona como “*garantía de protección de todos los socios*”, que resguarda la vigencia de la causa- fin de la sociedad y del vínculo de aquéllos con ésta.-

5. El interés social: esencia básica del conflicto societario

Con el fin de graficar la circunstancia que hace que el “*interés social*” sea un elemento esencial del *conflicto*, resulta necesario recordar los siguientes ejemplos:

- a) Caso “*Fruehauf – France*”: el 22 de mayo de 1.965 la Corte de París, dictó sentencia tras decidir una controversia suscitada respecto de Fruehauf- France, subsidiaria francesa de una sociedad de los EE.UU.

Un grupo de estadounidenses eran titulares de las dos terceras partes de las acciones y tenían en el directorio, directores que representaban igual proporción. En 1.965, Fruehauf- France contrató con la firma Berliet la construcción de semirremolques para camiones que debían ser entregados a China Popular. El Departamento de Estado de los EE.UU, prohibía en ese momento a los

⁴³ MANOVIL, Rafael M, Ob. Cit. Ps. 570/571

ciudadanos estadounidenses tener relaciones comerciales con la China comunista, por existir una situación de beligerancia en el sudeste asiático. Por esta circunstancia, el directorio resolvió por mayoría rescindir el contrato. La minoría pidió y obtuvo que la justicia francesa designara un administrador judicial para hacer ejecutar, por cuyo incumplimiento Berliet ya había anticipado que promovería acciones judiciales. La Corte de París, en un fallo polémico declaró que el “*interés social*” debía prevalecer sobre el de los socios, aún sobre la mayoría de éstos.

Se podría aseverar que lo que tutelaba en realidad era el interés de la empresa y no el social. Sin embargo, esta crítica no nos parece determinante porque muerta la empresa ¿de qué serviría la sociedad?. La Corte de París tuvo en cuenta como fundamental que Fruehauf Corporation International no ofreció indemnizar los perjuicios que su decisión como controlante causaba.

- b) Caso ya mencionado en este trabajo “*Dodge- Ford*”: En 1.919, la justicia del estado de Michigan resolvió la causa. Dodge era accionista de Ford. Esta tenía un capital de dos millones de dólares y reservas por ciento doce millones de dólares.

Ford distribuía bajísimos dividendos. Este se defendía y esgrimía un concepto amplio de “*interés social*”, de concepción similar al que sostenía Rathenau. Decía que la finalidad esencial de la corporación era beneficiar a la comunidad toda, mediante la mejora del nivel de empleo y de productividad general. Para Ford, el lucro de los accionistas era secundario.

En este caso, el fallo benefició a Dodge, tras enfatizar que el lucro de los accionistas se constituye en un objetivo fundamental y prioritario en la sociedad anónima y que los administradores no pueden violar este principio retaceándoles ganancias.

A modo de conclusión de los ejemplos aquí vertidos, entiende la doctrina entre ellos GULMINELLI, que ambos conceptos de “*interés social*” resultan de utilidad. El derivado del fallo de la justicia de Michigan de 1.919 es aceptable como principio pero con límites fijados por la Corte de París en Mayo 22 de 1.965. En “*interés social*”, entonces, constituye la esencia básica del *conflicto*, cuando éste se encuentra afectado, el orden jurídico prevé de diversas maneras la protección de la sociedad que siempre resulta privilegiado. Es por ello que la determinación de la noción de “*interés social*” resulta fundamental. Es que, desde el punto de vista del “*conflicto societario*” propiamente dicho, que implica la existencia, de una confrontación de intereses, la noción de “*interés social*” resulta fundamental. El sistema de responsabilidad de los administradores, el de los socios y el correspondiente a los grupos societarios, que incluyen al de extensión de la quiebra, todos ellos se interrelacionan estrechamente con la noción de “*interés social*”.

6. El interés social y la administración social

A la luz de las señaladas corrientes contractualistas, el concepto de “*interés común de todos los socios*” ha dado origen a múltiples adquisiciones. Pero estos criterios, se ven sustancialmente afectados cuando se cambia la perspectiva con la que se lo analiza, (en particular nos referimos a la controversia entre las doctrinas institucionalistas y las contractuales).

La sociedad abierta ha tenido particular desarrollo en cuanto a su análisis y tratamiento doctrinal y jurisprudencial en el derecho estadounidense, y por ello no debe sorprendernos que algunos conceptos explicitados a discurrir acerca de aquellas doctrinas sobre la naturaleza jurídica del acto social constitutivo, puedan afectar la noción de “*interés social*”, aceptada respecto de una sociedad cerrada, cuando ésta adquiere la calidad de “pública” o “abierta”.

a) **El Interés social analizado desde la perspectiva del poder de control:**

Es con el derecho moderno, que apareció el fenómeno de los grupos de sociedades, surgiendo así, la necesidad de distinguir el interés grupal del social. De allí se deriva la necesidad de diferenciar el interés de la mayoría, o del controlante, o del grupo de control, respecto del interés de todos los accionistas. En suma, se percibe por fin que el “*interés social*” no es necesariamente idéntico al interés del controlante. De tal modo que, cuando el accionista lleva a la sociedad que controla al mercado, debe estar dispuesto a asumir una obligación y compromiso frente a los inversores en general, que la doctrina ha sintetizado en el principio de paridad de trato a todos los accionistas.

b) Cuando hablamos de los **deberes de los administradores**, hacemos referencia a:

1. **El deber de diligencia** (“*duty of care*”): tiende a evitar que los administradores administren negligentemente la empresa. Ello se da cuando aquellos prefieren dedicar más tiempo a sus intereses personales y prestar menos atención a la gestión encomendada por los socios, y desarrollar una gestión más diligente. Este deber bajo análisis, persigue el grado de dedicación al trabajo que exhiban los administradores en sus funciones de administrar la sociedad. La diligencia requerida a un administrador, es una diligencia que se adecúa al tiempo y lugar, y si bien se le puede reclamar éxito en su gestión, jurídicamente el éxito o fracaso no es un parámetro de conducta; por el contrario, al director se le exige coordinar factores de la producción de manera ordenada; el beneficio o pérdida no es relevante para el orden jurídico, según ha explicado GAGLIARDO⁴⁴. En suma, este deber de diligencia en nuestra doctrina nacional, se encuentra en el modelo de conducta a seguir ya mencionado, “*el buen hombre de negocios*”, diferenciado del

⁴⁴ GAGLIARDO, “*Sociedad hueca*”, ED. 182-519.

standard utilizado en el ámbito civilista del “*buen padre de familia*”. Lo que diferencia a ambas figuras jurídicas es “*el riesgo agravado*”, el que se encuentra insito únicamente el mercado comercial.

La figura de “*el buen hombre de negocios*” se presenta como una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos. Se sigue un modelo parecido al del derecho francés, estableciendo un tipo de comparación para apreciar la culpa de los administradores⁴⁵. Así, el modelo de conducta de este “*buen hombre de negocios*” redonda para los administradores en la exigencia de comportarse por encima de la escala media de los empresarios, haciéndose necesario requerir un contenido mínimo, que permita subsumir determinadas conductas dentro de dicho *standard jurídico*, y de esta forma, evitar incurrir en el incumplimiento del deber que analizamos, lo que acarreará seguramente su responsabilidad posterior.

A la luz del desarrollado derecho norteamericano, distintas conductas han sido receptadas bajo el *standard* del “*buen hombre de negocios*”, considerándose las como infracciones del deber de diligencia y, su consecuente responsabilidad ante la sociedad. En importante fallo norteamericano “*Francis c. United Jersey Bank*”⁴⁶, se distinguieron claramente las conductas a seguir por parte de los directores de las sociedades anónimas en su carácter de administradores sociales: a) Obtener un mínimo de conocimiento del negocio; b) mantenerse informado acerca de las actividades desarrolladas por la sociedad; c) monitorear e inmiscuirse en las actividades y cuestiones vinculadas con la sociedad; d) atender a las reuniones de directorio en forma regular; e) revisar la situación financiera de la sociedad regularmente; f) requerir información sobre cuestiones dudosas, y por último g) objetar actos presuntamente ilegales. Así, el “*buen hombre de negocios*”, *actuará diligentemente cuando tome decisiones en base a informaciones precisas y de acuerdo a un análisis previo pormenorizado del tema; conscientemente del análisis efectuado; demostración de buena fe, falta de interés personal y una base racional de juicio*⁴⁷. El deber de adquirir los conocimientos necesarios para poder desarrollar las funciones asignadas con diligencia y probidad, encuentra su fundamento en el hecho de que al no serles requerido a los administradores ninguna exigencia previa a su elección, la aceptación de ellos implica la necesidad

⁴⁵ DOBSON, “*El interés social como protección del objeto social*”, p. 65, Derecho comercial, Sociedades comerciales, Doctrinas esenciales, LA LEY, 2008.

⁴⁶ Francis v. United Jersey Bank, 432 A, 2d 814 (N.J.1981), citado por CLARK Robert C., “*Corporate Law*”, p. 125, Little, Brown And Company, 10a ed., Boston . Toronto, 1.986.

⁴⁷ CASEY V. WOODRUFF, 49, N.Y.S2d. 625, 643 (S.Ct. 1944).

de conocer el negocio para desarrollar las tareas que dicho cargo amerita. En tal sentido, no podrá el administrador alegar desconocimiento de las materias que hagan a la administración y funcionamiento de la sociedad. El deber de gestión y representación, debe hacerse siempre persiguiendo el interés de la sociedad. Este deber resultó claramente analizado en el ya citado fallo “*Dodge v. Ford Motors Co.*”, en el cual los demandantes, en su rol de accionistas de Ford Motors Co., solicitaron al Tribunal de Michigan, que los administradores repartieran los dividendos sociales obtenidos, los que por decisión del Consejo de Administración, no fueron repartidos para ser reinvertidos en contratar a mayor cantidad de personal, y ampliar beneficios industriales y para la calidad de vida de los trabajadores. Tal decisión fue rechazada, entendiéndose que el cargo que ostentan los administradores, debe emplearse solo y exclusivamente en beneficio de todos los accionistas.

Otro importante fallo de la justicia norteamericana es “*Schlensky v. Wrigley*”⁴⁸, en donde los accionistas de la sociedad *Chicago National League Ball Club (Inc)*, demandaron a los administradores de la sociedad por no instalar alumbrado artificial en el estadio (*Wrigley Field*) del equipo de béisbol *Chicago Cubs*, propiedad de la citada sociedad, lo que ocasionó pérdidas a los accionistas por la imposibilidad de celebrar los encuentros en horas nocturnas, donde había mayor cantidad de público. Los demandantes señalaron que la decisión fue adoptada no en beneficio del crecimiento económico de la sociedad, sino por las íntimas y personales convicciones de quien era el Presidente del directorio, de que los partidos nocturnos producirían un deterioro del vecindario en donde el estadio estaba ubicado. La demanda fue finalmente rechazada, estableciendo el Tribunal de Illinois que el “*interés social*” de la sociedad, también se encuentra en el mantenimiento del valor de su propiedad (el estadio) y ello se producirá solamente en tanto y en cuanto, se realicen los mayores esfuerzos por evitar el deterioro del vecindario.-

2. **El deber de lealtad** (“*duty of loyalty*”): tiende a evitar, según lo que la expresión de LLEBOT MAJO, que los administradores, por muy diligentes que éstos sean, obtengan cualquier beneficio a expensas de la sociedad en un conjunto de situaciones, excluidas las comprendidas en el deber descripto precedentemente, en

⁴⁸ *Schlensky v. Wrigley*, 237, N.E. 2d.776 (Illinois App, 1968).

las que está presente un conflicto entre éstos y el de la sociedad cuya empresa administran⁴⁹.

Se estima que este deber tiene su antecedente en la fidelidad prescrita para el mandatario del art. 1903 del Cód. Civil, aunque con mayor proyección: el interés de terceros y accionistas y, más atrás en el deber de buena fe contractual del art. 1198 del mismo cuerpo legal, añadiendo que, si bien la gestión del administrador societario no es contractual sino funcional, su aceptación para desempeñar las funciones, configura en sentido amplio un contrato, conf. Art. 1137 del Cód. Civil. El art. 59 de la LSC, establece, en general, el deber de obrar con lealtad para todos los administradores de sociedades comerciales, particularizando en el caso de directores de sociedades anónimas, la prohibición de contratar con la sociedad, art. 271 de la LSC; interés contrario, art. 272, LSC; y actividades en competencia, art. 273, LSC.

El deber de lealtad radica fundamentalmente, en la prohibición de realizar actos por cuenta propia o ajena, en competencia con la sociedad de la que es administrador o representante. El deber de fidelidad consiste entonces, en que no se debe dar preferencia a los intereses propios en detrimento de los de la sociedad.

Sin embargo, si la sociedad, por medio de sus órganos, autoriza actos o contratos en esas condiciones, el deber de lealtad de los administradores o representantes, está cumplido. Obrar con lealtad también significa, proceder en la función administradora, a favor del “*interés social*”, de su objeto y de la actividad necesaria para cumplirlo, evidenciando a actitud de cooperación sobre la base de las expectativas que se tutelan en función al objeto social.

La violación del deber de obrar con lealtad consagrado por el art. 59, LSC, requiere normalmente *malicia*, pues se posterga el “*interés social*” en beneficio del interés propio o el de un tercero; por eso es que *la buena fe y la lealtad son dos nociones indisolublemente relacionadas, pues quien obra de buena fe, actúa de manera leal y quien es leal, procede de buena fe.*

Profundizando aún más en la etiología del deber de lealtad, se alude a la *confianza* como valor económico para la empresa social, haciendo hincapié en la defensa de los derechos de los socios en las sociedades comerciales, las que imponen tal confianza en sus administradores y, en caso de serles defraudada, se impone correlativamente la reparación del daño.-

⁴⁹ LLEBOT MAJO, José Oriol, “*Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*”, p. 57, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

2.1. El interés social como protección del objeto social:

Para alguna parte de la doctrina, el interés de la sociedad no se circunscribe solamente al interés de los socios, sino que va más allá de los mismos, para proteger a sus actuales y potenciales socios; a sus acreedores; a sus empleados; a su clientela; y a diversos terceros que tengan cierto interés comprometido, actual o futuro, con el societario. El “*bien jurídico protegido*” por el “*interés social*” no es entonces, el interés de los accionistas solamente.

Desde esta perspectiva, DOBSON explica que, el concepto de “*interés social*” es objetivo: un administrador que responde a “*standards objetivos*”, tiene que ser juzgado a la luz de un concepto de “*interés social*” que sea también objetivo. No es posible elaborar un concepto “*subjetivo*”, “*hic et nunc*” (aquí y ahora), de interés social.

El “*interés social*” tendrá desde esta visión, una vinculación con el *objeto* la sociedad, justamente porque los administradores tienen una función que cumplir dentro de la sociedad: la de administrar, lo que significa que deben realizar todas las actividades precisas y necesarias para lograr el desarrollo del objeto social de la sociedad. En la tarea de gestión, los administradores tienen los ya mencionados deberes de “*lealtad*” y “*diligencia*” en interés de la sociedad, dado que la realización de tareas encaminadas a lograr el desarrollo del objeto social (*la administración*) debe tener siempre en miras el interés de la sociedad, que tendrá así como bien jurídico protegido al “*objeto social de la sociedad*”.

Es menester resaltar, siguiendo a FARGOSI⁵⁰ que, el objeto social protegido al que hace mención es el objeto social considerado en concreto, como cúmulo de actos y actividades que pueden desarrollarse en el mundo de los hechos. Es un concepto dinámico, a diferencia del concepto de objeto social estático y abstracto, que resulta plasmado en el contrato de sociedad. Esto, en virtud de lo contemplado en el art. 19 de la ley de sociedades comerciales, N° 19.550, que señala el caso de sociedades con objeto lícito que lleven adelante actividades ilícitas. Estas actividades ilícitas transgreden el “*interés social*” mencionado, perjudicando a los fines lícitos del sujeto de derecho.

2.2. El interés social y el abuso de las mayorías:

La estructuración de la sociedad anónima sobre la base del principio mayoritario trae consigo el dilema concerniente a la situación de las minorías. Como se ha dicho, el “*interés societario*” adquiere una vinculación directa con la *teoría del abuso del derecho*, que expresa la limitación del ejercicio de los derechos subjetivos, cuando se encuentren afectados otros intereses en pugna con aquéllos. En materia societaria, los derechos otorgados por la ley o los estatutos sociales a los diferentes órganos de la sociedad deben propender a la consecución del objeto social

⁵⁰ FARGOSI, “*Sociedad y actividad ilícita*”, p. 49.

propuesto al constituirse el ente social, correspondiendo en caso contrario, su impugnación por invalidez.-

7. La necesidad de armonizar los intereses análogos

Siguiendo la obra del maestro DOBSON, quien señala a BRATTON y WACHTER, enmarcados en el corporativismo, el comunismo y el pluralismo liberal, pueden ser considerados como los grandes “ismos” del siglo XX. Estos sistemas conforman una trilogía, en donde cabe ubicar al comunismo y al pluralismo liberal en sus dos extremos⁵¹.

En el *sistema liberal* las personas son consideradas de manera aislada, individualmente en su rol de ciudadanos. El individuo se encuentra gobernado por leyes naturales y se establecen con cada uno de las otras relaciones espontáneas, obrando con entera libertad. El papel de Estado allí, se limita a brindarle un mínimo de seguridad, pero otorgando una amplia libertad de acción.

El *comunismo*, por su parte, se encuentra en las antípodas. En este sistema, los intereses individuales se encuentran subordinados al interés superior de la nación. Aquí el colectivismo resulta extremo; lo importante es lo supraindividual y los intereses particulares sólo son considerados en relación con su participación dentro del sistema.

Por su parte, el *corporativismo* puede ser definido como un sistema intermedio, ubicado entre los dos anteriormente citados, que posee una estructura más compleja. Aquí, los intereses individuales se encuentran entremezclados, muchas veces identificados por un grupo de intereses dentro de la corporación. Es allí donde la tarea del administrador societario cobra vital importancia, a fin de lograr la armonización de estos diversos intereses convergentes⁵².

Resulta de particular importancia, poner énfasis en que no debe identificarse lisa y llanamente al “*interés societario*” con la idea de propagación del valor para el accionista⁵³.

La necesidad de alinear los intereses convergentes y contrapuestos de los diferentes grupos de interés afectados por la corporación, a fin de crear valor para los accionistas, debe considerarse como “*objetivo fundamental de la sociedad*”, más no como la idea de la creación de “*interés social*”. El “*interés social*” conlleva algo más que la creación de valor para los accionistas; debe proteger e integrar – además de los intereses de los accionistas- los de los otros sujetos que tienen relación directa con la actividad social de la sociedad (empleados, clientes o acreedores). Al mismo tiempo, debe protegerse el *valor social de la empresa, constituyéndose en un factor multiplicador de la economía*”, con basamento en los derechos amparados por la Constitución Nacional⁵⁴.

⁵¹ BRATTON- WACHTER, “*Shareholder primacy’s corporatist origins*”, p. 1 y s.s.

⁵² BRATTON- WACHTER, *Shareholder primacy’s corporatist origins*, p. 16.

⁵³ BLAIR- STOUT, “*Trust, trustworthiness, and the behavioral foundations of corporate law*”, p. 18.

⁵⁴ FAVIER DUBOIS (H), *El gobierno corporativo y la tensión entre intereses dignos de tutela: la creación de valor para el accionista, el mantenimiento del valor para los acreedores y la utilidad social de la empresa para el desarrollo*, en EMBID IRUJO- VITOLLO, “*Sociedades Comerciales, Gobierno Corporativo*”, p. 123.

Es dable señalar entonces, la necesidad de un “*deber de concordancia práctica*” que deberá lograrse entre los diferentes intereses convergentes en la corporación. Dicho deber de armonización de intereses se encuentra a cargo de los administradores sociales, quienes tienen la responsabilidad de la gestión de negocios de la corporación.

A la par del “*interés social*”, es posible advertir que existen algunos otros intereses jurídicamente comprometidos, lo que deben ser cuidadosamente respetados por los administradores sociales. Es así como, los administradores sociales deben perseguir siempre el “*interés social*” *de manera de crear valor para el accionista, pero deben hacerlo administrando la empresa de modo legal y con integridad*, siguiendo a CONTE⁵⁵. Esto significa la observación, por parte de estos administradores, de un comportamiento socialmente responsable, que permita la creación de valor para los socios.

Puede decirse entonces, que los administradores de sociedades cumplirán debidamente sus deberes en tanto y en cuanto actúen con la debida diligencia y lealtad requerida bajo el estándar de un “*buen hombre de negocios*”, desarrollando su conducta de manera de respetar la ley y los demás intereses comprometidos en la empresa⁵⁶.

Ello no significa asignarle a la sociedad fines altruistas o de bien común, de modo de convertir a los administradores en “*encomendados platónicos*”. Por el contrario, el objetivo fundamental de la sociedad resulta la maximización o propagación de beneficios para los socios. Esa propagación de beneficios se logrará, tomando las palabras de RICHARD, “*mediante el desarrollo de una conducta responsable y bajo el estricto acatamiento de la legislación vigente*”.

8. El comportamiento responsable como determinante del interés societario

Continuando en el afán de caracterizar a este “*interés social*”, es que recorro al amparo de las leyes sociológicas y filosóficas, en especial a la noción de *función social* que formuló por primera vez TOMAS DE AQUINO, quien afirmaba que los bienes apropiados individualmente tenían un destino común que el hombre debería respetar.

En el siglo XIX, el filósofo y sociólogo francés AUGUSTO COMTE⁵⁷, propuso la construcción de una sociología que permitiese la reforma práctica de las instituciones sociales. En ese sentido, formuló un concepto de *función social* como deber de actuación; así, “*en todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan, por su vez, obligaciones y pretensiones*”. Este principio universal debe ciertamente extenderse a la propiedad, en la cual el positivismo ve,

⁵⁵ CONTE, “*Codici etici e attività d’ impresa nel nuovo spazio del mercato globale, “Contratto e Impresa”, 2.006, n° 1, p. 108.*

⁵⁶ HOPT, *Derechos y Obligaciones de la dirección de relación con la composición del accionariado*, Revista de Derecho Mercantil, N° 209, p.868.

⁵⁷ DOBSON, “*El interés societario*”, p. 364.

encima de todo, una indispensable *función social* destinada a formar y a administrar los capitales, con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente⁵⁸.

Según esta concepción, cada individuo debe trabajar en función del orden social y, por lo tanto, no elige libremente sino en beneficio o en función de la comunidad.

Desde nuestra óptica, el derecho, la *función social* ha sido estudiada por DUGUIT⁵⁹, fiel exponente del socialismo jurídico, quien encontraba en el valor *solidaridad* la explicación de todos los fenómenos de conveniencia. El ser humano, decía este autor, no resulta autosuficiente. La actividad de cada individuo debe armonizarse con las actividades de los demás, resultando en una división general del trabajo. Influenciado por COMTE, DUGUIT afirmaba que todo ser humano tenía una función social que desempeñar.

En lo que hace a las sociedades comerciales, el concepto de análisis significa “cumplir algo” o “desempeñar un deber o una tarea”. Designa una acción propia de un órgano, máquina o aparejo. Constituye una obligación a cumplir, un papel a desempeñar por un individuo o una institución.

Sin embargo, la atribución de *función social* a las sociedades comerciales, es motivo de controversias, dada la supuesta contradicción que existe entre el cumplimiento de dicha función y el objetivo de maximización de beneficios afín a la actividad empresarial. El fin de lucro, resulta la causa de la corporación. Este será seguido mediante la consecución del objeto social para el que fuera constituido el ente corporativo. Dentro de un sistema económico capitalista, donde lo importante es la eficiencia lucrativa, se vislumbra una aparente incongruencia al considerar a la corporación dentro de una especie social.

El deber de fidelidad que los administradores sociales tienen hacia la corporación, implica el deber de no inmiscuirse en acciones ilegales, aún cuando estas resultaran en un beneficio para la sociedad. Así fue establecido en los “Principios de gobierno corporativo”, del American Law Institute, en la sección 2.01 b.1, donde se señala que, aún cuando no se alcancen ganancias para la sociedad y los socios, la corporación se encuentra obligada a actuar según las reglas legales.

Lo dicho conlleva la apuntada distinción entre “*interés social*” y “*maximización del valor accionario*”. Puede ocurrir que un administrador logre crear este mayor valor para los socios, pero a través de prácticas ilegales, lo que a pesar de haber creado beneficio, viola directamente el “*interés social*” comprometido. Se quebranta así, el deber de lealtad enunciado en este trabajo, generándose en consecuencia, la responsabilidad de carácter personal hacia el administrador.

A efectos de graficar lo expuesto, EISENBERG señala que, válidamente puede establecerse una analogía con las reglas de un juego cualquiera. El principal objetivo del juego consiste en ganarlo. La obediencia de las reglas del juego resulta consistente con dicho objetivo, aun cuando su violación redundase en una forma más fácil para lograr el objetivo. Si uno de los jugadores

⁵⁸ TOMASEVICIUS FILHO, *A funcao social da empresa*, “Revista dos tribunais”, vol. 810, p. 34, con cita de GIANNOTTI.

⁵⁹ DUGUIT, “*Las transformaciones generales del derecho privado*”, p. 32 y 35.

justificara su decisión de quebrantar las reglas del juego porque, de dicha manera maximizaba sus chances de ganar, podría decirse que no ha entendido lo que significa jugar el juego⁶⁰.

Similar construcción puede efectuarse con las reglas jurídicas establecidas, que RAY denomina *constitutive rules*⁶¹. Si un administrador societario ha quebrantado la ley, justificando su accionar en pro de lograr la maximización de ganancias para los socios, no ha entendido lo que significan las leyes y, menos aún, la “maximización del valor accionario”.

Se genera así, una *necesidad práctica* de deber cumplir con las *reglas del juego corporativo*, establecidas en las leyes.

El acatamiento de las leyes que caracteriza el *comportamiento responsable de la empresa* puede, a su vez, justificarse en un *principio de universalidad*, según el cual las normas jurídicas pueden ser justificadas, en tanto y en cuanto resulta en un interés igual a todos los individuos que ellas sean obedecidas.

Si bien las normas éticas de la conducta humana son las mismas para todos los hombres, cada época y cada cultura tienen, sin embargo, sus problemas particulares. Tienen sus designios éticos particulares. Estos problemas éticos han sido particulares, han sido resumidos por FROMM en la explotación del hombre; el autoritarismo y el poder; las desigualdades y el afán desmedido de lucro⁶².

El derecho corporativo enfrenta el gran desafío ético que implica el desarrollo de la actividad social de la empresa.

Al encontrarse presentes diversos grupos de interés en tensión involucrados en la consecución del objeto social, resulta conveniente y necesaria su armonización (tomar par conclusión final) por parte de los administradores, al fin de lograr la creación de valor para los socios y, concomitantemente, la persecución del “*interés social*”.

Es así que, además del principio de creación de valor para los accionistas, resulta necesario el respeto de ciertos otros grupos de interés, que aunque no son los destinatarios directos de los beneficios que eventualmente distribuirá la empresa, bien pueden definirse como interesados directos en el desarrollo sustentable de la empresa. En ese sentido, las normas éticas prescriben el respeto de estos otros intereses y resulta en interés de la empresa su consecución. Solo de esta manera se cumplirán acabadamente las “reglas del juego corporativo”, antes señaladas.-

9. Consideraciones finales

Conforme puede extraerse de este análisis, existe abundante doctrina y jurisprudencia en torno al tema del “*interés social*”. Para algunos, se trata de una noción unitaria, otros entienden que existe

⁶⁰ EISENBERG, “*The duty of good faith in corporate law*”, Delaware Journal of Corporate Law, vol. 31, p. 34.

⁶¹ RAY, *Reasoning with rules*, Current Legal Problems, vol. 54, p. 4.

⁶² FROMM, “*La condición humana actual*”. p. 82, 86 y s.s.

multiplicidad de intereses, otros incluso, llegan a discutir su existencia o resisten reconocerla. Sin embargo, no puede negarse que, el “*interés social*” tiene singular importancia en materia societaria, por constituir un principio rector que no puede desconocerse y que ha sido, en nuestro caso, preponderantemente considerado por el legislador e importante doctrina, configurando la columna vertebral del derecho societario.

Por demás, resulta menester destacar que, pese a entenderse al “*interés social*” como *indeterminado, indefinible a priori, sombrío, de difícil conceptualización o inagotable*, resulta convenientemente concebido, acudiendo al amparo de las teorías contractualistas, señaladas en este análisis, que tuvieron como principal exponente entre nosotros - como dije- a HALPERIN, con notable influencia de importantes autores italianos. En ellas, el “*interés social*”, resulta definido como “*el interés común de los socios, en su calidad de tales*”. “*Es el interés que tienen los socios en que mediante la actividad social se logre el máximo lucro posible*”.

Desde ésta óptica entonces, la sociedad conlleva la existencia de un *fin común*, cual es la *obtención de beneficios*, excluyendo de esta manera, la configuración de un interés superior y diverso de los socios. Este sentido es justamente el que ha receptado nuestra Ley de Sociedades Comerciales, y numerosos precedentes jurisprudenciales de destacada importancia, entre los que se encuentran el erudito fallo: “*Sánchez c. Banco de Avellaneda S.A.*”, con voto de ANAYA, “*Carabassa c. Canale*”, y desplazándose más allá en el tiempo, en derecho comparado, el caso “*Dodge V. Ford Motors Co*”.

Así las cosas, no puede alentarse en modo alguno, conceptualizar al “*interés social*”, desde la visión de la *sociedad*, ya que así, se desvanece el vínculo que ésta tiene con los socios, se aleja de ellos, y por ende, se atienden otros intereses, constituyéndose en una actividad abstracta, con fines independientes, distintos a los que inspiraron a aquellos a conformar ese ente ideal. Tampoco ha de ser concebido como vinculado al *objeto social*, ya que éste constituye un concepto estático, que no agota las demás actividades que pueda desarrollar la sociedad, con lo que tampoco esta vinculación, puede lograr proporcionarnos su noción.

Es entonces que, el “*interés social*” resulta suficientemente explicado acudiendo al amparo de las corrientes que lo consideran como, “*la tendencia a la realización del fin último de la sociedad, que es la causa del contrato*, y que como tal – reitero- , *es común a todos los socios*”.

Sentado ello, conviene ahora, reflexionar sobre el rol que la justicia tiene a la hora de efectuar apreciaciones sobre “*interés social*”, ya que, muchas de las veces, se redunda en asombrosos equívocos judiciales e insólitas interpretaciones, - de las más diversas -, que en nada sirven al esclarecimiento del derecho o, al restablecimiento de derechos vulnerados. A menudo sucede que, ante situaciones de “*conflicto societario*”, provocados por la “*opresión*” que usualmente deben sufrir los socios minoritarios, existen magistrados y juristas que parecieran sentenciar para casos idílicos. Esta mirada con disfavor por parte de la justicia, se vuelve aquiescencia o forma de

tolerancia al mal desempeño de los administradores, en claro perjuicio de esas minorías, lo que provoca profundo agobio y desaliento. Es que, bajo el argumento de que hay que proteger la institucionalidad, no se advierte que lo que se cautela en los hechos, es el interés de la mayoría, que no tiene nada que ver con el social.

En consecuencia, no cabe en adelante, admitir la resistencia a reconocer su existencia o, a seguir negando la importancia que el “*interés social*” tiene; tampoco a seguirlo considerando un concepto cambiante o mutable, y menos aún, conceptualizarlo de modo diverso, atendiendo a las concepciones que insisten en sostenerlo difuso. El único camino posible es acotar la posibilidad que hoy existe en manos de los magistrados, de realizar una valoración subjetiva del “*interés social*”, estableciéndose que deben tener sobre él, una mirada *única, acordada, precisa e incuestionable*— de naturaleza objetiva, - claro está - , absolutamente *impersonal*, procurando quitarse cualquier otro elemento o contacto con la realidad extraprocesal, que impida esa tarea. Es que, no cabe a los jueces efectuar ponderaciones de política empresarial, necesidad y conveniencia, o en su caso, valoraciones de naturaleza comercial, financiera o económica. Son esas, cuestiones que deben quedar exclusivamente a cargo de los órganos societarios, por tratarse de cuestiones no justiciables. El Poder judicial solo tiene un *control de legalidad que no le permite revisar, averiguar o indagar*. Es, sin embargo evidente, que en casos de arbitrariedad o irracionalidad dañosas, ingresaran estos actos al campo de lo ilícito o antijurídico y, solo entonces resultarán revisables, más no en los asuntos antes indicados. Como decía COLOMBRES, *no conviene llamar al juez a ejercer funciones para las que no está preparado*⁶³. Su marco de actuación está limitado al análisis de la legitimidad de los actos y a asegurar el ejercicio pleno de los derechos y correspondiente cumplimiento de las obligaciones que son su contrapartida, o en su defecto, establecer las consecuencias de los incumplimientos.

Por tanto, la clara representación del concepto del “*interés social*”, ha de ser tenida decisivamente bajo la luz estas ideas y, desde luego, sin que pueda perderse de vista la realidad.-

Bibliografía

1. **ANAYA, JAIME L**, “*Consistencias del interés social*” en “*Anomalías societarias*”, p. 211, Ed. Advocatus, Córdoba, 1.992;
2. **ASCARELLI, TULLIO**, “*Interesse sociale e interesse comune nel voto. Studi in tema di societa*”. In Riv. trim. dir. proc. Civ. Milano, p. 147, 1145; 1.951;
3. **ASCARELLI, TULLIO**, “*Personalita giuridica e problema delle societa*”, en “*Problemi giuridici*”, t. I, p. 233 a 236, Milano, Italia, 1.959;

⁶³ COLOMBRES, *Curso de derecho societario*, p. 103.

4. **BARGALLO BEADE, SANTIAGO**, “*La empresa y el interés social*”, Tratado de la Empresa, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, p. 119 y s.s., Buenos Aires, 2.010;
5. **BLAIR, MARGARET M & STOUT, LYNN A**, “*Trust, trustworthiness, and the behavioral foundations of corporate law*”, University of Pennsylvania Law Review, p. 18, June 2.001;
6. **BRATTON WILLIAM W. & WACHTER, MICHAEL L.** “*Shareholder Primacy’s Corporatist Origins*”: Adolf Berle and “The Modern Corporation”, p. 1 y 16, 122–35, 2.008;
7. **CABANELLAS, DE LAS CUEVAS, GUILLERMO**, “*El derecho de propiedad de las acciones en las sociedades mercantiles. Libro homenaje a Miguel Tobías Padilla*”, p. 151, Buenos Aires, 1.980.
8. **CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO**, “*El interés societario y su aplicación*” RDCO, t. 25. p. 577, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992;
9. **CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO**, “*Derecho societario, Parte general*”, t. 5, p. 748 a 751. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1.994;
10. **COHEN DE ROIMISIER, MONICA**, “*El interés social de la sociedad anónima*”, p. 52 y s.s., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979;
11. **CONTE, GIUSEPPE**, “*Codici etici e attività d’ impresa nel nuovo spazio del mercado globale*”, “Contratto e Impresa”, n° 1, p. 108, Ed. CEDAM , Italia, 2.006;
12. **COLOMBRES, GERVASIO**, “*Curso de Derecho societario- Parte General*”, p. 104, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972;
13. **DOBSON, JUAN I**, “*El interés social como protección del objeto social*”. Revista Jurídica Argentina, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, t. II, p. 55 y s.s., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.008;
14. **DOBSON, JUAN I**, “*Interés societario*”, p. 3, 60, 160 y s.s., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010;
15. **DUBOIS FAVIER (H), EDUARDO M**, “*El gobierno corporativo y la tensión entre intereses dignos de tutela: la creación de valor para el accionista, el mantenimiento del valor para los acreedores y la utilidad social de la empresa para el desarrollo*”, en **EMBIID IRUJO- VITOLO**, “*Sociedades Comerciales, Gobierno Corporativo*”, p. 123, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2.004;
16. **EISENBERG, MELVIN A**, “*The duty of good faith in corporate law*”, Delaware Journal of. Corporate Law, vol. 31, p. 34, 2.005;
17. **ETCHEVERRY, RAUL A.** *Contraposición de intereses en la dirección de la S.A.*, RDCO, 1984-443, Buenos Aires 1.984;

18. **FARGOSI, HORACIO P**, “*Sociedad y actividad ilícita*”, en Estudios de Derecho Societario, p. 49 y s.s., Ed. Abaco, Buenos Aires, 1978;
19. **FARINA, JUAN M**, “*Tratado de sociedades comerciales*”. Parte general, p. 204, primera edición, 5 v., Ed. Zeus, Rosario, 1982-84;
20. **FERRARA, FRANCISCO**, “*Teoría de las personas jurídicas*”, p. 106, 174, 329 y s.s., vol. 1, Ed. Comares, Madrid, España, 2.006;
21. **FROMM ERICH**, “*La condición humana actual*”, p. 82, 86 y s.s., Ed. Paidós, Buenos Aires, 1.973;
22. **GAGLIARDO, MARIANO**, “*Sociedad hueca*”, Nota al fallo de la CNCom., Sala B, “Estructuras Elcora S.A. s. Quiebra v. y., R. y Otros, s. Ordinario”, 26/11/1998, *ED*, 182-519, Buenos Aires, 1.998;
23. **GALGANO, FRANCESCO**, “*La societa per azioni. Le altre società di capitale. Le cooperative*”. in Trattato di diritto commerciale e di ..., p. 157, Bologna, Roma, 1978;
24. **GULMINELLI, RICARDO L**, “*Elementos del conflicto societario*”, p. 58 y s.s., Ed. Ah Hoc, Buenos Aires, 2011;
25. **HALPERIN, ISAAC**, “*Curso de derecho comercial*”, p. 576 y s.s., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998;
26. **HALPERIN, ISAAC - OTAEGUI, JULIO**, “*Sociedades Anónimas*”, 2° ed., p. 212 y s.s., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998;
27. **HAURIOU, MAURICE**, “*La teoría de la institución y de la fundación*”, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968;
28. **HOPT, KLAUS J**, “*Derechos y Obligaciones de la dirección en relación con la composición del accionariado. Acerca del deber de neutralidad frente a una oferta pública de adquisición y a otros supuestos de cambios de socios.*” Revista de Derecho Mercantil”. ISSN 0210-0797, N° 209, p. 863-912, España, 1.993;
29. **JAEGER, PIER G**, “*L’interesse sociale revisitato, (quarant’ anni dopo)*”, p. 798, by Giuffré in Milano, Italia, 1.964 y, completada en su actual recopilación: Giur, comm. 2.000;
30. **LLEBOT MAJO, JOSE O**, “*Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*”, p. ,37, 52, 57 y 65, Ed. Civitas, Madrid, España, 1996;
31. **MANOVIL, RAFAEL M**, “*Grupos de sociedades*”, p. 172, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.998;
32. **MIGNOLI, ARIBERTO**, “*Le Interesse sociale*”, Revista delle Società, 1958-729, Milano, Italia, 1.958;
33. **MINERVINI, GUSTAVO**, “*Gli amministratori di societa per azioni*”, p. 192, Giuffré, Milano, Italia, 1956;

34. **NISSEN, RICARDO**, “*Impugnación judicial de los actos y decisiones asamblearios*”, p. 84, criterio seguido por **GARIBOTO**, en fallo de CNCom, Sala E, 23/6/95, *LL*, 1996-D-425;
35. **RAY, ANDERSEN H**, “*Reasoning with rules*”, *Current Legal Problems*, vol. 54, p. 4;
36. **ROITMAN, HORACIO**, “*Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008;
37. **ROVIRA, ALFREDO L**, “*El interés social. Un concepto cambiante en la sociedad abierta que afecta el deber de lealtad de los administradores*”, t. III, p. 637/40, Ponencia presentada en “VIII Congreso de Derecho Societario”, Universidad Nacional de Rosario, Ed. Rosario, 2.001;
38. **ROVIRA, ALFREDO L**, “*Pactos de socios*”, p. 55 y s.s., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2.006;
39. **SALEILLES, RAYMOND**, “*De la personnalité juridique*”, p. 382 y 663 y “*Le droit d’association*”, p. 236 citado por **MICHOUD**, “*La teorie de la personnalité morale dans l’ oeuvre de Raymond Saleilles*”, en “*Le ceuvre juridique de Raymond Saleilles*”, p. 310;
40. **SIBURU, JUAN B**, “*Comentario del Código de Comercio argentino*”, t. IV, p. 216”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1.933;
41. **SUAREZ ANZORENA, CARLOS I**, “*Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario de Huerta Grande*”, 1.992;
42. **VANASCO, CARLOS A**, “*Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y de decisiones asamblearias en la ley 19.550*”, *Revista de la I.G.J.*, N° 1, p. 50, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2.001;
43. **TOMASEVICIUS FILHO, EDUARDO**, “*A funcao social da empresa*”, *Revista dos tribunais*, vol. 810, p. 34, con cita de **GIANNOTTI**, Brasil, 2.002;
44. **VERON, ALVERTO V**. “*Tratado de las Sociedades Anónimas*”, t. I, II y III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2.008;
45. **ZALDIVAR, ENRIQUE**, “*Filosofía y principios de nuestra ley de sociedades comerciales*”, *LL*, 1975- D.558;
46. **ZALDIVAR- MANOVIL- RAGAZZI- ROVIRA**, “*Cuadernos de derecho societario*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.980;
47. **ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES**: para la elaboración del presente trabajo, he consultado diversos fallos de significativa relevancia en el tema, entre los que cabe señalar:

- “*Dodge V. Ford Motors Co.*”, 170 N.W. 668, emitido por la Corte Suprema de Justicia de Michigan, EE.UU, 1919, citado por CLARK Robert C., “Corporate Law”, ps. 602 y 603;
- “*Francis v. United Jersey Bank*”, 432 A, 2d 814 (N.J.1981), citado por CLARK Robert C., “Corporate Law”, p. 125, Little, Brown And Company, 10a ed., Boston . Toronto, EE.UU, 1.986;
- “*Schlenskyv. Wrigley*”, 237, N.E. 2d. 776 (Illinois App, 1.968), por CLARK Robert C., “Corporate Law”, p. 136 y 137, Illinois, EE.UU;
- CNCom, Sala C, “*Sánchez Carlos J. c. Banco de Avellaneda S.A. y Otros*”, 22/9/82, LL, 1983-B-269;
- CNCom, Sala B, “*Blaquier Alberto c. Estancias Martona S.A*“,S.A., RDCO, t. 5, P. 207;
- CNCom, Sala B, “*Carabassa Isidro c. Canale, S.A. y otras*”. 6 de diciembre de 1.982;
- CNCom, Sala C., 29/4/1985, “*Luconi S.A., Alberto*”, L.L., 1985-C-482, D.J. 985-45:470 - I, 985-B, 1765;
- CNCom. Sala D, 16/03/1990, “*Celcar S.A. s. quiebra*”, L.L. 1990- D- 242;
- CNCom, Sala A, “*Canela Echegaray, Guillermo c. Compartime S.A. y ot. S. Sumario*”, 07/11/2022, publicado en “Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Societarias”, IV, Ed. Ad- Hoc, p. 115, Buenos Aires, 2.004;
- CNCom, Sala D, “*La Rural S.A. de Seguros s. Liquidación Forzada*”, 04/12/2022, publicado en “Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Societarias”, IV, Ed. Ad- Hoc, p. 134, Buenos Aires, 2.004;
- CNCom, Sala B, “*Forns, Eduardo c. Uantú S.A. s. Ordinario*”, 24/06/2003, “Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Societarias”, IV, Ed. Ad- Hoc, en nota 79, p. 145;
- CNCom, Sala D, “*Establecimientos Metalúrgicos Crespo SACI c. Carlisi, Angel s. Sumario*”, 05/05/2004, publicado en Diario Jurídico “ElDial.com” del día 07/06/2004, <http://www.eldial.com.ar/nuevodial/04067-d.asp>;
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 11- firme: “*López Rey, Carlos A. c. Fiviar SRL y ot. S. Sumario*”, junio 1- 995, Revista El Derecho 175- 307;
- Caso “*Flaibán*”: CNCom, Sala B, voto del Dr. Isaac Halperín, Revista Jurisprudencia Argentina 1971- 10- 39;