

# Responsabilidad del directorio y el riesgo empresario

Autora: Lorena R. Schneider

Editorial Marcial Pons /2022

www.librotecnia.cl

## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
<b>ABREVIATURAS</b> .....	11
<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<b>CAPÍTULO PRIMERO. PRELIMINARES</b> .....	19
§ 1. NOTAS INTRODUCTORIAS .....	19
§ 2. EL HOMBRE, UN SER SOCIAL POR NATURALEZA .....	21
§ 3. ANTECEDENTES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ..	23
§ 3.1. La insociable sociabilidad del hombre .....	25
§ 3.2. Origen y evolución de la sociedad anónima .....	26
§ 3.3. El Código de Comercio y la ley 19.550. Evolución legislativa.....	31
§ 4. EL NUEVO ESCENARIO EMPRESARIAL .....	35
§ 4.1. La ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor (LACE) y la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) .....	37
§ 4.2. El Proyecto de Ley de Reformas a la Ley General de Sociedades .....	40
§ 4.3. La tecnologización del Derecho de Sociedades .....	42
§ 5. LA SOCIEDAD COMO CONTRATO. FUNCIÓN Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD .....	44
§ 5.1. Naturaleza del contrato de sociedad .....	45
§ 5.2. Efectos del contrato de sociedad .....	50
§ 5.3. Las relaciones entre los socios y el contrato social .....	51
§ 5.4. El quiebre de ciertos paradigmas, entre ellos el contrato.....	52

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. LOS CONFLICTOS DE INTERESES Y LA TUTELA PREVENTIVA DEL INTERÉS SOCIAL .....</b>	<b>55</b>
A) EL INTERÉS SOCIAL .....	55
§ 6. NOTAS INTRODUCTORIAS. APROXIMACIÓN AL DEBATE SOBRE EL INTERÉS SOCIAL .....	55
§ 7. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: INTERÉS INDIVIDUAL, INTERÉS LEGÍTIMO, INTERÉS COLECTIVO, INTERÉS COMÚN E INTERÉS SOCIAL .....	57
§ 7.1. Interés individual o particular .....	57
§ 7.2. Interés legítimo .....	58
§ 7.3. Interés colectivo .....	59
§ 7.4. Interés común .....	60
§ 7.5. Interés social .....	61
§ 8. POSICIONES DOCTRINARIAS EN TORNO AL INTERÉS SOCIAL .....	62
§ 8.1. Contractualistas .....	62
§ 8.2. Críticas a las teorías contractualistas .....	66
§ 8.3. Institucionalistas .....	66
§ 8.4. « <i>Unternehmen an sich</i> » .....	67
§ 8.5. Institucionalismo francés .....	69
§ 8.6. « <i>Person an sich</i> » .....	69
§ 8.7. Institucionalismo estadounidense .....	70
§ 8.8. Críticas a las teorías institucionalistas .....	70
§ 9. TEORÍAS NEGATORIAS DEL INTERÉS SOCIAL .....	71
§ 10. EL INTERÉS SOCIAL: ESENCIA BÁSICA DEL CONFLICTO SOCIETARIO .....	71
§ 11. POSICIÓN ADOPTADA POR EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO EN TORNO DEL INTERÉS SOCIAL .....	73
§ 11.1. La Ley General de Sociedades .....	73
§ 11.2. La Ley de Mercado de Capitales .....	75

	Pág.
§ 11.3. Posición adoptada por la jurisprudencia argentina .....	75
§ 11.4. El Proyecto de Reformas a la LGS y el deber de hacer prevalcer el interés social como parte del deber de leal administración .....	78
§ 12. EL RIESGO COMÚN, LA CAUSA FIN Y LA <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i> EN RELACIÓN CON EL INTERÉS SOCIAL	79
§ 13. EL INTERÉS SOCIAL COMO «CONCEPTO JURÍDICO <i>INDETERMINADO</i> ». LA INDETERMINACIÓN, ¿SU VIRTUD? .....	81
B) LOS CONFLICTOS DE INTERESES .....	87
§ 14. EL CONFLICTO SOCIETARIO .....	87
§ 15. LOS CONFLICTOS DE INTERESES .....	91
§ 16. LA SOCIEDAD COMO CENTRO DE COLISIÓN DE UNA PLURALIDAD DE INTERESES EN CONFLICTO. CONCURRENCIA DE INTERESES E INTERESES <i>INTRA</i> <i>SOCIETARIOS</i> .....	95
§ 16.1. Conflictos « <i>intra</i> » societarios: socios y sociedad .....	96
§ 16.2. Conflictos entre control y propiedad .....	98
§ 17. EL INTERÉS SOCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL PODER DE CONTROL Y EL DEBER DE FIDELIDAD DEL SOCIO .....	99
§ 17.1. ¿Son los accionistas propietarios del patrimonio social? ..	99
§ 17.2. Conflictos entre socios .....	101
§ 17.3. La mayoría, el socio en posición equivalente y la minoría en interés contrario al social .....	105
§ 18. CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRADORES, SOCIEDAD Y SOCIOS .....	107
§ 18.1. Conflictos entre administradores y socios en las sociedades abiertas o cotizadas. Teorías que intentan minimizar riesgos .....	110
§ 18.2. Conflictos entre administradores y socios en las sociedades cerradas o no cotizadas .....	115

	<u>Pág.</u>
§ 19. CONFLICTO DE INTERESES «AD EXTRA» .....	117
§ 19.1. Socios y acreedores .....	117
§ 19.2. Administradores y acreedores .....	120
§ 20. LA FALTA DE REGULACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES. RECEPCIÓN EN EL CCYCN, LMC Y LRP .....	123
§ 21. RIESGO DE LESIÓN AL INTERÉS SOCIAL .....	128
§ 22. IMPLICANCIA DEL INTERÉS SOCIAL Y SU FUNCIÓN DE TUTELA PREVENTIVA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES .....	129
<b>CAPÍTULO TERCERO. EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO ...</b>	<b>133</b>
§ 23. EL ESTADO DE SOCIO .....	133
§ 24. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL SOCIO .....	135
§ 24.1. Derechos del socio .....	135
§ 24.2. Obligaciones del socio .....	137
a) Obligación de aportación e integrar .....	138
b) Obligación de sumisión a la mayoría .....	139
c) Obligación de colaboración .....	139
d) Obligación de observancia de leyes y estatutos .....	140
§ 24.3. Inderogabilidad de los derechos del socio .....	140
§ 25. EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO .....	141
§ 25.1. Extensión del deber de lealtad a los socios en relación con el deber de cumplir el contrato social. Justificación ...	148
§ 25.2. La naturaleza económica del deber de lealtad de los socios .....	150
§ 25.3. A quienes ha de extenderse el deber de lealtad .....	152
§ 25.4. Necesidad de construir el deber de lealtad de los socios ...	153
§ 25.5. El principio de igualdad de trato .....	159
§ 25.6. Deber de lealtad del socio mayoritario .....	164
§ 25.7. Deber de lealtad de los socios minoritarios .....	164

	Pág.
§ 26. DEBER DE LEALTAD, COMUNIDAD DE FIN Y BUENA FE .....	167
§ 27. DEBER DE LEALTAD EN EL DERECHO COMPARADO ..	169
§ 27.1. Alemania .....	169
§ 27.2. Italia .....	171
§ 27.3. España .....	172
§ 28. LA EMPRESA Y EL PODER. RELACION INESTABLE PERO NECESARIA .....	173
§ 29. ¿PUEDE VÁLIDAMENTE INFERIRSE EL DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO? .....	175
<b>CAPÍTULO CUARTO. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y LA PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL .....</b>	<b>179</b>
A) LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES ....	180
§ 30. BREVES NOTAS INTRODUCTORIAS .....	180
§ 31. LA PERSONALIDAD JURÍDICA. NOCIONES .....	181
§ 32. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES .....	184
§ 32.1. La Ley General de Sociedades y el CCyCN .....	185
§ 32.2. La responsabilidad civil de la persona jurídica .....	189
§ 32.3.1. Factores de atribución de la responsabilidad .....	192
a) Daño .....	192
b) Antijuridicidad .....	193
c) Factor de atribución .....	193
d) Relación causal .....	193
§ 32.3. Responsabilidad penal de la persona jurídica .....	195
§ 32.4. La responsabilidad de carácter subjetivo, ¿objetivo también? .....	200
§ 33. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES .....	202

	<u>Pág.</u>
§ 33.1. El deber de diligencia .....	202
§ 33.2. El deber de lealtad .....	206
§ 33.2.1. Generalidad del deber de lealtad .....	210
§ 33.2.2. Lealtad, imperatividad y dispensa .....	213
§ 33.2.3. Imperatividad flexible del deber de lealtad .....	216
§ 34. CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SAS Y CUALQUIER OTRO TIPO SOCIETARIO .....	218
§ 34.1. ¿Podrá ser reglamentado el deber de diligencia? .....	222
§ 34.2. ¿Podrá ser reglamentado el deber lealtad? ¿Podrá pactarse la «irresponsabilidad» o la «no responsabilidad» en caso de dolo o culpa grave? .....	224
§ 34.3. Función del capital social .....	231
§ 34.4. Razonabilidad y criterio de interpretación restrictivo .....	233
§ 34.5. Algunas valoraciones en torno a la posibilidad de incorporar este tipo de cláusulas .....	234
B) PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL .....	236
§ 35. LA PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES. DELIMITACIÓN DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ADMINISTRADOR .....	236
§ 35.1. La regla de discrecionalidad empresarial. Antecedentes y evolución histórica .....	237
a) Representación, mandato y el cuestionable art. 211, del CCyCN .....	237
b) Formulación de la regla .....	240
§ 35.2. Aproximación a la noción de discrecionalidad empresarial. ( <i>Business Judgment Rule</i> ) .....	242
§ 35.3. Naturaleza jurídica y fundamento de la regla de discrecionalidad empresarial .....	244
§ 36. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA .....	247
§ 36.1. Deber de diligencia .....	248

	<u>Pág.</u>
§ 36.2. Buena fe y falta de interés personal .....	248
§ 36.3. Información suficiente .....	250
§ 36.4. Deber y derecho de información .....	251
§ 36.5. Atendiendo los procedimientos .....	256
§ 36.6. Decisiones estratégicas o de negocio .....	257
§ 36.7. Cumplimiento de la ley y los estatutos .....	258
§ 36.8. Proporcionalidad y razonabilidad .....	259
§ 37. REQUISITOS PROCESALES. LA CARGA DE LA PRUEBA ..	260
§ 38. DIFERENCIA ENTRE LA REGLA DE DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL Y EL CRITERIO DE LA DEBIDA DILIGENCIA .....	262
§ 39. DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL Y DISCRECIONALIDAD SOCIETARIA .....	263
§ 40. LA REGLA DE DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL EN EL DERECHO COMPARADO .....	264
§ 40.1. Estados Unidos .....	264
§ 40.2. Alemania .....	274
§ 40.3. Reino Unido .....	276
§ 40.4. España .....	279
§ 40.5. Australia .....	281
§ 41. VENTAJAS E INCONVENIENTES QUE PRESENTA LA REGLA DE DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL ..	284
§ 41.1. Ventajas .....	284
§ 41.1. Inconvenientes .....	289
§ 42. EL ROL DEL JUEZ AL EXAMINAR DECISIONES ADOPTADAS POR ADMINISTRADORES SOCIALES .....	293
§ 43. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO .....	296
§ 44. ¿PUEDE VÁLIDAMENTE INFERIRSE LA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i> DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO? LA IDENTIDAD Y CORRESPONDENCIA DE SISTEMAS .....	300

	<u>Pág.</u>
§ 45. LA <i>BUSINESS JUDGMENT RULE</i> EN EL PROYECTO DE REFORMAS A LA LGS .....	303
C) EL RIESGO EN LA GESTIÓN .....	310
§ 46. LA GESTIÓN DEL RIESGO EN LA TOMA DE DECISIONES POR PARTE DE ADMINISTRADORES .....	310
§ 46.1. La administración o gestión del riesgo empresarial. ( <i>Enterprise Risk Management</i> ) .....	313
§ 46.2. Riesgo en la gestión y el riesgo empresarial. Factor subjetivo y objetivo .....	319
§ 47. PERFIL DE RIESGO DE LA ENTIDAD. FORMAS DE GESTIONAR LOS RIESGOS .....	320
§ 48. LA ESTRATEGIA EMPRESARIAL Y SUS RIESGOS .....	322
§ 49. IDENTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL RIESGO .....	325
§ 50. MEDICIÓN Y PRONÓSTICO DEL RIESGO .....	328
§ 51. LA IMPREVISIBILIDAD Y EL ERROR HUMANO .....	330
§ 52. LA DISTRIBUCIÓN DE LA AUTORIDAD. ADECUADA SUPERVISIÓN, CONTROL, MITIGACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL RIESGO .....	332
§ 52.1. Aproximación .....	332
§ 52.2. El valor de la información .....	337
§ 52.3. Recomendaciones para mejorar la supervisión del riesgo ..	339
§ 53. PARTICIPACIÓN DE DIRECTIVOS EN EL PROCESO DE EVALUACIÓN CUALITATIVA DE RIESGOS .....	341
§ 54. TIPOS DE RIESGOS .....	343
§ 54.1. Riesgo fiscal o derivado de deuda tributaria ajena .....	343
§ 54.1.1. El alcance del riesgo .....	343
§ 54.1.2. Las normas tributarias .....	345
§ 54.1.3. La sociedad es el contribuyente .....	347
§ 54.1.4. La carga de la prueba .....	348
§ 54.1.5. Carácter de la responsabilidad .....	349

	<u>Pág.</u>
§ 54.1.6. Administrador no garante por deudas sociales ajenas .....	350
§ 54.1.7. Los fallos Raso Hnos. y Toledo .....	351
§ 54.2. Riesgos económicos y financieros .....	352
§ 54.2.1. Riesgo reputacional .....	353
§ 54.2.2. Riesgo por inflación .....	354
§ 54.2.3. Riesgo país y soberano .....	355
§ 54.2.4. Riesgo por variación en los tipos de cambio y en las tasas de interés .....	356
§ 54.2.5. Riesgo de crédito .....	356
§ 54.2.6. Riesgo operacional, empresarial y bancario .....	357
§ 54.3. Riesgos legales .....	359
§ 54.3.1. Riesgos normativos .....	359
§ 54.3.2. Riesgos contractuales .....	360
§ 54.3.3. Los administradores frente al nuevo paradigma que trajo el Covid-19 .....	361
a) La imposibilidad de cumplimiento .....	362
b) El caso fortuito y la fuerza mayor .....	364
c) Frustración de la finalidad del contrato .....	366
d) Excesiva onerosidad sobreviniente .....	367
e) El deber de renegociar el contrato. Regla para evitar el conflicto .....	368
f) Hacia una nueva forma de operar: adecuada planificación empresarial y distribución de riesgos .....	371
§ 54.4. Riesgos por litigios .....	373
§ 54.4.1. Los procesos de concurso y quiebra .....	373
a) Insolvencia y estado de cesación de pagos .....	374
b) Responsabilidad de los administradores .....	376
§ 54.4.2. Extensión de la responsabilidad en fuero laboral ....	378
a) Alcance del riesgo .....	378
b) El camino trazado por la CSJN .....	380
c) Contexto actual .....	381

	<u>Pág.</u>
§ 54.4.3. Personalidad diferenciada y limitación de la responsabilidad .....	382
§ 55. ¿TIENEN LOS ADMINISTRADORES LA <i>OBLIGACIÓN DE IMPLEMENTAR UN SISTEMA DE CONTROL DE RIESGOS?</i> .....	385
D) SEGURIDAD JURÍDICA Y ESTABILIDAD SOCIETARIA ...	388
§ 56. NECESIDAD DE GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA Y REFORZAR LA ESTABILIDAD SOCIETARIA .....	388
§ 57. SEGURIDAD JURÍDICA .....	389
§ 57.1. Nociones .....	389
§ 57.2. Necesidad de establecer la seguridad jurídica como un principio general del ordenamiento .....	392
§ 58. ESTABILIDAD SOCIETARIA .....	395
§ 59. VALORACIONES FINALES .....	396
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	405