



Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

SALA D

En Buenos Aires, a 18 de junio de 2019, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “OVERSAFE SEGUROS DE RETIRO S.A. (EN LIQUIDACIÓN FORZOSA) C/ COURBY, JUAN CARLOS Y OTROS S/ ORDINARIO”, registro n° 375/2014, procedente del JUZGADO N° 9 del fuero (SECRETARIA N° 18), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Garibotto, Vassallo. El doctor Gerardo G. Vassallo no interviene por hallarse en uso de licencia (RJN, 109).

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:
¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

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

1°) La sentencia de primera instancia -dictada a fs. 337/359- admitió la demanda promovida por los delegados liquidadores (designados por la Superintendencia de Seguros de la Nación) de Oversafe Seguros de Retiro S.A. y, en consecuencia, condenó a los integrantes del último directorio de la citada aseguradora y a los síndicos societarios, en forma solidaria, al pago de \$ 1.934.367 más intereses y costas.

En lo que aquí interesa, el fallo resolvió lo siguiente:

I. Calificó a la acción de responsabilidad promovida contra los directores como la “social” regulada por el art. 276 de la ley 19.550, que igualmente aprehende, según lo aclaró, la situación de los síndicos societarios, habida cuenta la remisión establecida por el art. 298 de esa ley;



II. Entendió que a la luz del estándar de conducta del art. 59 y de lo dispuesto por el art. 274, ambos de la ley 19.550, la responsabilidad del ex presidente del directorio (señor José C. Courby) y de los restantes ex integrantes de ese órgano (señores Sergio R. Sosa y Alberto Latoff) estaba comprometida: A) Por haberse ellos fijado en la reunión n° 340 una “... remuneración especial de éxito...” que cabía reputar exorbitante con relación a la liquidez que Oversafe Seguros de Retiro S.A. tenía a sólo 8 meses antes de que la asamblea de accionistas resolviera la disolución voluntaria y liquidación de la entidad en razón de la existencia de “...relaciones técnicas deficitarias, básicamente de capital mínimo...”, y pese a que previo a tal asignación remunerativa los referidos administradores societarios habían asumido frente a la Superintendencia de Seguros de la Nación compromisos específicos relacionados con la restauración de la liquidez en una situación “...altamente deficitaria...”; y B) Por haber firmado el citado presidente del directorio contratos de locación de inmuebles de Oversafe Seguros de Retiro S.A., carentes de fecha cierta, a valores notoriamente más bajos que los de mercado y sin que *a posteriori* pudiera ser constatado a qué cuenta fueron transferidos los pagos de los alquileres respectivos.

III. Juzgó que, en los términos del art. 294 de la ley 19.550, igualmente estaba comprometida la responsabilidad de los síndicos societarios demandados (señores Daniel Fontana, Agustín Bianchi y Federico Garaguso) porque no expusieron “...de manera rotunda su oposición...” a la decisión del directorio que habilitó el pago de la referida “...remuneración especial de éxito...”, pese a los que efectos que proyectaba ese abono en la estructura de liquidez financiera de la aseguradora.

IV. Reprochó genéricamente a todos los demandados, en fin, la presencia de ciertas deficiencias de registración de gastos y la falta de una explicación de las razones del aumento considerable de ellos.

2º) Contra la reseñada decisión apeló el común apoderado de los demandados (fs. 360).

Los ex directores traídos a juicio expresaron sus agravios mediante la presentación del memorial de fs. 412/417, y los síndicos societarios hicieron lo propio a fs. 403/409.

Fecha de firma: 18/06/2019

Alta en sistema: 19/06/2019

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: HORACIO PIATTI, PROSECRETARIO DE CAMARA



#23139064#237114812#20190618125822931

Sólo la expresión de agravios de estos últimos recibió la respuesta de la parte actora (fs. 420/423).

La Fiscal General ante la Cámara dictaminó a fs. 452/464 propiciando confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto al fondo del asunto, pero sin expedirse acerca del *quantum* de la condena por entender que ese aspecto era ajeno a su incumbencia.

3°) Después de revocar el poder que confiriera a su anterior representación letrada (fs. 428), con intervención de una nueva solicitó el señor José C. Courby el dictado por esta alzada de una medida para mejor proveer consistente en la remisión de diversas actuaciones judiciales y administrativas (fs. 436/439).

El contenido material de tal solicitud, como asimismo de la aclaratoria formulada en fs. 443, fue coincidente con la remisión de iguales constancias requeridas antes por el Ministerio Público Fiscal (fs. 426).

De ahí, entonces, el tenor de las providencias de fs. 440, punto 2, y 445.

Se aclara, a todo evento, que la totalidad de las actuaciones judiciales y administrativas en cuestión fueron recibidas por esta alzada, teniéndolas el suscripto a la vista (véase notas de fs. 446, 447 y 450 vta.).

Dicho ello, no es ocioso destacar la improcedencia sustancial de lo solicitado por el codemandado José C. Courby, toda vez que las medidas para mejor proveer no pueden ser solicitadas ni sugeridas por las partes (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1988, t. 2, p. 228 y sus citas).

4°) Los memoriales de fs. 403/409 y 412/417 tienen textos parcialmente coincidentes.

Por ello, las críticas contenidas en los respectivos escritos serán examinadas en conjunto cuando así fuese posible, asignándoles asimismo a cada una el orden en el tratamiento que se entiende más adecuado para clarificar la exposición.

5°) Sostienen los recurrentes que, habiendo la señora juez *a quo* puesto de relieve la ausencia de precisión en la demanda acerca de cuál era la acción intentada, debió ello conducirla a declarar el defecto legal de oscuro líbello.



Si bien en las distintas contestaciones de demanda fue destacada la falta de claridad del escrito de inicio en punto a la identificación de la acción promovida (fs. 35 y vta., cap. IV; fs. 56, cap. IV; fs. 75, cap. IV; y fs. 123 vta./124, cap. IV), ninguno opuso formalmente la excepción autorizada por el art. 347, inc. 5°, del Código Procesal, pidiendo su respectiva sustanciación de acuerdo al art. 350 de ese cuerpo legal.

En tales condiciones, no pueden los demandados agraviarse porque la juez *a quo* no hubiese admitido una excepción que no opusieron.

A todo evento, bueno es observar que la imprecisión en la que incurriera el escrito inicial no impidió que los recurrentes ejercieran plenamente su derecho de defensa, lo que es elemento de juicio contrario a la configuración de un agravio atendible (conf. doctrina de la CNFed. Civ. Com. Sala 1, 25/8/1987, “Segovia, R. L c/ Estado Nacional”).

En efecto, más allá de la falta de claridad denunciada, entendieron todos los demandados que los delegados liquidadores no estaban intentando la acción “concurzal” de responsabilidad regulada por el art. 173 y ss., de la ley 24.522, sino que la acción propuesta era la prevista por el art. 276 de la ley 19.550, ejercida de acuerdo al art. 278 de esa ley y, al amparo de tal interpretación, contestaron largamente la demanda.

Así pues, habiendo aceptado la sentencia apelada que la acción deducida era, precisamente, la autorizada por dicho art. 276, resulta forzoso concluir que ninguna afectación o restricción del ejercicio del derecho de defensa puede ser invocada por los recurrentes como fundamento de sus quejas.

6°) Como no podía ser de otro modo, los apelantes también en esta alzada parten de la base de estar en presencia de la acción regulada por el art. 276 de la ley societaria, ejercida de acuerdo a lo previsto por su art. 278.

A la luz de ello, concuerdan en que el factor de atribución de responsabilidad implicado es el que surge de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, pero defensivamente afirman de seguido: I. Que ni en la demanda ni en la sentencia apelada se identificó cuál sería la ley, el reglamento o estatuto que con dolo o culpa grave sus actos habrían vulnerado; II. Que el principal rubro reclamado, esto es, la “...remuneración especial de éxito...” fijada por



el directorio debe entenderse convalidada por la asamblea de accionistas del 2/11/2012 que aprobó la gestión del directorio y de la comisión fiscalizadora durante el ejercicio cerrado el 30/6/2012, y cuya nulidad fue rechazada en autos, de donde se sigue una necesaria contradicción conceptual del fallo, ya que niega la acción de nulidad de la reunión social que ratificó la procedencia del abono de los emolumentos, pero hace prosperar el reclamo por su devolución (fs. 404/405 y 413 y vta.).

Ninguno de estos argumentos es admisible.

Veamos.

7°) La infracción a la ley, el reglamento o el estatuto referida por el art. 274 de la ley 19.550, es el componente propio de la antijuridicidad de la acción de responsabilidad “social” de que aquí se trata (conf. Roitman, H., *Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada*, Buenos Aires, 2006, t. IV, p. 549, n° 6).

Y a la determinación de la existencia de esa antijuridicidad puede llegarse sin necesidad de precisar cuál es la ley, el reglamento o la norma estatutaria infringida, toda vez que los administradores societarios responden no solo por las obligaciones específicas determinadas en los textos respectivos, sino también por infracción a las obligaciones genéricas relacionados a la diligencia del buen hombre de negocios referida por el art. 59 de la ley societaria (conf. Boretto, M., *Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, 2006, p. 126; Ferrer, G., *Responsabilidad de los administradores societarios*, Buenos Aires, 2009, ps. 96/97, n° 2.3), pudiendo incluso ser señalado que la antijuridicidad societaria no es un sistema cerrado a su propia normativa, sino que se integra con el esquema general de la responsabilidad civil del derecho privado (art. 1109 y conc. del Código Civil de 1869; art. 1716 y conc. del Código Civil y Comercial de la Nación), de donde resulta que no es necesario infringir un determinado catálogo de prohibiciones, sino que la conducta debe confrontarse con el ordenamiento total (conf. Junyent Bas, F., *Responsabilidad civil de los administradores societarios*, Córdoba, 1998, p. 43), en el cual, como se dijo, hay responsabilidad no sólo por infracción a obligaciones específicamente establecidas en la ley, el reglamento o el estatuto, sino igualmente por



inadecuación de la conducta con relación a las obligaciones genéricas, de fuerte contenido fiduciario, que vinculan a los administradores con la sociedad administrada.

Cabe insistir: la antijuridicidad, la ilicitud, no surge necesariamente de una enunciación de deberes específicos; la ley le asigna al órgano de administración la gestión empresarial, pero no existe una sistemática de los deberes que debe cumplir (conf. Araya, M., *Responsabilidad de administradores de sociedades comerciales*, LL 2009-A, p. 1151). Así, por ejemplo, las llamadas “faltas de gestión” no tienen que ser necesariamente referidas a violaciones legales o estatutarias, debiendo en cambio ser entendidas como violación de la gestión del tipo profesional impuesta por la ley (conf. Bergel, D., *Acción social de responsabilidad en el supuesto de quiebra*, Rev. Jurídica del Banco de la Nación Argentina, n° 57, año 1990, p. 13, espec. p. 15 y su cita en nota n° 4 de Berdah, J., *Fonction et reesponsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey, Paris, 1974, p. 235).

En ese mismo contexto, aparecen los deberes genéricos de cumplir con el objeto social y de satisfacer el interés social, que con los anteriores cumplen la función de una “cláusula general” de responsabilidad, que suplen la enumeración de deberes contenidos en las leyes (conf. Abdala, M., *Obligaciones y responsabilidades de los administradores de sociedades*, LL 2008-C, p. 1208).

En suma: la falta de identificación denunciada por la expresión de agravios, no revela ninguna arbitrariedad de la sentencia recurrida, máxime ponderando que en esta última se aprecian plurales referencias en orden a que los demandados fueron declarados responsables por infracción al deber general de conducta aprobado por el art. 59 de la ley 19.550 (fs. 347/349).

Todo ello sea dicho, sin perjuicio de la determinación de la concreta violación a la ley que este voto explicitará en el considerando 11°.

8°) Por otra parte, el hecho que la asamblea de accionistas del 2/11/2012 hubiera aprobado la gestión del directorio y de la comisión fiscalizadora desarrollada durante el ejercicio en que se autorizó el pago de la recordada “...remuneración especial de éxito...” (conf. acta de directorio n°



340 y acta de asamblea n° 49, fs. 14 y 15, respectivamente), no proyecta las consecuencias pretendidas por los apelantes de impedir la acción de responsabilidad intentada en autos, pues como lo determina el art. 275 de la ley 19.550 la extinción de la responsabilidad respecto de la sociedad que deriva de la aprobación de la gestión de los administradores societarios “...es ineficaz en caso de liquidación coactiva...”, esto es, la que alcanza a bancos o, como es el caso, a aseguradoras (conf. Rouillón, A. y Alonso, D., *Código de Comercio comentado y anotado*, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 699), lo cual se justifica en la tutela de los terceros que no pueden ver frustradas sus expectativas de garantía por la decisión de la mayoría societaria (conf. Roitman, H., ob. cit., t. IV, p. 572, n° 5; Ferrer, G., ob. cit., ps. 167/168, n° 3.13; Martorell, E., [director], *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 2010, t. VIII, p. 308, n° 2.5; Verón, A., *Sociedades Comerciales – Ley 19.550, comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, 1987, t. 4, p. 323, n° 8).

Como lo explica la Exposición de Motivos de la ley 19.550, la “... liberación es ineficaz si la sociedad cae en estado de liquidación coactiva o concursal, ya que no puede afectar a los acreedores, cuyo interés en restablecer la responsabilidad para el saneamiento patrimonial es predominante: se evitan las maniobras para impedir el ejercicio de las acciones de responsabilidad, ejercibles por los acreedores sociales justamente en esas oportunidades, de desastre económico de la sociedad...”. Así las cosas, en ninguna auto-contradicción conceptual incurrió el fallo apelado.

9°) Critican también los recurrentes que la jueza *a quo* no hubiera calificado expresamente sus conductas como teñidas de dolo o culpa grave. En tal sentido, expresan que si bien el fallo juzgó que la determinación de “... remuneración especial de éxito...” fue imprudente, no dijo que hubiera sido dolosa o culposamente grave, de donde concluyen que fue arbitrario por haber equiparado la noción de “imprudencia” con los referidos factores de atribución (fs. 405 vta. y 414 y vta.).

La queja no tiene sustancia.

El art. 274 de la ley 24.522 es “redundante” (conf. Roitman, H., ob. cit., t. IV., p. 552, n° 8), porque incurre en superposición parcial (conf. Halperín, I..



y Otaegui, J., *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, 1998, p. 553, n° 48) en cuanto a la identificación del factor de atribución de la responsabilidad, ya que menciona expresamente el dolo y la culpa grave, pero a la vez cita y remite a lo dispuesto por el art. 59 de la misma ley que alude a la necesidad de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios, la cual deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Código Civil de 1869, y art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación), o sea como un comerciante experto (art. 902 del Código Civil de 1869, y art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación), siendo que la omisión de tal diligencia, o sea de los cuidados propios del buen hombre de negocios, hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye una responsabilidad por culpa leve *in abstracto* (conf. esta Sala D, 5/11/2008, “Simancas, María Angélica c/ Crosby, Ronald y otros s/ sumario”, considerando 8°).

Por ello, dejando de lado el caso del dolo, la culpa requerida para llegar a responsabilizar a un director o a un síndico societario, no sólo es la “grave” referida por el art. 274, sino también la que deriva de no haber actuado con la prudencia, la diligencia y el conocimiento que la profesión exige.

Con lo que va dicho, habrá de responderse aun mediando culpa leve o negligencia (conf. Balbín, S., *Acción social de responsabilidad contra el directorio*, Buenos Aires, 2006, p. 35; Boretto, M., ob. cit., ps. 144/145, n° 3; Roitman, H., ob. cit., t. IV, p. 552; Otaegui, J., *Administración Societaria*, Buenos Aires, 1979, p. 133; Zaldívar, E., Manóvil, M., Ragazzi, G. y Rovira, A., *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1978, vol. III, p. 527; Junyent Bas, F., ob. cit., ps. 71/72, n° 3.2 y su cita de Gulminelli, R.).

En tales condiciones, teniendo en cuenta que la culpa leve *in abstracto* se identifica, en esta materia, con la “imprudencia” del buen hombre de negocios, esto es, en haber obrado sin la lealtad y diligencia referida por el art. 59 de la ley 19.550, la crítica de que aquí se trata cae en saco roto.

10°) Como otro argumento enderezado a sortear la responsabilidad endilgada por la sentencia de primera instancia, refieren los apelantes el hecho de que la asamblea de accionistas del 2/11/2012 fue oportunamente comunicada a la Superintendencia de Seguros de la Nación, quien dejó pasar



el plazo de caducidad fijado por la ley para su impugnación, produciéndose su convalidación (fs. 407 y 414 vta.).

El agotamiento del plazo de caducidad de tres meses previsto por el art. 251 de la ley 19.550 impide en adelante declarar la invalidez del acto asambleario de que se trate, salvo que se trate de un supuesto de nulidad absoluta (CSJN, *in re* “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”, Fallos 324:4199).

Pero ese efecto, nada predica en cuanto a la eficacia del acto asambleario frente a terceros, el que aun sin ser invalidado puede ser inoponible.

Y, en tal sentido, ya fue dicho que, de acuerdo al art. 275 de la ley 19.550, la aprobación de la gestión del directorio y de la comisión fiscalizadora efectuada en tal asamblea del 2/11/2012 (que aprehendía lo atinente a la fijación de una “...remuneración especial de éxito...” efectuada por el Directorio en su reunión n° 340 del 20/12/2011) con el efecto de la consiguiente extinción de responsabilidad para aquellos, debe reputarse ineficaz por razón de la sobreviniente liquidación coactiva de Oversafe Seguros de Retiro S.A.

En tales condiciones, el silencio observado por la Superintendencia de Seguros de la Nación durante el transcurso del plazo de caducidad del art. 251 de la ley 19.550, no puede entenderse como un óbice para que, habiéndose abierto posteriormente el procedimiento regulado en la Sección 10 de la ley 20.091, los delegados liquidadores de dicho organismo de control hubieran promovido la acción “social” aquí examinada que, como resulta de la ley, se orienta a resarcir el daño directo producido en el patrimonio social a causa de la conducta imputable a los directores o síndicos societarios.

11°) En otro pasaje de las expresiones de agravios, sostienen los recurrentes que la “...remuneración especial de éxito...” que fijó el directorio en su reunión n° 340 no puede dar lugar a responsabilidad alguna pues, de acuerdo a lo informado por el peritaje contable, la cuenta “Asignación y Honorarios de Síndicos y Directores” sufrió, en los ejercicios 2011 y 2012, un incremento del 19,47% que fue muy inferior a los ajustes de salarios y jubilaciones que rigieron concomitantemente en el país. Asimismo, señalan



como un desacierto de la sentencia apelada haberles reprochado la falta de prueba referente a la asunción de funciones técnico administrativas que justificaran dicha remuneración especial y que, en todo caso, tal prueba incumbía a la actora, máxime ponderando que la asamblea del 2/11/2012 ratificó los honorarios del mismo modo que venía haciéndose en ejercicios anteriores (fs. 407 vta. y 415).

En situaciones como la de autos, habida cuenta del silencio de la ley en vigor, juzgo que puede aplicarse el criterio, de evidente razonabilidad, que resulta del art. 261, último párrafo, del Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades, año 2002 (elaborado por los profesores Bergel, Etcheverry, Anaya y Otaegui), según el cual: “...*En caso de insolvencia, los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos deben restituir las remuneraciones recibidas en el curso de los dos (2) últimos ejercicios, a menos que prueban que las condiciones establecidas por la ley y el estatuto para su distribución se cumplieron y se adecuaron a los resultados de balances ajustados a las reglas y principios aplicables...*” (véase: Anaya, J., *Lineamientos del Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales*, LL 2003-A, p. 1183).

Como lo expresa un destacado autor, la solución precedentemente transcripta recoge la jurisprudencia de varios años y, en sustancia, impone un deber restitutorio por parte de los directores, acompañado de una inversión de la carga de la prueba, lo que quiere decir tanto así como que sólo si demuestran acabadamente que se ha respetado “a rajatabla” todos y cada uno de los pasos previstos para el pago de este tipo de retribuciones y, además, que los estados contables en función de los cuales fueron tomados los resultados se confeccionaron de acuerdo con la normativa aplicable en la materia, podrán exculparse de devolver lo percibido (conf. Martorell, E., *Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos*, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 118).

De tal suerte, no es inadecuado partir de la premisa de que, contrariamente a lo que postulan, correspondió a los propios recurrentes el *onus probandi* referente a la corrección de lo resuelto en la reunión del directorio n° 340 en cuanto autorizó una “...remuneración especial de

Fecha de firma: 18/06/2019

Alta en sistema: 19/06/2019

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: HORACIO PIATTI, PROSECRETARIO DE CAMARA



#23139064#237114812#20190618125822931

éxito...”. Cabe observar que en ello coincide también el dictamen del Ministerio Público Fiscal, sobre la base entender aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (fs. 458).

Con base en esa premisa, pues, los recurrentes debieron demostrar que la asignación remuneratoria de que se trata se ajustó a la ley y que se adecuó a los resultados de balances.

Pero nada de ello ha tenido lugar en la especie.

(a) Con relación a lo primero no hay intento probatorio alguno y, antes bien, el análisis de la cuestión conduce a verificar la manifiesta ilegalidad de lo actuado por los apelantes.

Al respecto, se observa que la citada “...remuneración especial de éxito...” fue fijada directamente por el directorio sin ninguna aprobación previa de la asamblea, contrariándose así lo dispuesto por el art. 16, segunda parte, de la ley 20.091, e igualmente la ley societaria.

En efecto, de acuerdo a la ley 19.550, que en esto coincide con el citado precepto de la ley 20.091, lo atinente a la determinación de la remuneración de los directores corresponde a la asamblea ordinaria o, en su caso, al consejo de vigilancia (art. 234, inc. 2º, y 261, párrafo primero, de la ley 19.550), careciendo el directorio de facultades para ello, pues los directores no podrían fijarse a sí mismos la retribución correspondiente a la función desempeñada (conf. Sasot Bestes, M. y Sasot, M., *Sociedades Anónimas – El órgano de administración*, Buenos Aires, 1980, p. 274, nº 99; Verón A. V., *Tratado de los conflictos societarios - segunda parte*, Buenos Aires, 2007, p. 478, nº 3).

Fuera del caso está, asimismo, la posibilidad de considerar a la fijación de tal “...remuneración especial de éxito...” como una hipótesis de retiro a “cuenta” de emolumentos sujetos a ser imputados al total que la asamblea habría de fijar más adelante, pues también el retiro anticipado de importes retributivos de la gestión de los directores debe ser previamente aprobado por la asamblea (conf. CNCom. Sala E, 2/8/1998, “Ramos, Mabel c/ Editorial Atlántida”, ED, t. 181, p. 122).

En tales condiciones, no cabe sino concluir que los directores que en forma unánime convalidaron dicho abono remuneratorio, actuaron con desvío de poder o en exceso de sus facultades, ya que la cuestión debió ser abordada



por los accionistas en asamblea (conf. Rovira, A., *La remuneración de los directores*, en la obra de AA.VV., “El directorio en las sociedades anónimas – Estudios en homenaje al profesor consulto Dr. Carlos S. Odriozola”, Buenos Aires, 1999, p. 196).

(b) La irregularidad, por lo demás, se muestra todavía más evidente ni bien se pondera, a partir de la lectura del acta respectiva (fs. 16), que los directores habían ya percibido antes de la reunión n° 340 la parcialidad que a cada uno correspondía en la distribución de la apuntada “...*remuneración especial de éxito...*”, por lo que el acto del directorio persiguió, en los hechos, conferir un ropaje de pseudo legalidad a una irregular distracción de fondos efectuada con anterioridad.

Y puesto que tal distracción de fondos, no precedida de autorización de la asamblea, no constituyó el pago de una deuda de la sociedad, pues esta última no tenía débito alguno con sus administradores, resultó en realidad una liberalidad que careció de causa que la justificase sujeta, por tanto, a repetición por no verificarse los recaudos formales que dieron validez a los emolumentos (conf. esta Sala D, 12/5/2016, “Calderas y Tanques La Marina S.A. s/ quiebra” s/ acción de responsabilidad por la sindicatura”).

(c) A esta altura, no es inadecuado agregar que la aprobación de la gestión de los recurrentes que decidió la asamblea del 2/11/2012, no solo es estéril para considerar extinguida la responsabilidad de ellos en razón de la existencia del presente proceso liquidatorio, sino también porque, aún si no existiera liquidación coactiva alguna, la ineficacia de la exención de responsabilidad vendría dada por causa del desvío o exceso de facultades antes referido que implicó, con claridad, una “...*violación de la ley...*” en los términos del art. 275 de la ley 19.550 (conf. Halperín, I. y Otaegui, J., ob. cit., p. 554).

(d) Concluido, pues, que la asignación y cobro de la “...*remuneración especial de éxito...*” no se ajustó a la ley, resultaría innecesario indagar acerca de si, además, se adecuó o no a los resultados de balances, pues lo primero sella por sí mismo la suerte adversa de la posición defensiva de los recurrentes.



Mas si no se pensara de tal modo y, por el contrario, se pasase a indagar el indicado otro aspecto, la conclusión no sería distinta.

Es que, como bien lo destaca el dictamen del Ministerio Público Fiscal, no lucen adecuadamente controvertidas en las expresiones de agravios las conclusiones formuladas por la sentencia de primera instancia en cuanto a que la delicada situación de Oversafe Seguros de Retiro S.A. impedía la asignación de mayores costos por honorarios de éxitos. En este aspecto, el análisis propio que el referido dictamen hace de la misma cuestión, el cual comparto y al que me remito *brevitatis causae*, evidencia con elocuencia que tampoco el cobro de una “...remuneración especial de éxito...” tuvo adecuación con el resultado de los estados contables, que mostraban una situación “altamente deficitaria”. Desde tal perspectiva, no puede menos que calificarse como pueril la justificación ensayada en los memoriales que remite a la consideración de cuál fue el incremento de ajustes de salarios y jubilaciones que sufrió la economía general del país en la época implicada.

Destaco, asimismo, que aun si los recurrentes hubieran realizado funciones técnico administrativas especiales (extremo, a todo evento, no probado por ellos), no los habilitaba esa circunstancia para eludir el cumplimiento de la ley en cuanto a la necesidad de que toda remuneración fuera previamente aprobada por la asamblea.

En fin, como lo ha destacado esta Sala en anterior oportunidad, si el resultado del ejercicio significó déficit y no existe prueba contundente respecto de la importancia o especialidad de las labores cumplidas por los directores, éstos deben reintegrar a la sociedad el total de las remuneraciones que por todo concepto hubieran percibido en el referido ejercicio (conf. CNCom. Sala D, 13/9/1996, “Oswald, Victoria c/ Lalor S.A.”; Gagliardo, M., *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 1261).

(e) Corresponde, pues, confirmar la condena solidaria efectuada respecto de los directores recurrentes fundada en el ilícito que significó asignarse por sí mismos una “...remuneración especial de éxito...”. La condena habrá de ser confirmada también respecto de los síndicos societarios por las razones complementarias que se desarrollan en el considerando 14°.



12°) La sentencia de primera instancia concluyó que representaron actos de gestión indebidos que, consiguientemente, desataban la responsabilidad de los demandados, dos locaciones de inmuebles pertenecientes a Oversafe Seguros de Retiro S.A.

Para llegar a tal conclusión, el fallo ponderó: I. Que de acuerdo a los peritajes de tasación realizados en el *sub lite* y en la causa n° 20.483/2013/2 (“Oversafe Seguros de Retiro S.A. s/ quiebra s/ incidente de venta de inmuebles de Capital Federal”), los cánones locativos pactados fueron tres veces inferiores a los que regían en la plaza al tiempo de dar inicio cada arrendamiento, sin que ello fuera objetado en autos por los demandados; II. Que respecto de tales locaciones, no pudo determinar el peritaje contable a qué cuenta fueron transferidos los pagos de los cánones; III. Que las locaciones fueron pactadas un mes y medio antes de ser decidida la liquidación de la aseguradora y por periodos extensos (8 años); IV. Que los inmuebles representaban dos de los activos más importantes; y V) Que las locatarias eran empresas que mantenían cierta vinculación con la aseguradora hoy en liquidación (fs. 352/354).

Los contratos de que se trata fueron cuestionados en la demanda señalándose que los firmó el presidente de la aseguradora demandada sin previa autorización de su directorio, y que ambos fueron actos notoriamente extraños al objeto social (fs. 20). De su lado, los demandados se defendieron sosteniendo, como lo reiteran ante esta alzada, que cada una de las referidas locaciones fue, en realidad, un “...acto de administración ordinario de inversión...” y que no fueron actos extraños al objeto social habida cuenta que el art. 35.8.1 “j” del Reglamento de la Actividad Aseguradora (reglamentario del art. 35 de la ley 20.091), autoriza a las entidades de seguros a invertir su capital y reservas en inmuebles situados en el país para su renta (fs. 408 y 415 vta.).

Dos iniciales cuestiones, aparte de las señaladas por el fallo de la instancia anterior, convocan al análisis: I. Si las locaciones fueron actos ordinarios de administración encuadrables dentro del objeto social; II. Si la firma de los contratos respectivos por el señor José Courby (presidente de la



entidad liquidada), sin la previa autorización del directorio, compromete la responsabilidad de los restantes codemandados apelantes.

Veamos.

(a) Se ha entendido que en los casos de venta o arriendo de una parte importante de la hacienda -del inmueble que es sede de la sociedad, de las instalaciones o maquinarias, o de un entero sector de la hacienda- podrían verse actos con fines de liquidación que, por tanto, no entran en los poderes de los administradores societarios (conf. Minervini, Gustavo, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956, ps. 150 y 217, citado por Bonelli, Franco, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985, ps. 97/99, texto y nota n° 29, apart. “D”).

Concretamente, la venta de inmuebles se ha calificado como un acto excluido de las facultades del directorio (conf. Halperín, I. y Otaegui, J., ob. cit., p. 516, n° 35), que debe ser autorizado por la asamblea de accionistas (conf. esta Sala D, 12/5/2016, “Calderas y Tanques La Marina S.A. s/ quiebra” s/ acción de responsabilidad por la sindicatura”), criterio que es especialmente aplicable a las aseguradoras (art. 15 de la ley 20.091). La razón de ser de ello estriba en el hecho de tratarse de un acto de disposición no de mera administración. Sólo excepcionalmente tendría el directorio facultad para enajenar si el inmueble vendido pudiera calificarse como un bien de cambio aprehendido por la gestión operativa de la sociedad de acuerdo a su objeto (conf. Otaegui, J., *Administración Societaria*, Buenos Aires, 1979, p. 81), no pudiéndose decir *a priori*, por otra parte, que la venta de un inmueble no quede comprendida dentro del objeto social cuando su producto se utiliza para compras ventajosas para la sociedad (conf. Brunetti, A., *Tratado de Derecho de las Sociedades*, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 472, n° 634) o con la finalidad de sustituirlo por otro que parezca más apropiado para la expansión del establecimiento (conf. De Gregorio, A., *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, en la obra de Bolaffio-Rocco-Vivante, “Derecho Comercial”, Buenos Aires, 1950, t. 7, vol. I, p. 335, n° 172).

Del mismo modo, la ausencia de facultades del directorio para dar en locación bienes inmuebles podría ser sostenida, al igual que en la venta, cuando el arriendo pudiera calificarse como acto de disposición, extremo que



bajo la legislación vigente se daría si su duración supera los tres años (arg. arts. 375, inc. “k” y 1191, CCyC; Alterini, J., *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*, Buenos Aires, 2015, t. VI, p. 224; Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires – Santa Fe, 2015, t. VI, p. 562).

Y tal sería, ciertamente, la hipótesis de autos, ya que las locaciones enjuiciadas fueron pactadas por ocho años.

Pero si este último criterio no se entendiera aplicable y, por el contrario, se partiera de la base de que las locaciones implicaron actos de administración factibles de ser ejecutados por el directorio como actos propios de la gestión social, lo que corresponde indagar es si ellos fueron o no instrumentales al objeto social. Es que si el arriendo inmobiliario no aparece dirigido a realizar el objeto social o bien si está ausente el respeto al límite del objeto social, el director o administrador societario autorizante podrá sin dudas quedar expuesto a responsabilidad (conf. Bonelli, Franco, ob. cit., loc. cit.). Así, por ejemplo, cuando subarrienda el inmueble donde radica la sede social, causando daño a la sociedad y a los socios (doctrina de la CNCom. Sala A, 10/7/1997, “Longueira, Eulogia c/ Natale, Alberto s/ sumario”).

La cuestión de autos se centra, entonces, a todo evento, en determinar si las locaciones de que se trata, pueden entenderse como cumplidas dentro de los límites del objeto social de la entidad aseguradora liquidada y enderezadas a realizarlo. Y ello con el matiz peculiar de que no se trató de subarriendos (esto es, de locaciones de inmuebles ajenos, como era el supuesto fáctico del precedente jurisprudencial anteriormente citado), sino de la locación de inmuebles que pertenecían a la propia aseguradora liquidada.

(b) Al respecto, me adelanto a señalar que lo dispuesto por el art. 35.8.1 “j” del Reglamento de la Actividad Aseguradora no guarda relación directa e inmediata con el tema.

En efecto, abstracción hecha de que tal Reglamento (aprobado por la Resolución n° 38.708/2014, de la Superintendencia de Seguros de la Nación) no estaba vigente al tiempo de ser pactadas las locaciones (se firmaron el 1° y el 10 de julio de 2012, respectivamente), lo cierto y concreto es que su art. 35.8 se refiere a las “Inversiones Computables para el Estado de Cobertura”

Fecha de firma: 18/06/2019

Alta en sistema: 19/06/2019

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: HORACIO PIATTI, PROSECRETARIO DE CAMARA



#23139064#237114812#20190618125822931

enumeradas por el art. 35 de la ley 20.091 que, como de su lectura se desprende, se vincula a la de las reservas técnicas previstas por el art. 33, esto es, a las inversiones que se pueden hacer con los beneficios no distribuidos o los excedentes no distribuibles que se hallan exentos de toda deuda al momento del balance (conf. Stiglitz, R., *Derecho de Seguros*, Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 82/85, n° 76 a 77).

En suma: la cita del mencionado reglamento administrativo y de la ley reglamentada efectuada por los recurrentes, nada tiene que ver con la materia aquí examinada.

(c) La cuestión, se insiste, debe ser estudiada a la luz del estatuto de la aseguradora en liquidación y del alcance de su objeto social. Y, en tal sentido, tanto al contestar demanda como en los respectivos memoriales, se ha guardado completo silencio sobre el particular, al punto de ni siquiera intentarse una mínima explicación acerca de por qué habría de entenderse que las locaciones enjuiciadas estaban orientadas al desarrollo del objeto social de Oversafe Seguros de Retiro S.A.

A la luz de ello, debe juzgarse que los actos enjuiciados fueron ajenos al objeto social y a su desarrollo, por lo que comprometen la responsabilidad societaria perseguida en autos.

(d) Por cierto, el silencio observado en cuanto a la referida explicación, no podría dejar de ser considerado para mantener un juicio de reproche ni siquiera a la luz de la regla de la discrecionalidad empresarial.

Es que si bien las decisiones estratégicas o de negocios están sujetas a la discrecionalidad empresarial, esta última no ampara un comportamiento que objetivamente carezca de cualquier explicación (conf. Prendes Carril, Pedro, Martínez-Echevarría y García de Dueñas, Alfonso y Cabanas Trejo, Ricardo [directores], *Tratado de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2017, t. I, p. 1357).

(e) Es más: el juicio de reproche se revela como ineludible cuando, aparte de no darse ninguna explicación de la conducta, ella aparece teñida de elementos de convicción que, sin dudas, permiten calificarla como dañosa, tales como los identificados por la sentencia apelada y por el dictamen del Ministerio Público Fiscal, a saber, valores locativos de plaza muy superiores a



los pactados, que no se justifican en mejoras que habrían de afrontar los locatarios; ausencia de explicaciones acerca de bonificaciones dadas a los locatarios; otorgamiento de los arriendos muy poco tiempo antes de que Oversafe Seguros de Retiro S.A. se sometiera voluntariamente al proceso de liquidación administrativa, el cual lógicamente afectaría las facultades de sus órganos para administrar y disponer de los bienes; constatación de que los inmuebles eran activos importantes que se sujetaban a un extenso periodo de arriendo, que habría de ser respetado pese a la liquidación (art. 157, inc. 1°, ley 24.522), salvo declaración de ineficacia; imposibilidad de determinar el destino de los fondos cobrados en conceptos de alquileres; etc.

(f) Como fue advertido, quien firmó los contratos de locación fue el entonces presidente de la aseguradora, señor José Courby, y no hay constancia de que a ese fin hubiera sido autorizado previamente por los otros integrantes del directorio.

Así las cosas, la ausencia de prueba acerca de la existencia de una previa deliberación orgánica del directorio, conduce a una atribución de responsabilidad que exclusivamente recaiga en el nombrado, pues en esas condiciones su actuación, aunque imputable a la sociedad, puede calificarse como el ejercicio de funciones impropias (conf. Roitman, H., ob. cit., t. IV, ps. 495/496, n° 6).

No hay posibilidad de extender a los otros integrantes del directorio la responsabilidad solidaria establecida por el art. 274 de la ley 19.550, pues tal norma no exime del análisis de la imputabilidad de la conducta del director responsable. Es que, en efecto, la pauta general de interpretación es que la responsabilidad es individual de cada director, y para que exista obligación de indemnizar debe existir una actuación imputable a cada funcionario, por acción u omisión, teñida del correspondiente factor de atribución; recién cuando estas condiciones se hallen reunidas respecto de más de un director, corresponderá entre ellos responder solidariamente (conf. esta Sala D, 5/11/2008, “Simancas, María Angélica c/ Crosby, Ronald y otros s/ sumario”, considerando 9°; Roitman, H., ob. cit., t. IV, ps. 556/557).

La conclusión precedente, valga señalarlo, es consistente con lo que expresamente se dijo en la demanda en el sentido de que la responsabilidad

Fecha de firma: 18/06/2019

Alta en sistema: 19/06/2019

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: HORACIO PIATTI, PROSECRETARIO DE CAMARA



#23139064#237114812#20190618125822931

vinculada a las contrataciones indicadas se le atribuye “...*exclusivamente al Presidente...*” (fs. 20).

Por ello, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse en cuanto estableció una condena solidaria por este rubro, tanto respecto de los ex directores Sergio R. Sosa y Alberto Latoff, como de los síndicos societarios según también se explica en el considerando 14° de este voto.

Cabe observar, a todo evento, que cuanto se ha expresado respecto de los contratos de locación nada predica respecto de la validez de cada uno, tema que concierne a una decisión distinta que ha sido instada en otro expediente, cuya decisión se encuentra actualmente pendiente (véase fs. 745, punto II, y 808/810 de la causa n° 20.483/2013/2 (“Oversafe Seguros de Retiro S.A. s/ quiebra s/ incidente de venta de inmuebles de Capital Federal”). De lo único que se trata aquí es de establecer la personal responsabilidad societaria del señor José C. Courby por haber otorgado esos arriendos.

13°) La demanda incluyó un preciso reclamo relacionado a “gastos no respaldados” correspondientes a “asignación de honorarios a directores y síndicos”, “gastos de mantenimiento” y presuntos “honorarios” del señor Daniel G. Misiano (fs. 18 vta./19).

La sentencia de primera instancia, empero, no se ocupó detalladamente del rubro y solamente hizo una referencia muy general acerca de la “... *deficiencia en la registración de gastos...sin que fuera explicitado debidamente el aumento considerable de ellos...*”. En tal sentido, la referencia del fallo fue esbozada más como un argumento corroborante de la responsabilidad que endilgaba a los demandados, que como la específica admisión de un reclamo por todos o algunos de los conceptos que lo conformaron (fs. 356, considerando VIII).

Así incluso parece haberlo entendido la actora, quien concluye ante esta alzada que el hecho de no haberse desvirtuado la realización de tales erogaciones y de su incremento “...*constituye un elemento más que acredita el mal desempeño de las funciones societarias...*” (fs. 423).

En suma, no habiendo la sentencia tratado el rubro como uno de los ítems indemnizatorios (no hubo análisis concreto y pormenorizado de los invocados “gastos no respaldados”, como tampoco determinación de *quantum*



alguno con relación a ellos), lo constatable es una evidente omisión de pronunciamiento respecto de la cual la parte actora no interpuso aclaratoria alguna ni expresó agravios ante esta alzada con el alcance previsto por el art. 278 *in fine* del Código Procesal.

Corresponde concluir, pues, que con relación al indicado rubro se ha producido una denegatoria tácita, la cual se da siempre que el juez llamado a decidir omite pronunciarse sobre un requerimiento concreto (conf. CSJN Fallos: 306.1845, 328:53; CNCom, Sala D, 17/2/06 "Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto SA s/ Constructora Iberoamericana SA s/queja"; íd. Sala A, 30/6/2010, "Dieguez, Celso c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario"); denegatoria tácita que ha quedado firme por ausencia de recursos interpuestos por la parte interesada.

Desde tal perspectiva, son inconsistentes las quejas que sobre el particular plantean los memoriales, máxime ponderando que por ellas se insiste en aspectos ya considerados con anterioridad -falta de imputación a título de culpa grave o dolo- o que conciernen al daño resarcible en la órbita de la acción "social" instaurada, tema que se abordará seguidamente (fs. 408 vta. y 416).

Así pues, nada corresponde decidir sobre el particular.

14º) Contrariamente a lo postulado en el capítulo 2 de fs. 405 vta./407, juzgo que no hay razón para exonerar la responsabilidad de los síndicos societarios demandados en lo que hace a la condena solidaria a pagar la recordada "...remuneración especial de éxito..." que se fijó en \$ 1.500.000. Ello es así, como integrantes de la Comisión Fiscalizadora dejaron a salvo su protesta sólo por "...estimar elevado el monto de los honorarios...en relación a la liquidez de la compañía..." (fs. 8), cuando de lo que se trataba no era sustancialmente de ello sino de que el directorio estaba autorizando algo para lo que no tenía competencia, ya que esta última correspondía exclusivamente a la asamblea (art. 16, segunda parte, de la ley 20.091; y arts. 234, inc. 2º, y 261, párrafo primero, de la ley 19.550). En otras palabras, los síndicos no se opusieron a la desviación o exceso de poder de los directores, como era su obligación (conf. Sasot Betes, M. y Sasot, M., *Sociedades Anónimas – Sindicatura y Consejo de Vigilancia*, Buenos Aires, 1986, ps. 247/248, n° 59),

Fecha de firma: 18/06/2019

Alta en sistema: 19/06/2019

Firmado por: PABLO DAMIAN HEREDIA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JUAN R. GARIBOTTO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: HORACIO PIATTI, PROSECRETARIO DE CAMARA



#23139064#237114812#20190618125822931

es decir, faltaron a su deber de vigilar que los órganos sociales –en este caso, el directorio- den cumplimiento a la ley (art. 294, inc. 9, de la ley 19.550). Por ello, son responsables solidarios respecto del pago de la suma indicada y sus intereses (art.16, cuarto párrafo, de la ley 20.091; arts. 59, 274 y 297 de la ley 19.550).

Empero, a diferencia del caso anterior, los síndicos societarios no son responsables solidarios por los daños que derivaron de las locaciones inmobiliarias pactadas por el ex presidente José C. Courby. Tales daños son de responsabilidad “exclusiva” de este último como lo señaló la actora en su demanda (fs. 20), y fue concluido en este voto (considerando 12°), máxime ponderando que no hay pruebas de que los señores Daniel Fontana, Agustín Bianchi y Federico Garaguso hubieran incurrido en una conducta omisiva con aptitud para permitir la actuación del director generadora del daño (conf. Roitman, H., ob. cit, t. IV, p. 717, n° 3, ap. “c”).

15°) Para fijar el *quantum* de la condena la sentencia apelada descartó que pudiera ser el equivalente al pasivo verificado y declarado admisible en el proceso de liquidación, por no tratarse la presente de la acción de responsabilidad “concursal” regulada por el art. 173 y ss., de la ley 24.522. Pero, de seguido, entendió procedente fijarlo en \$ 1.934.367, equivalente al déficit de capitales mínimos emergente del acta de inspección de la Superintendencia de Seguros de la Nación que resultó determinante de la posterior decisión de disolución y liquidación de Oversafe Seguro de Retiro S.A., con más intereses (fs. 358).

Tal decisión provoca el agravio de los demandados (fs. 408 y 416 vta.).

Creo que asiste razón a los recurrentes en este punto.

En la liquidación a cargo de la autoridad de control con intervención de la justicia en lo comercial a la que se refiere estas actuaciones, rigen las normas sobre liquidación en caso de quiebra (arts. 51 y 52 de la ley 20.091); y si bien las reglas de la ley concursal 24.522 deben ser aplicadas con las excepciones o modificaciones de la ley 20.091 (conf. Esparza, G., *Crisis por insolvencia de aseguradoras (instrumentos de crisis en la ley 20.091)*, en revista Bancos y Empresas, año 2, n° 3, Mendoza, 2005, p. 144, espec. p. 173), corresponde advertir que no hay en este último estatuto especial excepciones o



modificaciones concernientes al ejercicio de la acción “social” de responsabilidad regulada por el art. 276 de la ley 19.550, cuya posibilidad en sede concursal (lo mismo que para la liquidación coactiva) preserva el art. 175, primer párrafo, de la ley 24.422.

De tal suerte, quienes son demandados en autos con fundamento en tal acción societaria, están expuestos a responder por los daños que hubieran causado al patrimonio de la aseguradora, en los mismos términos y con los mismos alcances que lo estaría un administrador de cualquier otra persona jurídica societaria, esto es, con obligación de resarcir el daño causado a la sociedad y no a los acreedores, pues así como la quiebra no altera el ejercicio de la acción “social” en cuanto a su naturaleza y objeto (conf. Balbin, S., ob. cit., ps. 110/111), así tampoco lo altera la hipótesis de liquidación administrativa con control jurisdiccional.

Por ello, el daño resarcible está dado por la disminución o insuficiencia patrimonial imputable a la mala administración y, en su caso, por la frustración del aumento esperado razonablemente de ese patrimonio (conf. Garrigues, J. y Uría, R., *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, t. II, p. 162; Díaz Echegaray, J. L., *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 213) o, lo que es lo mismo decir, el menor ingreso injustificado en la cuenta de resultados de la sociedad (conf. Balbin, S., ob. cit., p. 89; esta Sala D, 6/4/2017, “Havanatur S.A. c/ Guama S.A. y otros s/ ordinario”).

Y ello, claro está, en la medida de lo concretamente reclamado y no más que ello, pues la sentencia en materia civil no puede acordar un derecho mayor al oportunamente pretendido por las partes (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Santa Fe, 1988, t. 2, p. 133), extremo que responde al principio procesal de congruencia (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6°, de la ley de rito), que entronca directamente con la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).



Pues bien, la demanda de autos no pretendió enjugar el déficit de capitales mínimos mencionado por la sentencia, sino que se orientó a obtener, en lo que aquí interesa, de modo concreto y claro: I. El resarcimiento correspondiente a la disminución patrimonial que se relacionó con la asignación por el directorio de una “...remuneración especial de éxito...” ya cobrada previamente por los directores (fs. 18 vta.); y II. La reparación del daño originado en el ilegítimo otorgamiento de contratos de locación que, como se expuso en fs. 20, está representado por la disminución del precio de realización de los inmuebles afectados que los arriendos causaba (el alcance de este último perjuicio fue explicitado por la actora en idénticos términos en fs. 809 y vta., punto “d”, de la causa n° 20.483/2013/2 “Oversafe Seguros de Retiro S.A. s/ quiebra s/ incidente de venta de inmuebles”).

Queda de lado lo atinente al rubro “gastos” por las razones indicadas en el considerando 13° y, por supuesto, la posibilidad de una condena que contemple el monto de los arriendos supuestamente pagados que no aparecen como ingresados en cuentas de la aseguradora liquidada, ya que sobre esto último no hubo ningún reclamo concreto en la demanda.

Así las cosas, en orden al *quantum* de la condena, entiendo procedente modificar el fallo de la instancia anterior con el siguiente alcance:

(a) Los otorgantes del acta de directorio n° 340 del 20/12/2011 (directores y síndicos societarios), deben ser condenados solidariamente al pago restitutorio de la “...remuneración especial de éxito...” fijada en \$ 1.500.000.

Si bien correspondería que los intereses sobre tal suma corriesen a partir, al menos, del 20/12/2011, lo cierto es que fijar en esa fecha el *dies a quo* de los accesorios equivaldría a una *reformatio in pejus* con relación a la del 14/8/2012 mencionada en fs. 358. Por lo tanto, sobre la indicada cantidad de \$ 1.500.000 habrán de correr desde el 14/8/2012 y hasta el efectivo pago, accesorios que se calcularán a la tasa que percibe el Banco de la Nación en sus operaciones de descuento comercial a treinta días, sin capitalizar (conf. CNCom. en pleno, 24/12/1994, “SA La Razón S.A.”; CNCom. en pleno, 25/8/2003, “Calle Guevara, Raúl s/ revisión de plenario”).



(b) Ponderando que es un dato de la realidad que el precio de subasta de un inmueble ocupado disminuye con relación al que se podría obtener si fuera libre (doctrina de la CNCom. Sala A, 16/8/2011, “Establecimiento Metalúrgico Matías López S.A.I.C.F.E.I. s/ quiebra s/ incidente de subasta de inmuebles (calle Senguel 6954 González Catán)”), el señor José Courby debería ser condenado a pagar la diferencia entre uno y otro según resulta del peritaje de fs. 261 y vta.

Ahora bien, como dicho valor diferencial (expresado por el indicado peritaje en dólares y que sumaría, respectivamente, U\$S 21.000 para el caso de la unidad alquilada por Proms S.A., y U\$S 30.000 respecto de la unidad arrendada por Unired S.A.), excede largamente -según la cotización oficial del día de la fecha- la cantidad de pesos fijada como condena en primera instancia y no hay recurso de la actora para elevar el monto de esta última, corresponderá que el mencionado demandado quede sujeto a pagar el límite cuantitativo que marca dicha condena de la anterior instancia, pues de lo contrario este pronunciamiento incurriría en una reforma en contra del mencionado apelante.

De modo que, en definitiva, el demandado Courby debe quedar personalmente condenado a pagar \$ 1.934.367, con los intereses bancarios calculados del mismo modo que en el caso anterior.

16°) Por lo expuesto, voto por modificar la sentencia con el siguiente alcance:

(a) Estableciendo que todos los demandados quedan solidariamente condenados al pago de \$ 1.500.000, con más intereses desde el 14/8/2012 hasta el efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Nación en sus operaciones de descuento comercial a treinta días, sin capitalizar.

(b) Determinando que, en forma personal, el señor José Courby quede condenado al pago de \$ 1.934.367, con más intereses bancarios calculados del mismo modo que en el caso anterior.

(c) Las costas de ambas instancias deben íntegramente correr a cargo de los demandados, sin que quepa diferenciar a aquellos que, de acuerdo a este voto, quedan fuera del alcance de la condena precedentemente mencionada,



toda vez que ese extremo no impide catalogarlos como sustancialmente vencidos frente a la parte actora (arts. 68 y 279 del Código Procesal).

Así lo propongo al acuerdo.

El señor Juez de Cámara, doctor Garibotto adhiere al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Modificar la sentencia recurrida con el alcance que surge del considerando 15°.

(b) Las costas de ambas instancias deben íntegramente correr a cargo de los demandados, sin que quepa diferenciar a aquellos que, de acuerdo a este voto, quedan fuera del alcance de la condena precedentemente mencionada, toda vez que ese extremo no impide catalogarlos como sustancialmente vencidos frente a la parte actora (arts. 68 y 279 del Código Procesal).

(c) Diferir la consideración de los honorarios hasta tanto sean regulados los correspondientes a la anterior instancia.

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

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13).

Pablo D. Heredia

Juan R. Garibotto

Horacio Piatti

Prosecretario de Cámara

