



## **IX ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE D.COMERCIAL 5 Y 6 DE SEPTIEMBRE DE 2002. COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT.**

### TEMA II

#### TITULO:

“CONTRATO DE GERENCIAMIENTO O MANAGEMENT ¿INSTRUMENTO DE COLABORACIÓN O DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIA?”.

#### AUTOR:

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).

#### PONENCIA:

- 1.La finalidad del contrato de gerenciamiento consiste en la delegación de las funciones ejecutivas de la administración y no en la delegación de la fijación de la política empresarial. Dentro de ese límite se trata de un contrato de colaboración empresarial sujeto a aprobación de asamblea ordinaria si se trata de una S.A., a autorización judicial en caso de concurso y que se resuelve con la quiebra de la gerenciada. Los administradores de la gerente también quedan sujetos a la interdicción de salida y a la responsabilidad concursal del art.173 LCQ.
- 2.Cuando a través de un contrato de gerenciamiento se delega de hecho la fijación de la política empresarial se configura una situación de “control externo de hecho” (art.33 inc.2° L.S.) que genera, además de lo señalado en el número anterior, las responsabilidades y efectos del art.54, primer y tercer párrafo, L.S.. En caso de concurso o quiebra la gerente carece de derecho a voto sin que corresponda la extensión de quiebra del art.161 inc.2° LCQ. Si la delegación es de derecho el contrato es nulo de nulidad absoluta e insanable.
- 3.Si la sociedad gerente actúa adicionando su propio nombre al de la gerenciada contrae responsabilidad personal frente a terceros.



4. Las reglas precedentes no se aplican en caso de gerenciamiento deportivo o en situaciones similares pero no idénticas a la del gerenciamiento empresarial.

## FUNDAMENTOS.

### A) EL CONTRATO EN EL MARCO DE LA COLABORACIÓN EMPRESARIA.

#### A.1. SOCIEDAD IN BONIS

1. El contrato de gerenciamiento o management de la administración de una S.A. (<sup>1</sup>) es un contrato de colaboración empresarial lícito en la medida en que se delegue la ejecución (“day to day management”) de la política fijada por el directorio, y no la fijación de la política empresarial como tal (“policy making”) cuya delegación está prohibida (arts. 255 y 266 LS) (<sup>2</sup>).

2. Debe entenderse que se delega la ejecución cuando el contrato contiene precisas instrucciones sobre los diversos aspectos de la gestión (comercial, financiero, administrativo, de personal, de producción, etc.) o cuando se consigna que la gerenciadora continuará con las actividades en la misma forma en que vienen desarrollándose debiendo requerir autorización para variarlas.

3. Se trata de un contrato que, al implicar entrega de la tenencia y gestión de los bienes sociales y del personal a un tercero, por un plazo determinado (<sup>3</sup>), modifica el modo de desarrollar la gestión y exige asamblea ordinaria de la gerenciada (art. 234 inc. 1° L.S.) (<sup>4</sup>).

#### A.2. CONCURSO PREVENTIVO.

4. En caso de concurso preventivo de la gerenciada el contrato, como contrato con prestaciones recíprocas pendientes, debe sujetarse al art. 20 de la ley 24.522. El contrato celebrado con posterioridad a la presentación en concurso debe ser autorizado en los términos del 16° quinto párrafo LCQ, bajo apercibimiento de las sanciones del art. 17 LCQ., en tanto, como se señaló, modifica la forma de administración ordinaria trasladando la tenencia empresarial a un tercero. En ambos casos deben interdictarse de salida (art. 25 LCQ), junto con los administradores de la gerenciada, a los administradores de la gerenciante porque son los que también pueden explicar los negocios (<sup>5</sup>).

<sup>1</sup> Farina lo define como aquél contrato en el cual “una parte (“gerenciante”) es una sociedad especializada en la prestación de servicios gerenciales, la cual recibe de una empresa (“gerenciada”), generalmente una sociedad anónima, las facultades para administrar sus negocios conforme con lo que se convenga con el órgano de administración de ésta última” (Farina, Juan M. “Contratos Comerciales Modernos”, Bs.As., 1994, Ed. Astrea, pag. 677 nro. 515).

<sup>2</sup> Halperín sostiene enfática y reiteradamente la prohibición del directorio de delegar el ejercicio de la administración (“Sociedades Anónimas”, Bs.As., 1975, Ed. Depalma, pags. 424, 430 y conc.).

<sup>3</sup> Favier Dubois (p), Eduardo M. “Los contratos de gerenciamiento o management”, Errepar, “Doctrina Societaria y Concursal”, nro. 159, febrero/01, t. XII, pag. 604.

<sup>4</sup> Como “toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad”.

<sup>5</sup> También resulta la conclusión de la aplicación analógica del art. 270 L.S. que dispone que a los gerentes se le aplican las normas de responsabilidad de los directores.



### A.3. QUIEBRA.

5. En caso de quiebra de la gerenciada se resuelve el contrato de gerenciamiento como efecto y por su incompatibilidad con la incautación de bienes del fallido (art.177 LCQ) y sin que influya la eventual continuación de la empresa en tanto en la misma solo podrán administrar los órganos concursales específicos (art.192). Los administradores de la gerenciante también quedan sujetos a la interdicción de salida (art.103 LCQ) y a la acción de responsabilidad de terceros del art.173 LCQ en tanto mandatarios y/o gestores de negocios <sup>(6)</sup>.

### B) EL CONTRATO EN EL MARCO DE LA CONCENTRACION EMPRESARIA.

#### B.1. CONTROL EXTERNO DE HECHO.

6. En el supuesto de que un contrato de gerenciamiento conduzca, en los hechos, a una situación por la cual la gerenciante fija la política empresarial de la gerenciada, se habrá configurado un control externo de hecho (art.33 inc.2º in fine L.S.)<sup>(7)</sup>, pudiendo dar lugar a las acciones de responsabilidad del art.54, primera parte, L.S. y de inoponibilidad del art.54, tercera parte, L.S..

7. En caso de concurso preventivo o quiebra de la gerenciada que es controlada de hecho por la gerenciante ésta última carece de derecho a voto <sup>(8)</sup>.

8. En caso de quiebra de la gerenciada que es controlada por la gerenciante, no procede la extensión de quiebra en los términos del art.161 inc.2º L.S. al no configurarse el control interno de derecho <sup>(9)</sup>, sin perjuicio de las medidas, acciones y efectos eferidos supra (nros.5, 6 y 7), y sin perjuicio de que pueda configurarse la situación del art.161 inc.1º L.S..

#### B.2. CONTROL EXTERNO DE DERECHO.

9. Si en el contrato de gerenciamiento se consigna expresamente la delegación de la fijación de la política empresarial, el contrato es nulo por violación de los arts.255 y 266 L.S., siendo una nulidad insanable por contraria al orden público societario.

### C) SOCIEDAD DE HECHO.

10. La colaboración entre empresas del contrato de gerenciamiento no implica, como regla, sociedad de hecho o irregular <sup>(10)</sup> a menos que la gerenciante, además de obligarse a administrar, realice determinados aportes (vgr. Bienes, personal, marcas, etc.), participe de

<sup>6</sup> Martorell, Ernesto Eduardo "Tratado de los contratos de empresa", Bs.As., 1997, Ed. Depalma, t.III,pag 431.

<sup>7</sup> Otaegui, Julio "Concentración Societaria", Bs.As., 1984, Ed.Abaco, pag.432, nro.264 y stes..

<sup>8</sup> Si bien el art.45 de la ley 24.522 solo se refiere a los accionistas, o sea al controlante interno, la prohibición derivaría de principios generales que prohíben dirigir la voluntad de los acreedores y cuyo control compete al juez concursal en forma expresa en razón de la reforma al art.52 por la ley 25.589, en cuyos términos no podría homologarse una propuesta en caso de fraude o abuso, vale decir, cuando la mayoría fue pre-fabricada por el deudor antes del concursamiento.

<sup>9</sup> Ver Belmaña, Ricardo Javier "Control societario, management y los efectos de la quiebra con relación a terceros", en "Derechos Patrimoniales", de Filippi-Juarez,Bs.As. Ed.Ad Hoc, 2001, tomo II, pag.1188.

<sup>10</sup> Martorell, Ernesto Eduardo "Tratado de los contratos de empresa", Bs.As., 1997, Ed. Depalma, t.III, pag.422.



las ganancias y de las pérdidas, y añade su propio nombre al de la gerenciada en su actuación frente a terceros (arts.21 a 26 L.S.). Aunque no hubiera aportes ni participación en los resultados, si la gerenciante añade su nombre podría configurarse una apariencia de sociedad irregular frente a terceros con aptitud para obligar a la gerenciante por las deudas contraídas por la gerenciada en orden al principio de apariencia.

#### D) CASOS EXCLUIDOS.

11. Las propuestas precedentes no son lisa y llanamente aplicables al caso del gerenciamiento de clubes de fútbol <sup>(11)</sup> en tanto, en materia de asociaciones civiles, no existe una regla como la del art.266 L.S. y el gerenciamiento del Plan de la AFA del 7-3-00 tiene por objeto el saneamiento de los clubes.

12. Tampoco se aplican a relaciones o contratos distintos al de gerenciamiento como son: a) la del factor de comercio con su principal <sup>(12)</sup>; b) la del gerente de la S.A. con ésta (art.270 L.S.<sup>13</sup>); c) la de la S.A. con su director cuando éste es a su vez una S.A <sup>(14)</sup>.; d) respecto de ciertos "contratos de administración societaria" (en los que el administrador se obliga a cumplir instrucciones de terceros, sean o no accionistas, o delega solo una parte de la administración<sup>15</sup>); e) los contratos para proveer gerentes de una empresa a otra <sup>(16)</sup>; f) los contratos de asesoramiento gerencial <sup>(17)</sup>.; g) los contratos de tercerización y/o sublocación de obras y servicios prestados a terceros <sup>(18)</sup>.

Eduardo M.Favier Dubois (h).  
Director  
Instituto de D.Comercial. U.N.A.  
e.mail: [eduardo@favierdubois.com.ar](mailto:eduardo@favierdubois.com.ar)

<sup>11</sup> Lazzatti, Pablo "Las sociedades anónimas deportivas y el gerenciamiento de los clubes de fútbol", en "Derechos Patrimoniales", Filippi-Juarez, Bs.As., 2001, Ed. Ad Hoc, tomo I, pag.502; ver, para su vinculación con el fideicomiso concursal (ley 25.284): Favier Dubois (p), Eduardo M. "Aproximación a una figura novedosa: el fideicomiso concursal o salvataje de los clubes de fútbol", Errepar, "Doctrina Societaria y Concursal", nro.153, agosto/00, t.XII, pag.85.

<sup>12</sup> En tanto el factor o gerente (art.132 del cod.com.) es un dependiente con un mandato de características especiales revocable en cualquier momento. Ver Fontanarrosa, Rodolfo "Derecho Comercial Argentino", Bs.As., 1999, Ed.Zavalia, pag.480.

<sup>13</sup> Se trata, en forma similar al factor aun cuando con facultades no totalmente coincidentes, de un empleado. Ver Halperín, Isaac, op.cit., pag. 423.

<sup>14</sup> Posibilidad sobre la que no hay consenso en la doctrina nacional ni en la legislación extranjera. Recientemente la admitió una resolución de la I.G.J. en el caso San Sebastián S.A. con la salvedad de que el cargo lo ejerza el presidente de la S.A. directora.

<sup>15</sup> Cabanellas (h), Guillermo "Contratos relativos a la administración societaria", RDCO, Bs.As. Ed.Depalma, año 1990, pag.525 y stes., porque se trata de contratos por los cuales los administradores se obligan a actuar del modo que indique un tercero ajeno al directorio y no de contratos por los que se delega toda la administración a otra sociedad.

<sup>16</sup> Ghersi, Carlos A. "Contratos Civiles y Comerciales", T.2, Bs.As., 1999, Ed.Astrea, pag.179.

<sup>17</sup> Ya que su objeto es la consultoría o asesoramiento pero no el traspaso de la gestión: ver Farina, Juan M. op.cit. pag.678, nro.516.

<sup>18</sup> Ya que en tal caso el sub-contratista desarrolla sus actividades con recurso propios y no con los bienes y personal de la contratista, como ocurre en el management.

Libertad 567, 9°. C1012AAK  
Capital Federal, Buenos Aires. Argentina.  
(+54 11) 4382 0973  
recepcion@favierduboisspagnolo.com  
www.favierduboisspagnolo.com



FAVIER DUBOIS & SPAGNOLO  
Abogados y Consultores

