La inoponibilidad no admite subsidiariedad

Ricardo L. Gulminelli

Síntesis de la ponencia:

"La responsabilidad de los asociados, miembros, socios y controlantes que establece el art. 54 apartado 3° de la L.G.S. complementado por el art. 144, C.C. y C., además de ilimitada y solidaria, es siempre "directa y por tanto no se requiere la previa insolvencia de la persona jurídica".

◈

Fundamentos de la ponencia:

Creo necesario postular lo expuesto en la síntesis porque el Dr. Ricardo Lorenzetti miembro de la C.S.N. ha sostenido en reiteradas oportunidades que "La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva, ya que su aplicación *requiere la insolvencia de la sociedad en tanto, ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación*." (La mayúscula y el subrayado me corresponden). Se trató sólo de un voto de disidencia, pero por la alta jerarquía del jurista opinante, creo que vale la pena analizar su postulación, o sea determinar si es o no correcto decir que aplicar la inoponibilidad de la personalidad jurídica requiere la insolvencia de la sociedad.[1] Sin dejar de reconocer el altísimo nivel jurídico de Lorenzetti, su afirmación me parece ju-

---

[1] Ver por ejemplo Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/05/2008, "Funes, Alejandra Patricia c. Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro", IMP 2008-15 (Agosto), 1350, DJ, 20/08/2008, 1089, DJ, 2008-II, 1089, ED, 233-726, AR/JUR/3116/2008. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/05/2007, "Daverede, Ana M. c. Mediconex S.A. y otros", IMP 2007-13 (Julio), 1330, LA LEY, 23/07/2007, p. 8, LA LEY 2007-D, 440, LA LEY, 06/08/2007, p. 7 con nota de Horacio A. Brignole, LA LEY 2007-D, 617 con nota de Horacio A. Brignole, LA LEY, 04/10/2007, p. 5 con nota de Diana Cañal, LA LEY 2007-E, 659 con nota de Diana Cañal, AR/JUR/1519/2007. Corte Suprema de Justicia de la

rídicamente infundada y lógicamente contradictoria. Si se siguiera el criterio del referido magistrado, habría que modificar el principio general aplicable para establecer la legitimación pasiva en materia de reparar el daño causado por actos antijurídicos, simplemente porque uno de los obligados (en este caso la sociedad) fuera solvente. Creo que la afirmación del prestigioso juez de la C.S.N. no tiene base jurídica porque No se puede privar al acreedor del derecho de implicar como demandados a todos los integrantes del espectro de personas legalmente obligadas. Además, la solvencia de hoy, se podría transformar en insolvencia en el futuro cercano. En mi opinión, es indiferente que se haya producido o no la insolvencia de la sociedad controlada. Lo que importa es si ha existido o no un acto antijurídico atribuible a los socios y controlantes por haber hecho posible una actuación social reprochable. Esto es lo único requerido: que haya existido una actuación torpe de la persona jurídica y que uno o más asociados, miembros, socios o controlantes la hubieran hecho posible. Es todo lo que requiere la ley y por tanto, algo que no se puede cambiar por vía interpretativa, sin degradar a la norma.

Según la normativa del art. 54 apartado 3º L.G.S. en complemento con la del art. 144 del C.C. y C. se implica la posibilidad de promover una acción para imputar la actuación torpe a socios, asociados, miembros, o controlantes directos o indirectos, o bien para responsabilizarlos. Doctrinariamente, se ha considerado también la posibilidad de oponer como defensa la normativa citada. [2]

Nación, 03/07/2007, "Vázquez, Fabián Ariel y otro c. Konttrolar S.R.L. y otro", La Ley Online, AR/JUR/4550/2007. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/05/2007,

2 Ver Manóvil, Rafael M. Nota a Fallo: "El control societario, la responsabilidad y cuestiones procesales" LL, 2005-F, 675 Ver comentario a fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B(CNCom)(SalaB) **Fecha:** 30/06/2005 **Partes:** Casademont, Paul A. y otro c. Talentum Think Tank Ltd. y otro. El art. 189 de la ley uruguaya de 1989 establece que "cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario", lo cual hace inferir que también puede oponerse como defensa. En la jurisprudencia nacional se resolvió el caso "Salas e Hijos S.R.L., José c. Di Giorgio Roque" (CNCiv., sala A, 22/11/1966, ED, 19-736): se había entablado una acción resarcitoria con motivo del desmoronamiento de una pared medianera. La actora, una SRL, integrada por un padre y un hijo propietarios del inmueble que sufrió los daños, habían suscripto a título individual un acuerdo con el propietario lindero renunciando a futuras reclamaciones resarcitorias. Aunque la decisión fue negativa, el Tribunal analizó si en el caso se daban los requisitos habilitantes para decretar la inoponibilidad de la persona jurídica de la sociedad actora sin cuestionar que ello hubiera sido en el marco de la defensa del demandado. También en "Varas, Alberto y otros c. Telisa S.A. s/quiebra" (CNCom., sala C, 30/11/1992, ED, 155-306), un caso de cobro de honorarios, se admitió la inoponibilidad como defensa.

La actuación "torpe" genera consecuencias jurídicas graves, en sustancia, las mismas que surgen habitualmente por la comisión de actos antijurídicos que provocaran daño. Es por tanto aplicable la norma del art. 1716 del C.C. y C. que responsabiliza a quien violara el deber de no dañar a otro o incumpliera una obligación.- También es responsable si no tuviera justificación -según el 1717 del C.C. y C.- quien por cualquier acción u omisión causara un daño a otro.- [3] Bajo estas premisas, creo que es indiscutible que hay responsabilización directa de los sujetos implicados y consecuentemente obligación de reparar el perjuicio, cuando a través de una actuación torpe de la persona jurídica se provoca daño. [4]

La responsabilidad derivada, por imperio de la norma que estudiamos, es ilimitada y solidaria.[5]

Creo que es importante tener en cuenta que la responsabilidad ilimitada y solidaria que se deriva del control abusivo compromete a un amplio espectro de sujetos. Quedan responsabilizados todos los miembros, asociados, socios y controlantes (directos o a través de otra persona jurídica a su vez controlada) que de alguna manera hubieran hecho posible una actuación "torpe" de la sociedad abusada o esgrimida como mera fachada (apart. 3º del art. 54 L.S. y 144 C.C. y C.)

Por aplicación analógica de la norma del art. 161 segundo apartado de la ley 24522, los "co-controlantes" quedan todos obligados ilimitada y solidariamente, ya que se debe considerar según esta disposición que "se entiende por persona controlante: b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso." Esta amplitud, a veces muy extrema, hace que los jueces se resistan a aplicar el sistema legal y opten por desvirtuarlo mediante artilugios o postulaciones antijurídicas.

---

3 Ver: *Artículo 1716.- Deber de reparar*. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código. Ver asimismo *Artículo 1717.- Antijuridicidad.* Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

4 Ver por ejemplo Fernando J. Ferrer, Ariel A. Germán Macagno y Hubo R. Gattani, en el X Congreso Argentino de Derecho Societario VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo III, Pág. 355 y ss., su ponencia denominada "Acción de Responsabilidad Derivada de la Desestimación de la Personalidad Jurídica". Dicen que para que sea procedente todo reclamo indemnizatorio, es presupuesto ineludible la demostración del daño real y concreto sufrido por la parte perjudicada y que se encuentre en relación de causalidad adecuada con la conducta que habilita la declaración de inoponibilidad.

5 En el Derecho Societario, siempre que existe responsabilidad derivada de la conducta del responsable, ineludiblemente es ilimitada y solidaria, salvo el anómalo caso previsto en el art. 157 L.S. para la gerencia no colegiada de la S.R.L.

En síntesis, cabe aceptar que la responsabilidad derivada de las normas aplicables a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, se genera a causa de un actuar antijurídico de los responsables. Ninguna disposición legal requiere acreditar que la persona jurídica es insolvente, ni hay base jurídica alguna para postular que existe derecho de excusión.

Los supuestos de responsabilidad del socio o controlante derivados de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, requieren una conducta dolosa o culposa del asociado, miembro, socio o controlante. Por eso se los compromete personal y directamente. La subsidiariedad está prevista solamente para cuando no se hubiera dado responsabilidad individual del socio, miembro, asociado o controlante. O sea, cuando no existiera de su parte una conducta antijurídica personal. Sólo en estos supuestos se podría afirmar que el tercero debe excutir previamente los bienes sociales en la forma prevista por el art. 56 L.G.S. Cuando su compromiso se diera a través de la sociedad sólo por su condición de asociado, miembro, socio o controlante y sin que haya existido una conducta personal reprochable por parte de los mismos.

Por tanto, aseverar como lo hace el Dr. Lorenzetti que la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica requiere la insolvencia de la sociedad, contradice las bases jurídicas que se establecen tanto en el art. 54 apartado 3º, como en el art. 144 C.C. y C. y creo que también la teoría general de la responsabilidad prevista en el C.C. y C. En los dos artículos referidos se habla de que existe una imputación de la actuación de la persona jurídica a los socios y controlantes que la hicieran posible. El art. 54 apartado tercero L.G.S. va más allá incluso, al afirmar que dicha imputación es directa. El art. 144 C.C. y C. no lo dice expresamente pero considero que es lo mismo porque si se pregona que la actuación social "se imputa" a socios, asociados y miembros o controlantes directos o indirectos" es porque se los liga en forma directa. De lo contrario, se debería haber aclarado que su responsabilidad es solamente subsidiaria a la de la sociedad. Algo que no se ha hecho.

Por otra parte, la figura está estructurada justamente para evitar la subsidiariedad. Quien promueve la acción prevista en los arts. 144 C.C. y C. y 54 apartado 3º L.G.S., puede decidir a qué sujetos demandar –*además de la sociedad*- entre los que hayan hecho posible la actuación torpe de la persona jurídica. Dichos sujetos ya estarían directamente obligados en base al sistema aplicable. No se puede hesitar, no al menos con base legal, que para quedar responsabilizados tales sujetos sea necesaria la previa excusión de los bienes sociales.

En consecuencia, la conclusión derivada del planteo realizado es que desde el inicio y sin necesidad de insolvencia de la sociedad, ni de esperar una sentencia que atribuya la actuación de la misma, se debe reconocer a los damnificados-frente a la controlante y demás sujetos que resultaran obligados- las mismas

posibilidades que se le reconocen contra la controlada. Esto significa que cuando se configurara un daño causado por la controlada, derivado de un abuso de control de la controlante o de algún socio, los terceros perjudicados estarían en condiciones de promover inmediatamente una demanda contra ellos, invocando el desvío del interés social de la controlada y si se dieran especiales circunstancias podrían alegar también que el plazo prescriptivo no se ha iniciado a su respecto y oponer las causas de interrupción indicadas anteriormente.

Es trascendente que la doctrina tome al respecto una posición firme. Esta ponencia se presenta con el fin de lograr dicho objetivo.