

CONTROL Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS LA RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE EN EL ARTÍCULO 54, PÁRRAFO 1º L.S.

OSCAR ALFREDO GARCÍA

PONENCIA

El art. 54 L.S., primer párrafo, hace referencia al "socio" sólo en cuanto "controlante" y regula el resarcimiento del daño causado a la sociedad por dolo o culpa de los "controlantes", socios o no. En orden a los presupuestos que conducen a responsabilizar al "controlante", merecen especial atención la subjetividad del agente y la configuración del daño que se manda resarcir.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

El art. 54, en la redacción original de la ley 19.551, estableció la obligación del socio de indemnizar a la sociedad el daño sufrido como consecuencia de su obrar culposo o doloso, sin que en tal supuesto pueda "alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios". El segundo párrafo sancionó el desvío indebido de los fondos sociales en aquellos casos en que fueran aplicados a "uso o negocio de cuenta propia" del socio desviante o tercero. El socio que así obrase, quedaba obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, debiendo soportar las pérdidas o daños de su peculio.

La ley 22.903 introdujo modificaciones significativas al art. 54 L.S. e incorporó el párrafo tercero, destinado a regular "el uso desviado de la personalidad reconocida a las sociedades comerciales por la legislación vigente, en cuanto, en sustancia, implica un empleo disvalioso del orden jurídico".

La Exposición de Motivos que acompañó el Proyecto de ley 22.903, no se expide en torno a las modificaciones introducidas en el primer y segundo párrafo del art. 54 L.S. La explicación que allí se brinda, gira torno a la denominada "inoponibi-

lidad de la personalidad jurídica”, incorporada como párrafo tercero de la norma proyectada.¹

2. Interpretación del primer párrafo del art. 54 LS.

No existen opiniones discordantes en orden a que la responsabilidad derivada de la actuación intrasocietaria del socio y la del administrador, socio o no socio, ha merecido, en la LS, tratamiento específico. Así lo certifican los arts. 248 y 254 LS. para el socio y los arts. 59, 271, 272, 273 y 274 LS. para los administradores, socios o no. A partir de allí, cabe preguntar si el socio es alcanzado por el art. 54 LS en tanto tal, por su sola condición de socio, o si dicha norma imputa responsabilidad al controlante societario, prescindiendo de esa condición, más allá de su enunciado expreso. La doctrina se ha expedido de manera diversa.

Otaegui, afirma que la reforma introducida por la ley 22.903 al 54 LS, vino a ampliar y aclarar la solución que éste traía. “Amplía la solución porque la hace aplicable al controlante, sea éste socio (supuestos de control interno, LSR, art. 33, incs. 1ro. y 2do., parte 1ra.) o no (supuestos de control externo, LSR, art. 33, inc. 2do., parte 2da.). La aclara, porque es inequívoco que se refiere a quién realiza o hace realizar negocios para la sociedad (LSR, art. 33, párrafo 1ro.) aunque no sea socio pero sí controlante. Es decir, que no se trata solamente de un socio administrador de jure, como en los casos de Código Civil, art. 1723, o de la LS, art. 127, sino de un socio no administrador pero controlante, e incluso de un no socio ni administrador pero controlante, que actúa como un administrador de facto, obviamente por medio de administradores de jure; éste es el clarísimo caso del controlante que designa a los administradores (control interno) o que por especiales vínculos entre las sociedades ejerce una influencia dominante sobre los mismos (control externo)”.²

Fortín concluye que “el controlante del art. 54 LS es el externo, pues el socio es tratado separadamente”, para agregar, más adelante que “es importante definir si el (los) socio (s) a que se alude disyuntivamente del controlante en los tres párrafos del art. 54 debe estar o no en posición de control para ser alcanzado por la norma. En realidad el texto no impone tal recaudo y le habría bastado al legislador suprimir toda mención al socio”.³

Martorell sostiene que el art. 54 LS, en la redacción dada por la ley 22.903, fue objeto de una profunda modificación y, en lo que aquí interesa, “establece un régimen distinto para sujetos también distintos (...) la ley diferencia a los socios de los controlantes. Respecto a los socios, la norma no exige que sean controlantes de la sociedad

¹ Exposición de Motivos. Sección VI., “De los socios en sus relaciones con la sociedad”, LL., ADLA XLIII-D, p. 3679, n° 3.

² Otaegui, Julio C.: *Concentración societaria*, Abaco, p. 446, n° 277.

³ Fortín, Pablo J.: “Reflexiones sobre el control (o dominio) de sociedades”, E.D., t. 138, p. 867, “A” (in fine) y “C”.

para que surja su responsabilidad. Con relación a los no socios deberá tratarse de controlantes, o sea de personas físicas o jurídicas que —de una manera o de otra— puedan imponer su voluntad en las decisiones sociales y en la administración de la compañía por medio de la cual se lleven a cabo los hechos, que según el propio artículo torna inoponible la personalidad jurídica (...) en materia de socios el art. 54 no distingue, siéndole por ello aplicables sus disposiciones a todos los integrantes del ente aunque sean sus propios administradores, siendo estos últimos los protagonistas de una de las hipótesis de conflicto más comunes, la del socio-administrador que utiliza los fondos sociales para concluir sus negocios personales y los de un tercero (...) la obligación del socio o controlante de indemnizar a la sociedad por el daño producido a la misma como consecuencia de su culpa o dolo, deberá determinarse en función de la actividad desempeñada en la compañía (v.gr. directivo, mandatario, etc.), y de la envergadura o alcances del perjuicio causado, sin que influya para nada la posible compensación resultante de ganancias derivadas de otros negocios”.⁴

3. Desarrollo

El art. 54 LS, primer párrafo, hace referencia al socio en tanto controlante ya que la mera calidad de socio coloca a éste, como tal y por ello, en condición de sujeto diferenciado (art. 2 LS y 39 Código Civil). El socio, es tercero frente a la sociedad en orden a la resarcibilidad del daño social que cause. No se diferencia, ontológicamente, de cualquier otro tercero.

Ello porqué:

- 1) El socio es frente a la sociedad sujeto diferenciado (art. 2 LS y 39 Código Civil).
- 2) Como sujeto diferenciado es tercero idéntico, desde la ontología jurídica, a cualquier tercero, conclusión que corresponde proyectar sobre la resarcibilidad del daño al ente societario que cause como tal.
- 3) Ello así, no necesitaba el legislador sancionar la responsabilidad dañosa de éste tercero, en la medida que la misma resulta alcanzada por la normativa común (arts. 1072, 1109 Código Civil).
- 4) El art. 54, 1er. párrafo, LS., no debe entenderse referido al socio como administrador social, en tanto:
 - a) La norma no sólo manda indemnizar el daño, sino que veda que se pueda compensar con el lucro proporcionado en otros negocios. Si se estuviera refiriendo al “administrador”, ésta última prohibición resultaría excesiva. Los “lucros” que la actuación del administrador proporcione a la sociedad, no provienen sino del debido cumplimiento por aquél del “standard” de conducta impuesto por el art. 59 LS. El incumplimiento de ésta pauta está san-

⁴ MARTORELL, Ernesto E.: *Los grupos económicos y de sociedades*, Ad Hoc, pp. 270-272.

ciónada por el mismo art. 59 LS, que hace a los administradores y representantes sociales, responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios causados al ente en relación causal con su accionar (comprendido de la omisión de conducta debida) contrario a los deberes de lealtad y diligencia.

b) La prohibición de compensar el daño con el lucro proporcionado en otros negocios no puede estar referida al administrador, en tanto que, como lo explica Vélez Sarsfield en la nota al art. 1725 del Código Civil "la sociedad nada le debe al socio por el lucro que su industria le proporcionare y tiene entre tanto un crédito contra él por el perjuicio que su culpa le causare. No hay dos deudas que puedan compensarse".

c) La importancia de la reforma se advierte si se la refiere al controlante, socio o no y en el contexto de la realidad económica grupal, sustentada en una situación de control. En estos casos, en los que existen sujetos societarios diferenciados sometidos a una dirección unificada, ocurre que los beneficios obtenidos por una de las sociedades del grupo, son compensados con otros negocios a favor de la controlante o de otra agrupada, que se apartan de las condiciones generales de mercado (v.gr., sociedad proveedora de determinados productos a sociedades intragrupo, a precios inferiores a los de la plaza que resulta beneficiada por créditos blandos otorgados por la entidad financiera del grupo). Las sociedades sometidas a control son tratadas, a partir de la dirección unificada, como una única empresa.⁵ En tales casos⁶, resultará harto difícil acreditar la existencia de "perjuicio" en los términos del art. 1068 del Código Civil, ya que la "apreciación pecuniaria" del pretendido daño dependerá del análisis global de los resultados económicos del conjunto. Si no se acredita el perjuicio, no habrá daño y si falta éste presupuesto de resarcibilidad, "no habrá acto ilícito punible" en los términos del art. 1067 del Código Civil. Se debe considerar además, que el daño debe ser cierto⁷, con lo cual tratándose de un agrupamiento de subordinación, con multiplicidad de rela-

5 VERRUCOLI, Piero: Para quién "(...) la organización de las sociedades que constituyen el grupo es empresa ella misma", *El concepto de agrupamiento de sociedades*, Derecho Empresario, t. III, p. 688, 2.1.

6 Sin pretender endilgar al Dr. MANÓVIL la postura del texto, describió el fenómeno económico al que se hace referencia. Sostuvo, refiriéndose a la actitud de los socios de la sociedad controlada, externos al grupo de control, que "suelen tolerar desvíos del interés social porque reconocen que la pertenencia al grupo brinda a la sociedad un mayor potencial de negocios, de cuyo resultado también participan" (MANÓVIL, Rafael Mariano: "Interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en los grupos", Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, vol. II, p. 179, n° 6.

7. ORGÁZ, Alfredo: *El daño resarcible*, 3ra. Edición Actualizada, Depalma, 1967, p. 68, LLAMBIÁS, Jorge J.: *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, t. II-B, p. 288, n° 3.

ciones económicas entre los sujetos societarios que lo integran, la resarcibilidad prevista por el legislador en el art. 54 LS, devendría letra muerta.

Se advierte así la importancia de adquiera la disposición legal en tanto veda al controlante, socio o no, compensar los lucros que su actuación haya proporcionado a la sociedad en otros negocios. Como tal compensación no puede ser alegada, no enervará su responsabilidad acreditando que el ente dañado resultó beneficiado, intragrupo, en otros negocios. La norma, entonces, parece perder significación si la refiere al administrador, porque la responsabilidad de éste viene sancionada por vía de los arts. 59, 271, 272, 273, 274 LS, o al socio en su actuar orgánico (arts. 248, 254 LS) o al socio como tercero (arts. 512, 1072, 1109 y concordantes del Código Civil). El artículo tiene gravitación en la situación descripta.

- d) Se soslaya así, la observación que resulta de interpretar que el legislador sancionó la responsabilidad del administrador social, en el art. 54 LS., en hipótesis subsumida en la norma genérica del art. 59 LS. Si se interpreta que el art. 54 LS se refiere al socio administrador y éste causa daño a la sociedad que administra por su dolo o culpa, resulta obligado a resarcirlo por imperio del art. 59 LS.
- 5) El art. 54 LS. no importa modificación (ni en relación al socio controlante o no, ni al controlante no socio) del sistema general de resarcimiento de daños, ya que deberá promediar antijuridicidad o ilicitud objetiva, dolo o culpa en el agente, y daño en relación causal jurídicamente relevante, presupuestos implicados en la norma en comentario
- 6) El ordenamiento societario otorga virtualidad a la condición de socio a otros fines: para adjudicarle derechos parapolíticos (v.gr. a la deliberación y al voto) y patrimoniales (al dividendo, de preferencia, de acrecer, a la cuota de receso, a la cuota de liquidación, etc.) e imponerle determinadas obligaciones (devida y oportuna integración de aportes, veda de actuación en el órgano de gobierno en interés contrario al de la sociedad).
- 7) Sin embargo, existen supuestos de antijuridicidad objetiva (o ilicitud material) propios y específicos de la condición de socio en su obrar como tal. Es decir, que su violación sólo puede provenir de la conducta de un socio desplegada como tal y dentro del particular ordenamiento societario.

CONCLUSIONES

- 1) En orden al resarcimiento del daño social cuya autoría corresponde al "controlante" (art. 54 LS.), es idéntica la situación del socio controlante y la del controlante no socio. En tanto se cause daño societario a partir de una situación de control, la calidad de socio controlante o controlante no socio, es indiferente. El ordenamiento societario no hace mérito de la condición de socio, ni para agravar ni para menguar su responsabilidad como dañante. No

hay diferencia de tratamiento normativo. En ambos supuestos la conducta debe ser objetivamente ilícita en relación a las mismas normas, se exige subjetividad en el agente y relación causal jurídicamente relevante, que será valorada desde dos ópticas distintas: para vincular la conducta del controlante con el daño y para fijar los límites de la reparación.

- 2) El art. 54 LS. califica al autor del daño, mediante un mecanismo análogo al que utiliza el Derecho Penal para tipificar los llamados "delitos especiales".⁸ En éste sentido, el socio es alcanzado en cuanto "controlante" y el "controlante" no socio por ser tal. Sin embargo, el "controlante socio" ejercerá "influencia dominante" con sustento en su "participación social". El "no socio", con génesis en los "especiales vínculos".
- 3) El art. 54 LS no regula el resarcimiento del daño alcanzado en el obrar orgánico, si entendemos por tal la conducta actuada por el socio dentro del tipo. Por definición, el "controlante externo" no podría producir daño a partir de su actuación intrasocietaria. En los casos de "control interno o participacional" se manda reparar el daño social causado en el ejercicio ilegítimo de la "influencia dominante" que resulta del mismo, pero no del obrar orgánico, que tiene sanción específica en cada uno de los casos (v.gr. arts. 248, 254 LS.). En éste orden de ideas, podría objetarse el razonamiento en tanto presumida *juris et de jure* la "influencia dominante" en el caso de control interno inmediato, de derecho o mayoritario, su ejercicio se confunde con el obrar orgánico (prevalencia en el órgano de gobierno, designación de administradores, etc.). La respuesta debe encontrarse en que lo presumido es la "influencia dominante" y no su ejercicio antifuncional sobre el órgano de administración de la controlada, con daño societario. El resto de los extremos que hacen a la resarcibilidad del perjuicio, deberán ser objeto de prueba específica, ya que no los alcanza la presunción legal.

⁸ "Hemos llamado delitos especiales, por oposición a los comunes, a aquellos en los cuales el sujeto activo debía revestir determinadas calidades sin las que el delito no era posible. Como consecuencia, se deduce que la persona que no revista esa calidad no puede ser autora de ese delito, pues a la acción principal le faltaría un elemento típico...". (SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Primera reimpresión, t. II, TEA, p. 261.) En igual sentido, se ha dicho que "son elementos personales objetivos de autor, los que la doctrina acostumbra a denominar, con una expresión fonéticamente no muy grata, elementos de autoría. Son referencias a condiciones o situaciones personales o a vínculos o deberes del autor (...) éstas características objetivas de autos son verdaderos elementos específicos, ya que los delitos en que aparecen esas referencias al sujeto activo, sólo puede ser cometidos por quién (...) reúna las condiciones exigidas por el tipo" (FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, t. IV., pp. 50-51, Abeledo-Perrot, 1969). De éstas citas puede inferirse la importancia que corresponde adjudicar, a la determinación de la existencia de una situación de control.

- 4) La responsabilidad será en todos los casos (ya sea el controlante socio o no), ilimitada y solidaria, atento su carácter extracontractual (arts. 1081, 1109, 2o. párrafo, C.Civil y 54 LS.).
- 5) En el caso del controlante externo a partir de los especiales vínculos existentes con la controlada, el daño ocurrido a ésta por su dolo o culpa no es aquél que deriva del incumplimiento del contrato que resulta ser la génesis de la influencia dominante ejercida por la controlante sobre la controlada. El legislador no reguló, en la Sección VI. LS, art. 54, el resarcimiento del daño contractual; cuyo tratamiento corresponde a la normativa común (arts. 505, 511, 519, 520, 521, 901, 902 Código Civil y apartado 1o. del Título Preliminar y art. 207 del Código de Comercio).
- 6) El art. 54 LS no se refiere al resarcimiento del daño causado por el obrar orgánico, es decir, aquél que se produce al actuar dentro del particular ordenamiento societario y cuya antijuridicidad primaria se tipifica a partir del incumplimiento de sus normas. El art. 54 LS trata el resarcimiento del daño derivado del ejercicio antifuncional del control, es decir, de la capacidad del controlante de imponer determinadas conductas societarias por ejercer una influencia dominante sobre la controlada, de las que resulta perjuicio al patrimonio de ésta.
- 7) La filiación del art. 54 LS. es claramente subjetiva. Imputa responsabilidad al controlante por los daños causados a la sociedad "por (su) dolo o culpa", con lo que sigue los lineamientos del Código Civil en el sistema dado por Vélez Sarsfield, en tanto el art. 1067 dispone que "no habrá acto ilícito punible (...) sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia"; contrapartida exacta del principio recogido por el art. 1109, que obliga a reparar el daño a todo aquél que "ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia" lo ocasiona.

La noción de dolo debe ser extraída del art. 1072 del Código Civil y constituye una actuación realizada "a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro".⁹

⁹ "Se denomina dolo, a ese elemento imputativo del acto ilícito que consiste en la intención maligna de perjudicar a otro. Si el agente movido por esa especial intención dañina, el acto queda configurado como delito civil que está definido en el art. 1072" (LLAMBÍAS, Jorge J.: *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, t. II-B, p. 283. Para BOFFI BOGGERO, en el campo de la imputabilidad moral, "desde el punto de vista lato, hay dos situaciones: dolo y culpa: en un sentido amplio culpabilidad jurídica (...) el dolo está definido en el art. 1072 del Cód. Civil, haciendo parte integratoria de la definición de delito. Pero en materia de transgresión de la palabra empeñada no hay una específica definición de dolo como en el caso de delito. Y entonces la doctrina se divide entre quienes dicen que el dolo es la intención de dañar, como en el caso anterior del delito, y quienes se conforman —a la inversa— con la mera conciencia del incumplimiento. En materia de culpa somos más afortunados, porque el magnífico art. 512 —que no se enfrenta con ningún otro diferente

“El dolo configurativo del delito civil exige la concurrencia de dos extremos que aparecen enunciados en el art. 1072 con la conjunción copulativa “y”: a) la ejecución del acto “a sabiendas”; b) la “intención de dañar”. Fácil es advertir las diferencias entre el dolo, que así describe la ley, y la culpa. En el dolo del artículo 1072 hay previsión del resultado dañoso, buscado por el agente a través de su acto; en la culpa—en cambio— existe tan sólo la previsibilidad de dicho resultado por parte del agente: el desajuste de la conducta culposa estriba en que se omite una diligencia que habría evitado el daño, pero no se quiere ese resultado”.¹⁰ “En el dolo la intención se dirige a la causación del daño, de donde el autor quiere el acto y quiere también el resultado que aparece previsto en su conciencia”.¹¹

El obrar culposo se configura cuando promedia “omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (art. 512 Código Civil). Se tratará, en todo caso, de una subjetividad calificada, dado que “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos” (art. 902 Código Civil), situación en la que queda comprendido el controlante, en los tres supuestos del art. 33 LS. “En la culpa se quiere el acto pero el resultado no se ha previsto cuando era previsible o no se ha evitado cuando era evitable, si se hubiese actuado en ambos casos con la debida prudencia y diligencia”.¹²

No se concibe, al menos con facilidad, una hipótesis de daño causado por el obrar culpablemente antijurídico del controlante societario. La “influencia dominante”, común denominador en los tres supuestos de control contemplados en el art. 33

en materia de cuasi delitos—sirve, pues, para definir de modo genérico tanto la culpa cuasi delictual cuanto la culpa en el incumplimiento de la palabra empeñada” (BOFFI BOGGERO, Luis María: *Esquema de la ilicitud que genera indemnizabilidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 13). “El dolo configurativo del delito civil exige la concurrencia de dos extremos que aparecen enunciados en el art. 1072 con la conjunción copulativa “y”: a) la ejecución del acto “a sabiendas”; b) la “intención de dañar”. Fácil es advertir las diferencias entre el dolo, que así describe la ley, y la culpa. En el dolo del art. 1072 hay previsión del resultado dañoso, buscado por el agente a través de su acto; en la culpa—en cambio— existe tan sólo la previsibilidad de dicho resultado por parte del agente: el desajuste de la conducta culposa estriba en que se omite una diligencia que habría evitado el daño, pero no se quiere ese resultado” (ALTERINI, Atilio A.: *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 96, n° 107. Para BUSTAMANTE ALSINA, “el dolo como elemento de imputabilidad del delito, consiste en la ejecución del hecho a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro (art. 1072, Cód. Civil)” (*Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 244, n° 786, c).

¹⁰ ALTERINI, Atilio A.: *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 96, n° 107.

¹¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 244, n° 787.

¹² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 244, n° 787, *in fine*.

LS (aún cuando la norma peticione su ejercicio en los casos del art. 33, inc. 2do. y lo presuma, *juris et de jure*, en el inciso 1ro.), que se traduce v.gr., en el sometimiento a una dirección unificada, a partir de la cual se ejecuta una política empresarial común, puede configurar un dolo eventual, pero difícilmente la subjetividad genérica, descripta en el art. 512 del Código Civil.

Sostiene Otaegui que "desde este punto de vista, es difícil imaginar una responsabilidad culposa en la sociedad controlante por ejercicio abusivo del control en los casos previsto por la LSR, art. 33, inc. 2o.(...) pues sus dos supuestos requieren que se " ejerza influencia dominante" (...) es obvio que el ejercicio de la influencia dominante implica la intención de supeditar la gestión de la sociedad controlada a los intereses del grupo, aunque con ello se perjudique su interés: esto es una inequívoca configuración del dolo".¹³ Lo será menos aún, en los casos en los que se verifique la existencia de una situación de control externo por especiales vínculos, dado que la influencia dominante se lograría aquí a partir del ejercicio de una suerte de "coacción"¹⁴ o "intimidación" sobre la controlada, para conseguir que ésta ejecute determinada conducta empresarial.

Tampoco es sencillo encasillar la conducta del controlante societario en el concepto de dolo delictual al que adscribe la doctrina civilista mayoritaria. No lo será, por lo menos, en los casos en los que se pretenda imputar dolo directo, es decir, cuando el controlante "actúa para provocar el daño".¹⁵ Si bien el ejercicio de la influencia dominante y el sometimiento a una dirección unificada, pueden producir desvíos del interés social de una agrupada y daño societario, tal conducta de la controlante no tendrá en miras causar ese daño a los sujetos diferenciados que integran el conjunto; conjunto del que se nutre y obtiene beneficios. Si cabe admitir la posibilidad de dolo eventual, que se configura cuando el controlante impone a la controlada determinada conducta empresarial, en cuya ejecución se representa la posibilidad de un daño potencial al sujeto sometido, que no descarta, no obstante lo cual, la lleva adelante en su beneficio o en el del grupo que controla.¹⁶

¹³ OTAEGUI, Julio C.: *Concentración societaria*, Abaco, p. 453, nro 284.

¹⁴ Deliberadamente se utilizó el giro "suerte de coacción", ya que ésta, técnicamente, excluye la culpabilidad del que la sufre (ver, SOLER, *Derecho Penal Argentino*, TEA, p. 95), situación que, como veremos en desarrollos posteriores, no opera en el supuesto del art. 54 LS, cuanto menos para excluir la responsabilidad del órgano de administración de la controlada.

¹⁵ "La doctrina distingue el dolo directo del dolo eventual. En el primer caso, la acción se dirige a causar el daño". BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 244, n° 788.

¹⁶ Acerca de las nociones de dolo directo y eventual, ver: ALTERINI, Atilio A.: *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 96, n° 108. Sin perjuicio de ello, es del todo provechosa la lectura de SOLER, quién, con cita de la más granada doctrina penal (Max Ernest Mayer, von Hippel, von Litszt, Frank, etc.), distingue ambas nociones en *Derecho Penal Argentino*, TEA, Primera reimpresión, 1951, t. II, pp. 99 y ss.: especialmente p. 132 y ss.

Si ello es así, cuanto menos ex-hipótesis, la solución no parece lineal. En efecto, la doctrina más caracterizada sostiene que en el dolo eventual "la motivación del agente no es la consecución del daño producido, por lo cual esas figuras quedan al margen de dolo delictual característico del delito civil".¹⁷ En el dolo directo, la acción está enderezada a causar daño; en el dolo eventual no es éste el fin, pero a su ejecutor le resulta indiferente el que pueda causar. "La noción del Código Civil (art. 1072) está referida sin duda al dolo directo, por lo que el dolo eventual puede configurar una situación de culpa por imprudencia".¹⁸ En forma concluyente se ha dicho que "la descripción del dolo que formula el art. 1072 del Cód. Civil no encuadra al que la doctrina caracteriza como *dolus eventualis* (...). En Derecho argentino el dolo, para configurar un delito civil, debe contener la intención nociva: exige la concurrencia de la intención del obrar "a sabiendas" y de la "intención de dañar".¹⁹

Si así fuera, en los casos de *control participacional*, se tratará —generalmente— de *dolo eventual*, no tipificante de delito civil²⁰, por lo que la conducta quedará alcanzada por el art. 1109 del C. Civil, correspondiendo el resarcimiento de las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 901, 903 y 904 del C. Civil). Para decidir la cuestión es fundamental, a éste modo de ver, el empleo de la fórmula de Frank, "que se enuncia diciendo: hay dolo eventual, cuando la convicción de la necesidad del resultado previsto como posible no habría hecho desistir al autor".²¹ La intención de la controlante es supeditar la gestión de la sociedad controlada a los intereses del grupo, se representa como posible un resultado dañoso para la controlada, sin perjuicio de lo cual le impone determinada conducta empresaria. Lo que no aparece claro es que quiera necesariamente el daño de la controlada. Si el grupo de subordinación constituye, como lo sos-

y nota n° 80 en p. 135, en la que se transcribe la "fórmula de Frank" conforme la cual "Hay dolo eventual cuando, para el autor, la producción del resultado deseado juntamente con el resultado representado sólo como posible le era preferible a renunciar a su acción. Hay por el contrario, imprudencia, cuando la esperanza de evitar el resultado antijurídico fue decisiva para emprender la acción".

¹⁷ LLAMBIÁS, Jorge J.: *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, t. II-B, pp. 315, n° 3 y 316.

¹⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 244, n° 788.

¹⁹ ALTERINI, Atilio A.: *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 98, n° 110.

²⁰ "La descripción del dolo que formula el art. 1072 del Cód. Civil no encuadra al que la doctrina caracteriza como *dolus eventualis* ni, menos aún, a la llamada culpa con representación. En Derecho argentino el dolo, para configurar un ilícito civil, debe contener la intención nociva: exige la concurrencia de la intención de obrar "a sabiendas" y de la "intención de dañar". en tanto a la conducta culposa le basta la mera intención de obrar. Obviamente los hechos ilícitos realizados a sabiendas pero sin la intención nociva enrolan en la conducta culposa en los términos del art. 512 del Cód. Civil" (ALTERINI, Atilio A.: *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 98, n° 110).

²¹ SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, TEA, Primera reimpresión, t. II, Bs. Aires 1951, p. 135.

tiene Verrucoli, una empresa en sí mismo, esa conclusión importa predicar que la controlante quiere su propio daño, lo que no parece acertado. La realidad empresarial demuestra que cuando la controlante impone determinada conducta de conjunto a la controlada, está suponiendo que ésta se beneficiará indirectamente por su pertenencia al grupo. Lo que no es sencillo admitir, es que su accionar como controlante se limite sólo a causar daño a la controlada, para beneficiarse o beneficiar al grupo al que pertenece. Esta cuestión, a dilucidar, adquiere relevancia en tanto el delito civil sólo se configura cuando se obra con *dolo directo*.

Es posible concebir hipótesis de *dolo directo* y la consiguiente tipificación de delito civil, en aquellos supuestos excepcionales en los que se verifique control externo, con ejercicio abusivo de la influencia dominante en desmedro del patrimonio de la controlada. En tales casos, la reparación abarcará las consecuencias casuales tenidas en miras (art.905 C.Civil) por el controlante. Podrán configurar supuestos de *dolo directo* aquellas conductas que enumera, a modo de ejemplo, Bergel, al describir determinada actuación grupal y así, cuando se produzca: a) descapitalización de la sociedad en beneficio de terceros; b) o se impongan políticas de ventas o de compras perjudiciales; c) o se otorguen garantías incausadas que contribuyan a insolventarlas, etcétera.²²

En principio, en la mayoría de las situaciones de control participacional (*interno inmediato*, de derecho o mayoritario e *interno mediato*, de hecho o minoritario), la subjetividad de la controlante comportará, de ordinario, *dolo eventual*. En éste orden de ideas se ha señalado que “la praxis de la dirección y las circunstancias económicas comunes demuestran como el abuso de dirección unitaria no depende en su mayor parte de ilegítimos deseos de enriquecimiento personal de quién detenta el poder de la empresa líder del grupo, sino de la lógica del grupo que tiende a concentrar riqueza en algunas organizaciones más que en otras, por toda una serie de motivos: fiscales económicos, políticos, etc. La dirección unitaria refleja justamente una gestión que en la realidad de una máxima utilidad puede también sacrificar determinados momentos del grupo”.²³ En la generalidad de los casos, se espera de la actuación grupal, que el interés del grupo se corresponda en definitiva con el interés individual de cada uno de sus miembros.²⁴ En consecuencia, en aquellos supuestos en los que no exista “*dolo delictual*”, la conducta del controlante deberá ser juzgada por el Título IX del Libro II, Sección 2da. del Código Civil, es decir, como un hecho ilícito que no es delito.

²² BERGEL, Salvador D.: “Extensión de quiebra en la reforma a la Ley de Concursos por la Ley 22.917”, LL., t. 1983-D, Sección Doctrina, p. 1101.

²³ LIBONATTI, B.: *1 gruppo insolvente*. Florencia, 1981, p. 200, citado por Salvador D. BERGEL, en “La concursabilidad del grupo en el proyecto de ley de concursos”, E.D., t. 159, p. 984.

²⁴ PETER, H.: “L’Action revocatoire dans les groups de societes”, Ginebra, 1990, p. 54. Ver autor y obra citada en la nota precedente, p. 984 y nota nº 11.

8) La consideración del *daño*, en la hipótesis resarcitoria que introduce el art. 54 LS., requiere un análisis específico, dado que posee características propias.

Tratándose de la reparación del perjuicio que deriva de un ilícito, v. gr. por ofensa del deber genérico de no dañar (*neminem non laedere*, art. 1109 C. Civil), es admitido compensar el "beneficio" que eventualmente pueda producirse en cabeza de la víctima, con el daño que le irroga el obrar ilegítimo del victimario. Se reconoce éste instituto, propio del derecho de daños, con la denominación genérica de *compensatio lucri cum damno*.²⁵ En él subyace la idea de la ilicitud del enriquecimiento que desconozca causa, aún cuando, más apropiadamente, el fundamento se puede encontrar en la definición misma del daño a partir del art. 1068 del Código Civil, lo que lleva a considerar que éste se produce cuando se verifica un menoscabo o disminución en el patrimonio, e impone que se valoren todas las consecuencias del hecho en conjunto. Sostiene Orgáz, quién ha dedicado un capítulo de su obra "El daño resarcible" al tratamiento del tema, que es "(...) indudable que del concepto mismo de daño y del correlativo de reparación, resulta justificada la compensación de las ventajas y de los perjuicios emergentes del mismo acto" (p. 165, No. 52). Para Alterini, "ocurre que el incumplimiento debe repercutir en el patrimonio del responsable de manera que se corresponda con el daño, según pautas de atribución de consecuencias que responden a la causalidad jurídica. Pero ocurre también que en múltiples supuestos la víctima del incumplimiento recibe ciertos beneficios causados por éste o al repararse el daño se la coloca en situación ventajosa respecto del estado anterior al hecho generador de responsabilidad".²⁶

En definitiva, éste instituto es admitido por la doctrina y aplicado por la jurisprudencia en los supuestos de resarcimiento del daño causado en el obrar injusto, *pero no es operativo cuando el daño al ente tiene su génesis en el ejercicio abusivo y antifuncional del control*, art. 54 LS. La solución no es novedosa, ya que el legislador ha excluido su aplicación específica en otros supuestos.²⁷

La explicación debe hallarse en la sociología de la actuación grupal.

²⁵ "(...) designación algo equívoca y que suele determinar desinteligenacias, pero que, bien entendida, ofrece las ventajas de ser expresiva y tradicional". ORGÁZ, Alfredo: *El daño resarcible (Actos ilícitos)*, 3ra. edición actualizada, Depalma, 164, n° 51. La expresión es equívoca, en tanto el instituto no importa una verdadera compensación en los términos de los arts. 724 y, especialmente, art. 818 del Cód. Civil, en tanto establece que para que promedie compensación, dos personas, por derecho propio, deben revestir recíprocamente las calidades de deudor y acreedor, cosa que no ocurre en la obligación de reparar el daño injusto, hipótesis en la que existe un sólo acreedor: el damnificado.

²⁶ ALTERINI, Atilio A.: *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, p. 207, n° 254.

²⁷ El art. 2440 del Código Civil dispone el reintegro, al poseedor de mala fe, de los gastos necesarios hechos en la conservación de la cosa, concediéndole el derecho de retención hasta ser pagado de ellos, beneficio del que no goza quién hubiese hurtado de la cosa.

Se tiene dicho que “el ejercicio del control implica relevantes consecuencias para las controladas” y, en base a ello, que “una sociedad puede ser inducida a vender a pérdidas para servir a una política de anulación de sectores competitivos del grupo; puede ser limitada en la generación de determinados productos, que se deja a otra sociedad del grupo. Conforme el interés global puede capitalizarse o descapitalizarse. El grupo puede tener interés en su desaparición en el mercado o en su fusión con otro componente para enjugar pérdidas (...) el desvío del interés societario, en el seno de los grupos, puede manifestarse a través de múltiples facetas: a) descapitalización de la sociedad en beneficio de terceros...b) limitación en la actuación en los mercados; c) imposición de políticas de ventas o de compras perjudiciales; d) garantías incausadas que contribuyan a insolventarla; e) negocios entre sociedades del grupo que excedan las condiciones normales de mercado, etcétera”.²⁸

También es cierto que “dentro de un agrupamiento —y precisamente como una consecuencia natural de él— las operaciones económicas que median entre las sociedades del grupo no siempre tienen, por así decirlo, un sólo sentido direccional, porque puede darse, y muchas veces se da una compensación de ventajas “*hinc et inde*” recibidas. En tal caso no podrán aislarse artificialmente únicamente las operaciones ventajosas, sino que se deberá tener en cuenta el cuadro general, a pesar de que en concreto esto puede resultar un tanto difícil”.²⁹ Así lo sostiene también Colombo, quien señala que en los grupos de sociedades sucede con bastante frecuencia que “*las condiciones favorables acordadas en una operación, o en una serie de operaciones, encuentren contrapartida en otras operaciones cuya ventaja esté orientada en sentido contrario o que dichas condiciones estén justificadas por circunstancias particulares que hacen a las relaciones que median entre dos sociedades*. La sociedad madre recibe de la hija una financiación con tasa preferencial, pero asume la responsabilidad, mediante fianzas o cartas de patrocinio de las deudas —y tal vez de todas las deudas— de la hija. La sociedad madre adquiere, de la hija productos semielaborados a un precio inferior al de mercado, pero le suministra a la hija *know how* para la producción de dichos productos, o bien centraliza en sí misma una serie de actividades administrativas y contables que, gratuitamente o mediante una compensación meramente simbólica, desarrolla incluso en interés de la hija. Otro ejemplo: la sociedad madre financia a la hija —de la cual es única accionista (en nuestro derecho, LS art. 94 inc. 8o. veda la hipótesis de socio único más allá del plazo previsto)— con préstamos a tasas simbólicas o simplemente nulas. En los dos primeros casos mencionados el desequilibrio económico de la operación, considerada aisladamente, no implica necesariamente un desequilibrio en el complejo global de las relaciones entre controlante y controlada. En el

²⁸ BERGEL, Salvador D.: “La extensión de la quiebra en la reforma a la ley de concursos por la ley 22.917”, *LL.*, 1983-D, Sección Doctrina, p. 1100.

²⁹ BORGIOLI, Alessandro: “Dirección Unitaria y responsabilidad en la administración extraordinaria”, *RDCO*, 1986, p. 524.

último caso, el desequilibrio existe, pero no implica perjuicio para la controlante, desde el momento que con la financiación gratuita no hace otra cosa que tratar de evitar la insolvencia de la hija...".³⁰

Esta circunstancia, propia de la dinámica grupal, fue descripta como "una *espe- cie de compensación indirecta que conduce a que una transferencia de recursos hecha en el interés del grupo se corresponda en definitiva con el interés individual de cada miembro*".³¹

Como se ha señalado, a este modo de ver con total acierto, "mientras los negocios se desenvuelven bien y se producen y distribuyen utilidades razonables, nadie se inquieta. Los socios de la sociedad controlada que son externos al grupo suelen tolerar los desvíos del interés social porque reconocen que la pertenencia al grupo brinda a la sociedad un mayor potencial de negocios, de cuyo resultado también participan. Pero los problemas se suscitan a poco que esos socios minoritarios se sienten perjudicados por algún motivo, y tanto más cuando una o varias sociedades del grupo caen en insolvencia y no ya solamente los socios, sino también los acreedores ven peligrar el patrimonio social".³²

En éstos casos, conforme se viene sosteniendo, la LS. art. 54, trae una solución particular que, al igual que el art. 2440 del Código Civil, se aparta de la genérica y *veda compensar el lucro con del daño*, de modo que el controlante deberá soportar el perjuicio que por su dolo o culpa se haya causado a la controlada, "sin que pueda alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios". Por lo demás, en los supuestos en los que se admite, en otros ámbitos, la compensación de los beneficios con los daños, los primeros deben resultar, necesariamente, del mismo hecho generador de la injuria patrimonial, hipótesis de dudosa configuración en la actuación grupal, en la que los beneficios resultan "proporcionados por otros negocios", como se desprende de los ejemplos elaborados por la doctrina citada.

La solución del art. 54 LS, 1er. párrafo, aparece respaldada por el art. 902 del Código Civil, a poco que se analice quién reviste la calidad de controlante en los términos del art. 33 LS. En otras palabras, la instrumentación grupal reporta beneficios empresarios e importa, paralelamente, asumir otros riesgos³³, afirmación que en modo al-

³⁰ COLOMBO: "Informazione societaria e gruppi di società", Relación para la Convención de Venezia sobre la información societaria, noviembre 1981, p. 14, citado por BORGIOLO, ob. cit. p. 525, nota n° 46.

³¹ BERGEL, Salvador D.: "La concursabilidad del grupo en el proyecto de ley de concursos", *ED.*, t. 159, p. 984, con cita de Peter.

³² MANÓVIL, Rafael M.: "Interrogantes sobre la responsabilidad y los deberes de los funcionarios societarios en los grupos", Congreso Argentino de Derecho Comercial, vol. II, 1990, p. 179, n° 7.

³³ V. gr., la posibilidad que se haga extensiva la quiebra de la controlada a "toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte", LCR n° 24.522, art. 161, 2); hipótesis que

guno pueden ser confundida con un juicio de desfavor en relación al agrupamiento.³⁴ Sólo y simplemente que, al indemnizar el daño causado por el ejercicio dañoso del control, el controlante tiene vedado compensar beneficios. De ésta manera, además, se evita la realización de una prueba que asumiría perfiles diabólicos.

Esta es la solución particular que se da desde la ley, al resarcimiento del perjuicio causado en el ejercicio dañoso del control; solución que si bien no importa una novedad (conf. art. 2440 del C.Civil ya citado), tiene implicancias en los casos de control externo, en los que su ejercicio antifuncional arrastra a la quiebra a la controlada. En estos casos, no cabe hacer extensiva la quiebra al controlante externo, atendiendo a que tal hipótesis no resulta alcanzada por el art. 161, 2do, apartados a) y b) ley 24.522, pero sí se podrá articular, vía ejercicio sindical (art. 175 LC), la acción resarcitoria del art. 54 LS.

- 9) Dos últimas referencias a cuestiones vinculadas con el daño cuya resarcibilidad trata el art. 54, 1er. párrafo, LS.
 - a) La primera ya fue enunciada. No corresponde asimilar, tratándose de control externo con génesis en los especiales vínculos existentes entre sociedades, art. 33, inc. 2do., 2da. parte, LS., éste daño de raíz extracontractual, derivado del ejercicio efectivo y perjudicial de la influencia dominante de la controlante sobre la controlada, con el daño contractual que proviene del incumplimiento, en sentido amplio, del contrato que vincula a las partes y genera la mentada influencia. Las diferencias se encuentran en el origen mismo de la cuestión y se mantienen en su solución. En el daño contractual existe violación de la palabra empeñada, de la obligación asumida convencionalmente. En el daño extracontractual, del deber genérico de no dañar. En el primero se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias derivadas del incumplimiento (art. 520 C.Civil) y sólo si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, también por las consecuencias mediatas (art. 521, C.Civil); excepcionalmente, atendiendo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso, podrá el juez condenar la reparación del daño moral que hubiere causado el responsable (art. 521 C.Civil). En el plano de la responsabilidad *ex-lege*, el responsable del daño producido con culpa, responderá por las consecuencias inmediatas y mediatas de su hecho (arts. 903 y 904 C.Civil), mientras que de haber promediado dolo, su obligación alcanzará las consecuencias casuales tenidas en miras (art. 905 C.Civil) al ejecutarlo. En ambos casos deberá resarcir el agravio moral causado a la víctima

comporta una forma de sanción y por ello distinta en su ontología de la contemplada en el art. 54, 1er. párrafo, LS (ver en éste último sentido, OTAEGUI, Julio C., *ED.*, t. 153, p. 656, nº III.1.

³⁴ El art. 172 de la ley 24.522, que repite en su redacción el art. 165-11 de la ley 19.551 en la redacción dada por la ley 22.917, certifica que el legislador no mira con desfavor el fenómeno grupal.

(art. 1078, C.Civil). La extensión resarcitoria, justifica reparar en la distinción que aquí se reitera.

- b) Por último, el perjuicio que deberá resarcir el controlante, es aquel que se encuentra en relación causal jurídicamente relevante con el ejercicio dañoso de su influencia dominante y ningún otro, es decir, que no se lo podrá responsabilizar de la mala gestión de la hacienda societaria por parte de los administradores de la controlada en tanto esa mala gestión no esté predeterminada por el ejercicio de aquella influencia.