

**LA COHERENCIA DEL DERECHO
SOCIETARIO EXIGE QUE SE FLEXIBILICE
LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS,
DE LOS CONTROLANTES Y DE LOS
ADMINISTRADORES EN GENERAL,
SIGUIENDO LAS PAUTAS QUE SE
ESTABLECIERAN PARA LA GERENCIA
NO COLEGIADA**

RICARDO LUDOVICO GULMINELLI

RESUMEN DEL CONTENIDO

Respecto a la S.R.L. el Art. 157 L.S. - cuando la gerencia es colegiada-, remite a las normas del directorio de la S.A. Pero cuando no existe colegio, permite quebrar la solidaridad. Más concretamente, si la gerencia no es colegiada, se permite que cuando una pluralidad de gerentes participen en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el juez pueda fijar la parte que a cada uno le corresponda en la

reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. No es aceptable conceder este beneficio a los gerentes y negárselo a los socios en general, controlantes externos o a los administradores de los restantes tipos societarios. El sistema no tiene coherencia y es además inconveniente ya que por su dureza, los jueces vacilan antes de aplicarlo. Prueba de ello es el fallo “Palomeque” en el cual la C.S.N. adhiriendo al dictamen del Procurador Fiscal, sugiere que “para extender la responsabilidad a los socios, resulta necesario que la sociedad sea ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecte el orden público laboral o evada normas legales. Desconoce décadas de elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

PONENCIA

Los antecedentes del Art. 157 L.S. y sus alcances.

Habida cuenta de que existe la posibilidad de que reciba sanción legislativa el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades creada por la resolución MJDH N° 112/02), creemos importante que este tema sea debatido y considerado. Esta inquietud, ya la habíamos exteriorizado en el año 1.994, cuando a pedido de un organismo oficial, estuvimos trabajando en colaboración con la Dra. Lilia Gómez de Bacqué y con el Dr. Eugenio Tschelakow, con instrucciones precisas de realizar una revisión crítica de la ley de sociedades. Se nos pidió que elaboráramos propuestas de reforma que luego serían sometidas a debate.

Respecto a la S.R.L. el Art. 157 L.S. establece dos regímenes distintos, según sea la gerencia colegiada o simplemente plural **no** colegiada. En el primer caso, o sea si existiera “colegio”, se aplicaría el sistema diagramado para la responsabilidad de los directores de la S.A. que establece que quedan obligados ilimitada y solidariamente todos los que sean efectivamente responsabilizados. En el segundo supuesto, o sea cuando la gerencia no es colegiada, se permite que cuando una pluralidad de gerentes participen en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el juez pueda fijar la parte que a cada uno le corresponda en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Surge del texto referido que se quiebra la solidari-

dad frente a los terceros, como lo explicamos más abajo y lo fundamentamos en citas doctrinarias. Estamos persuadidos de que los antecedentes del Art. 157 L.S. y la reacción de la doctrina frente al texto, autorizan a sostenerlo. Se trata de una diferencia sustancial porque en el régimen de la S.A. (aún según el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades creada por la resolución MJDH N° 112/02), **todo director que sea declarado responsable, deberá responder ilimitada y solidariamente frente a los damnificados**. El enorme beneficio que se confiere a los integrantes de la gerencia no colegiada de la S.R.L. no tiene justificación aparente. Al menos no lo expresa el texto legal, ni lo hace la exposición de motivos. La pregunta que surge frente a un beneficio tan excepcional es: ¿por qué a los socios no se le aplican similares ventajas? Basta recordar el Art.54 L.S. en sus tres apartados para comprender la importancia de esta temática o también el Art. 254 L.S. que responsabiliza **ilimitada y solidariamente** a TODOS los accionistas que votaran favorablemente una decisión viciada de nulidad, sin distinción alguna en base a las circunstancias. Piénsese por un instante en un accionista anciano y poco instruido que apoyara con su único voto una decisión asamblearia viciada de nulidad que generara un gran perjuicio. Si se lo demandara para que pague la totalidad del daño, frente a la norma del art. 254 L.S., ¿cómo se evitaría la solidaridad? Es tan inicuo el sistema, que todavía no hemos encontrado ningún antecedente similar al descripto.. El sistema es sumamente injusto porque **sólo** permite quebrar la solidaridad, respecto de la responsabilidad de los gerentes (**cuando la gerencia no es colegiada**), pese a que se trata de funcionarios que deben obrar como buenos hombres de negocios, con una prudencia y carga responsabilizatoria superior a la normal. Lo más reprochable es que no se siga igual criterio con los administradores de los otros tipos societarios (**por ejemplo los de una sociedad colectiva que no fueran socios**) ni con los socios que hubieran limitado su responsabilidad al aporte suscrito, a los cuales el legislador no les ha exigido una diligencia especial.- La rigidez del sistema, por otra parte, no brinda en los hechos ventajas reales porque **-justamente por su dureza-** los jueces vacilan antes de aplicarlo. Lo dicho se advierte con toda claridad, analizando la jurisprudencia de las distintas salas de la Cámara Nacional del Trabajo de la ciudad de

Buenos Aires y el comentado fallo “Palomeque” de la C.S.N. que en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica, contradice, no solamente a los grandes maestros del Derecho Societario y a la pacífica jurisprudencia y doctrina, sino también al mismo texto legal.¹ Recordemos que la C.S.N. adhiriéndose al dictamen del Procurador Fiscal, sugirió que **“para extender la responsabilidad a los socios, resulta necesario que la sociedad sea ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecte el orden público laboral o evada normas legales.-** En la mencionada sentencia, se hace referencia, - como si se tratara de un requisito ineludible-, **que exista a priori, en el momento de la constitución, “un propósito de violar la ley”**. Según la doctrina y jurisprudencia societaria y por el claro texto legal, esto no es así y constituye un grave error, ya que la ley lo único que hace es exigir una intencionalidad en **“la actuación”**, **no en la fundación** de la sociedad. Es la “actuación” la que no debe encubrir la consecución de fines extrasocietarios. Es la “actuación” de la sociedad la que no debe constituir un mero recurso para obrar torpemente.- De la normativa en estudio, se deriva que una vez evidenciado un obrar intencionalmente desviado por parte de un socio o controlante (una utilización no permitida del recurso técnico de la personalidad), resulta responsabilizado también quien ha contribuido sólo **culpa- blemente** a que esta actuación nociva se hiciera posible. En estos casos, no cabe duda de que la responsabilidad es solidaria. O sea que el socio, al parecer, en ningún momento puede verse beneficiado por una morigeración de la indemnización a su respecto, como sí sucede respecto a los integrantes de la gerencia no colegiada. En nuestra opinión, los jueces de la C.S.N. no ignoran cuál es el régimen legal, pero creemos que les tiembla la mano para aplicar tan severa responsabilidad, respecto a socios cuya culpa haya sido tangencial o mínima. La excesiva rigidez del sistema, entonces, contribuye a que se dicten sentencias como la del caso Palomeque. Para establecer una diferenciación tan importante entre el régimen de responsabilidad de los gerentes con respecto a la que corres-

¹ Un retroceso en materia de responsabilidad societaria - Gulminelli, Ricardo L. - Nota a Fallo - LA LEY 2003-F, 731.

ponde a los demás administradores y a los socios, debería existir una causa atendible. Pero sinceramente, creemos que no existe. Se podría aducir que se quiso privilegiar el tipo de la S.R.L. pero esto sería insostenible desde todo punto de vista, porque importaría conceder una ventaja que es contraria al sentido común e irritante, porque resulta absurdo que un socio por efectos del Art. 54 apartado tercero de la L.S. por ejemplo, resulte responsabilizado ilimitada solidariamente aunque su culpa haya sido mínima, mientras que, en un caso similar, un gerente de una S.R.L. que debe actuar profesionalmente, puede ver atenuada su responsabilidad, porque se limite judicialmente la parte de su contribución en la reparación del daño. Del mismo modo, no es aceptable que a los administradores de una sociedad colectiva o en comandita simple, por ejemplo, que no fueran socios, no se les pueda limitar la solidaridad, fijando la parte contributiva que deban pagar. Esto es inequitativo, incoherente y creemos que infundado. O bien se debe derogar el régimen del Art. 157 para la gerencia no colegiada, o bien se debe atemperar el actualmente en vigencia para los administradores y funcionarios que integren órganos plurales en general y socios.- Personalmente, considero que la línea que se perfila en el Art. 157, heredera del derecho francés, es compatible con las grandes líneas que se derivan del derecho común luego de la reforma de la ley 17.711, especialmente con la norma del Art. 1069 in fine del C.C. que permite reducir el monto indemnizatorio teniendo en cuenta la insuficiencia patrimonial del deudor, únicamente cuando la obligación se genera en base a culpa, o sea descartando el dolo. Entendemos que con respecto a la gerencia no colegiada de la S.R.L. se quiebra la solidaridad, porque esa ha sido la interpretación predominante en el derecho francés.²

De lo expuesto, surge que en lo esencial, la ley 19.550, - salvo el muy especial caso de la gerencia no colegiada de la S.R.L.- no permite distinguir según las circunstancias particulares del caso. Con esto quiero significar que la regla es que una vez en presencia de una con-

² Ver " Régimen de responsabilidad de los funcionarios de las sociedades comerciales. (Necesidad de flexibilizarlo considerando las características de "cada caso particular)", publicado en L.L. del 5-11-86.- (Ver asimismo las cuatro ponencias que presentara en el Congreso Nacional de Derecho Societario de la ciudad de Mendoza, en el año 1986 y nuestro trabajo titulado " LA SOCIEDAD ANONIMA EN FORMACION ". "SU REGIMEN LUEGO DE LA REFORMA DE LA LEY 22.903", publicado en R.D.C.O. de octubre de 1984, nro. 101. En este estudio, ponía de manifiesto la injusticia del régimen de responsabilidad de los directores y fundadores, que afecta a los funcionarios en algunos casos, independientemente de su real actuación.- Hay separata.

ducta culpable, por insignificante que ella fuera, si se da la relación causal con el evento dañoso, la responsabilidad deviene necesariamente ILIMITADA Y SOLIDARIA, sin posibilidad de atenuación alguna. La única posibilidad que tiene el juez es declarar que no existe causa para responsabilizar. Recordemos que el texto legal referenciado es el siguiente: "Responsabilidad. Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas por el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el juez puede fijar la parte que a cada uno le corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada."

Para estudiar la evolución del concepto de solidaridad en materia de responsabilidad de los administradores societarios, resulta interesante leer a Berdah en "Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions", ps. 160 y sigts. Con referencia al Art. 244 de la ley francesa, dice este autor que "EL LEGISLADOR RESERVA UNA POSIBILIDAD QUE DEJA A LOS TRIBUNALES LIBRES DE UTILIZAR SU CRITERIO".

Con respecto al Art. 242 de la ley francesa, que se refiere a la responsabilidad de los administradores por la nulidad de la sociedad, dice que PUEDEN ser declarados solidariamente responsables. Esto implica dos cosas. La primera la OPCION a favor del juzgador, y la segunda que la solidaridad no se aplica automáticamente.³ En su oportunidad, también profundizamos este tema.⁴

Algo parece querer significar el Art. 157 apartado 4to. cuando reza: "LOS GERENTES SERÁN RESPONSABLES INDIVIDUAL O SOLIDARIAMENTE...." Ya la solidaridad tiene una clara excepción en esta norma.

Ya en otras oportunidades, he manifestado mi beneplácito por la reforma, apoyando la orientación que siguiera el legislador. Creo sin

³ Berdah en "Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions", ps. 160 y sigts., desarrolla el tema de manera muy clara.

⁴ Ver Ricardo Ludovico Gulminelli, revista "Errepar", Doctrina Societaria y Concursal, de nov. 1989, n.º 24, ps. 449 y ss.: El régimen de responsabilidad de los funcionarios de las sociedades comerciales luego de la reforma de la ley 22.903. Profundas contradicciones existentes.

embargo, que es lamentable que no se haya avanzado más. No estamos de acuerdo con la remisión que se hace en el anteuúltimo apartado del Art. 157, al régimen de las sociedades anónimas (al directorio), cuando la gerencia es colegiada. El argumento esencial para diferenciar las situaciones, proviene de la idea de que el órgano colegiado tiene una sola voluntad, constituída por la voluntad de cada uno de sus miembros, encauzada mediante una resolución colectivamente tomada. Bajo este esquema, cada uno de los administradores contribuye a adoptar la decisión que puede ser cuestionable y la responsabilidad se "DIFUNDIRÍA" inexorablemente.

Pero no me conforma este encuadramiento, que considero simplista, ni pienso se puede hacer una distinción tan categórica. Estoy convencido de que en muchos casos, el daño no se provoca a raíz de una resolución colectivamente tomada, sino por la aplicación concreta de la misma, su ejecución equivocada, desviada y/o dolosamente instrumentada.

Aún cuando pudiera existir cierta culpa de todos los integrantes del órgano societario colegiado, no resulta equitativo equiparar al administrador que simplemente votó una decisión de difícil calificación en cuanto a su adecuación al estatuto reglamento y/o a la ley, y/o a su conveniencia según el patrón del buen hombre de negocios, con el administrador que dolosamente llevó a cabo la resolución, de modo tal que hubiera aumentado notablemente las consecuencias dañosas de la misma.

Tampoco es justo que se equipare al director que sin haber participado, hubiera demorado por razones personales que legalmente no fueran atendibles, la exteriorización de una protesta ante el órgano de fiscalización, con el delincuente que posibilitara el vaciamiento de una empresa.

Y lamentablemente, dentro de nuestro esquema legal, con las salvedades ya efectuadas, en cuanto a las consecuencias jurídicas inmediatas, tanto el levemente culpable, como el que actuara con dolo, sería igualmente responsable en forma ilimitada y solidaria.

Creo sinceramente que esto no puede ser aceptado, al menos no como principio general, del cual el juzgador no pueda apartarse. En mi opinión, es menester que el juez atienda a la totalidad de las circunstancias que se producen en el caso concreto, para que se logre un resultado

justo, pero no sólo para determinar la culpa, sino también las consecuencias de la misma. Dejar fuera del régimen del Art. 157 a la gerencia colegiada (y al directorio), impide que los beneficios de la reforma sean aprovechados en todos los casos.

No se debe olvidar que aún en el directorio de la sociedad anónima (organizado básicamente según el método colegial), puede el presidente obligarla por sí solo y en algunos casos, aún en violación de la representación plural (Art. 58 apartado segundo de L.S.). En el Congreso Nacional de Derecho Societario de 1.995, nosotros propusimos: **Cuando los actos que generaran el daño, no sean consecuencia de la aplicación del método colegial, el juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a la actuación personal de cada director".**

En estos casos el carácter colegiado del directorio, no tiene incidencia en la responsabilidad final.

Sí podría achacarse a un director que habiéndose enterado de una irregularidad cometida por un colega suyo en la administración, no realizara la oportuna denuncia a la sindicatura. Pero es innegable que resulta importante analizar en cada caso, todas las circunstancias computables. Y si la incidencia de la omisión de un director y/o gerente, en el resultado dañoso, ha sido nula o irrelevante, es equitativo, en determinadas condiciones, que el juez pueda fijar la parte contributiva de cada uno de los culpables.

En mi opinión también es insuficiente la modificación que la ley 22.903 introdujo al segundo apartado del Art. 274 L.S., respecto al régimen de responsabilidad de los directores. En nuestra opinión, se rinde exagerado culto al sistema colegial.- Como consecuencia de un desvío respecto al mismo, no se quiebra el principio de solidaridad, posibilitando el legislador que se produzcan resultados inequitativos.⁵ Faltaría

⁵ No ignoramos que autores del prestigio de A. POLO opinan que el régimen solidario sigue siendo más adecuado. Pese a lo expuesto, Polo, en su obra: "Ante una nueva reforma de la sociedad anónima", Barcelona 1965, en la página 137, citada por Quijano González, dice "LA MANCOMUNIDAD O "RESPONSABILIDAD PRORRATEADA PUEDE ESTIMULAR A LOS ADMINISTRADORES POCO ESCRUPULOSOS A REALIZAR ACTOS DUDOSOS O CULPOSOS, EN LA CONFIANZA DE QUE, SI FUERAN INCRIMINADOS POR ELLOS, LA RESPONSABILIDAD VENDRÍA COMPARTIDA Y REPARTIDA ENTRE TODOS, INCLUSO LOS QUE SÓLO POR OMISIÓN DEJARON HACER LO QUE AHORA ES CAUSA DE RESPONSABILIDAD".

decir que en el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades creada por la resolución MJDH N° 112/02), parece atenuarse la influencia del método colegial porque se aclara expresamente que la solidaridad existe respecto de los directores responsabilizados, aunque subsiste intocado el derecho de protesta.

De lo dicho se infiere la necesidad de armonizar TODO EL SISTEMA JURÍDICO, extendiendo al mismo la solución del Art. 157 L.S. o bien de eliminar las potestades del juez en el caso de la gerencia no colegiada y volver al sistema anterior en el cual jugaba irrestrictivamente la solidaridad.