

ES CONVENIENTE FLEXIBILIZAR EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y DE CONTROLANTES SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS ADOPTADOS PARA LA GERENCIA NO COLEGIADA, PARA QUE EL SISTEMA RESULTE COHERENTE Y PUEDA SER RAZONABLEMENTE APLICADO

Ricardo Ludovico Gulminelli ()*

Resumen del contenido

La responsabilidad *ilimitada y solidaria* que se deriva del control abusivo suele comprometer a un *amplio espectro de sujetos*. Quedan responsabilizados *todos los socios y controlantes (directos o a través de otra sociedad a su vez controlada)* que de alguna manera hubieran hecho posible una actuación “torpe” de la sociedad abusada o esgrimida como mera fachada (3er. apartado del art. 54 L.S. y los que hubieran sido “coautores, cómplices o de algún modo culpables” (Apto. 1º y 2do. art. 54 L.S.- 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.- No existen motivos lógicos para no aplicar un sistema similar al establecido en el art. 157 L.S. para la gerencia no colegiada ya que en esencia, las causas que lo justifican, son más recomendables en materia de responsabilidad de socios y controlantes que respecto a los gerentes de la S.R.L.

(*) Titular de la Cátedra de Derecho Societario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata

Prevención y solución eficiente del conflicto

Ponencia:

Las normas del art. 54 L.S. en sus tres apartados, instauran un sistema de responsabilidad ilimitada y solidaria de vastos alcances que en los hechos, resulta extremadamente severo y por ende, muchas veces no se aplica. Este aserto, constituye la base de esta ponencia: La he redactado pensando sinceramente que a consecuencia de esta severidad, a muchos magistrados les “tiembla la mano” antes de aplicarlo. Hay que pensar mucho sobre esta situación porque, en algunos casos, tal conducta puede resultar comprensible, aunque no sea jurídicamente justificable. El legislador se debe adecuar a la realidad porque de lo contrario, dictaría “normas para ser aplicadas en el desierto.” Que lo dicho es cierto, 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⁾.

En virtud de las normas citadas pueden ser responsabilizados muchas personas, tanto físicas como jurídicas.

Cada vez que una pluralidad de personas se escudara tras la personalidad jurídica de la controlante o de una segunda sociedad a su vez controlada a través de la cual se ejerciera el control, posibilitara una actuación torpe de la controlada, ***serían todos y cada uno de ellos, solidaria e ilimitadamente responsables*** por las consecuencias dañosas de la actuación colectiva y podrían ser directamente demandados, según el caso.-

En ocasiones, resulta extremo responsabilizar a personas que ***apenas*** han tenido una colateral participación o que según las circunstancias han sido instrumento de otros sujetos malintencionados o muy negligentes. Para tales casos, es recomendable otorgar

(1) Gulminelli, Ricardo L., “Un retroceso en materia de responsabilidad societaria”, nota a fallo, L.L. 2003-F, 731.

facultades a los jueces; *tal y como se las confiere en el régimen establecido en el art. 157 L.S. para la gerencia no colegiada, que le permite al magistrado establecer la parte contributiva que a cada uno de los participantes le corresponde en la reparación del daño. De esta manera, el juez, ateniéndose a las circunstancias del caso, podría insuflar una buena dosis de equidad en el sistema, evitando consecuencias injustas. Si bien es verdad que darle tantas facultades a los jueces es peligroso, las consecuencias difícilmente serían más nocivas que las del actual régimen que, en la realidad, se torna en muchos casos inaplicable.*

En el ámbito del derecho societario, resultaría de aplicación la normativa de los arts. 33 y especialmente 54 de la L.S..

En caso de quiebra, se podría complementar el sistema, en base a los arts. 173 y 174 o 175 y siguientes de la ley 24.522. Si el control abusivo se hubiera concretado en base a una actuación dolosa de una o más personas, *respecto a las que hubieran obrado con dolo*, resultaría aplicable el régimen del art. 173 y 174 ley 24.522 que tiene un amplio plazo prescriptivo y que permite declarar la ineficacia de actos jurídicos con una retroacción mayor a los dos años.

Cabe tener en cuenta, para apreciar la severidad del sistema que, en principio, se debería considerar dolosa la actuación decidida en un contrato de sindicación de accionistas si el desvío del interés de la fallida surgiera de una cláusula del mismo.

Igualmente, creo que en principio -*salvo circunstancias especiales que cabría analizar*- se debería considerar dolosa la actitud **de quien hiciera posible la actuación torpe de la fallida** mediante su voto, apoyando una decisión tomada en una asamblea de accionistas de la sociedad controlante o en la de una sociedad controlada que fuera utilizada por la controlante para ejercer indirectamente el control sobre la fallida. No quiero ser categórico en este punto, porque estimo imprescindible analizar *cada supuesto*, ya que en algunas ocasiones, se podría considerar que la sola circunstancia de votar favorablemente una decisión nociva, no fuera suficiente como "para hacer posible" la actuación torpe o como para que la conducta del socio o controlante fuera considerada culpable.

En consecuencia de lo expuesto, tanto en el ámbito societario como en el falencial, se debe considerar que *los socios de la controlante* y los de la sociedad controlada en primer término que es utilizada por la controlante para dominar a la segunda controlada-fallida, son directamente responsables. Si su conducta es dolosa y se declarara la

quiebra, se aplicarían, además, las reglas de los arts. 173 y 174 de la ley 24.522.-

En caso de que existiera un conjunto de personas que actuando colectivamente controlara *externamente* a la sociedad controlada, aún sin ser socios de la misma, cada uno de ellos, siempre y cuando hubiera hecho posible la actuación torpe de la fallida, sería ilimitada y solidariamente responsable.-

En consecuencia, si no se pudiera demostrar que el socio o el controlante tuvo una conducta que hubiera tenido incidencia en la concreción de la conducta reprochada, quedaría libre de toda responsabilización.

Existe formalmente una suerte de “sucesión de controles” cuando una controlante ejerce su mando a través de otra sociedad controlada. Objetivamente, ésta, habría actuado “también” controlando a la fallida.

A los efectos de la responsabilidad, considero que se deben calificar *también* como controlantes, a los socios de la sociedad que llevan a cabo el control abusivo, siempre y cuando hubieran hecho posible que el mismo se concretara. Esto debe ser así, independientemente de que los socios fueran personas físicas o jurídicas porque a los efectos de la responsabilidad, no sería aceptable que el control solamente quedara restringido a relaciones entre sociedades como describe el art. 33 de la ley 19.550.- La responsabilidad directa de los socios de la controlante (no solamente la responsabilidad de los de la controlada, que menciona expresamente el art. 54 apartado tercero L.S.), surge claramente de lo que se podría llamar “**una doble instancia de inoponibilidad**”. *Avala esta interpretación lo dispuesto en el art. 161 inciso segundo de la ley concursal, en base al cual se debe entender por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; 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.*

En base a lo dicho, los socios de la controlante que posibilitaran la actuación torpe de la controlada, también deben quedar involucrados en base a la disposición citada y también por la normativa prevista en el art. 54 tercer apartado de la Ley de sociedades, concatenándolas en el caso de quiebra, con las normas de

los arts. 173 y 174 o 175 y siguientes, según corresponda, o sea si se tratara o no de conductas dolosas.

La sociedad controlante y los socios de la controlada, de esto no cabe duda, quedan obligados por las normas mencionadas.

No se debe ignorar que, en definitiva, la sociedad controlante, es utilizada por un grupo de socios "que a su vez la dominan" mediante el voto, para desviar el interés social de la controlada-fallida. En un sistema armónico, no se debería limitar la responsabilidad a la controlante, ignorando que han sido los socios de la misma, los que escudándose bajo su apariencia han desviado el interés social de la controlada.

En el supuesto de existir un pacto de sindicación de accionistas *de la controlada*, de uso habitual, no caben complicaciones porque todos los sindicados serían socios y sobre los mismos la ley es muy explícita, estableciendo la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos y cada uno de ellos. Si el pacto de sindicación, fuera de los socios de la controlante, según nuestra formulación, en principio, éstos *también* podrían ser responsabilizados.

Lo que agrava la situación de los socios, en el pacto de sindicación de accionistas, es que si la conducta antijurídica hubiera sido explícitamente consensuada, la responsabilidad de los sindicados se podría calificar de dolosa, con las graves consecuencias indicadas en los arts. 173 y 174 de la ley 24.522 ⁽²⁾. *Concluimos entonces, que pueden ser responsabilizados los socios de la sociedad controlante o los de la segunda sociedad controlada utilizada como instrumento para a su vez, controlar a la firma que resultara primero controlada.*

Si se tratara de una actuación de varias personas que ejercieran conjuntamente un control *externo*, o sea sin ser socias de ninguna sociedad controlante ni de ninguna controlada, en su calidad de co-controlantes, deberían todos y cada uno de ellos, ser responsabilizados ilimitada y solidariamente.

(2) Esto se explica con respecto a la extensión de la quiebra, en el artículo de los Dres. Cúneo Libarona, Mariano y Martorell, Ernesto E., "Problemática concursal-penal. Quiebra de una sociedad dominada a través de un pacto de sindicación de acciones. Responsabilidades comerciales y penales", L.L.1998-C, 1277.

En el art. 54 apartado tercero no se hace expresa referencia a la responsabilidad de las personas que sin ser socias de la controlada-fallida, compusieran un “grupo de sujetos que *“externa e indirectamente”* resultara controlante”.

Desde luego, cabría descartar que se generara responsabilidad, si el grupo de personas “controlante externo” en su conjunto, no hubiera contribuido a hacer posible la actuación torpe.

En virtud de lo expuesto, *todos y cada uno de los integrantes de un grupo* de personas no socias de la controlada, que actuando en la misma dirección ejerciera el control de la misma, sea directamente o a través de una segunda controlada o directamente a través de la sociedad controlante y que abusando del citado control hubiera desviado el interés social de la fallida, debe quedar responsabilizado ilimitada y solidariamente.

Tanto la ley societaria, como la concursal contemplan la posibilidad de que el control sea realizado en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada.- Por tanto, las personas socias de la controlante, que deciden su actuación y que la utilizan como instrumento para controlar a una sociedad, se pueden calificar de controlantes indirectos o bien de socios de una sociedad que ha tenido una actuación torpe por haber desviado el interés social de otra y por tanto, se podría demandar directamente además de a la sociedad controlante, también a los socios que han predeterminado su actuación y en el caso de quiebra de la controlante, se podría extender la misma a los socios de ésta.

Se puede concluir, por tanto, que los integrantes de un grupo de personas controlante “externo”, o los socios de una sociedad controlante en el supuesto de los tres apartados del art. 54 L.S. (el art. 54 de la L.S., pareciera referirse sólo a los de la controlada-deudora), cuando lo que se inicia es una acción de responsabilidad (según art. 54 L.S. y en caso de quiebra, adicionando la normativa prevista en el art. 173 ley 24.522 si es dolosa o en el art. 175 24.522, si es la común que se puede dar fuera del plano concursal) son todos y cada uno de ellos, ilimitada y solidariamente responsables por los perjuicios causados, *hasta el límite fijado por el quantum de los mismos* (no hablamos del supuesto de extensión de la quiebra, tema no analizado en esta ponencia).-

Reiteramos, podrían ser demandados junto a la sociedad controlante, invocándose por segunda vez, la normativa del art. 54 apartado tercero L.S.

Acreditado que fuera que un grupo de personas se hubiera escudado bajo la personalidad de la controlante desviando el interés social de la controlada, todos y cada uno de ellos (si hubieran hecho posible la actuación torpe en el caso del apartado tercero del art. 54 L.S., o fueran de alguna manera culpables en los otros dos apartados) serían ilimitada y solidariamente responsables del daño causado.

Sería una especie de segunda fase de la inoponibilidad jurídica, ya prevista en la ley al entender que el control se puede ejercer directamente o a través de otra sociedad a la vez controlada. Esta afirmación, se infiere no solamente de la norma contenida en el inciso segundo sub-inciso b del art. 161, sino del mismo Artículo 33 de la ley de sociedades que reza *“Se consideran sociedades controladas aquéllas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada...”*.

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

Habida cuenta de que existe la posibilidad de que reciba sanción legislativa el Proyecto 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 solidaridad frente a los terceros, como lo explicamos más abajo y lo fundamos 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. rige la solidaridad (aún según el Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades creada por la resolución MJDH N° 112/02 que fuera remitido en abril de 2005 al Ministro de Justicia y se encuentra en trámite parlamentario que reza "**la solidaridad rige entre los que sean declarados responsables**").

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 y a los controlantes 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 derivado del art. 254 L.S., que prácticamente no existen antecedentes de su aplicación.

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. Si bien considero que se debe seguir igual criterio con los administradores de los otros tipos societarios (*por ejemplo los de una sociedad colectiva que no fueran socios*) en esta ponencia, nos limitaremos a los socios y a los controlantes.

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 conducta 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."

Finalmente, en una postura mucho más ambiciosa cuyo análisis dejo para otra ocasión, debo decir que creo necesario armonizar *todo el sistema jurídico*, extendiendo al mismo la solución del art. 157 L.S. Pienso que si esto no es aceptado, resultaría ilógico e injusto que siguieran existiendo las potestades del juez sólo para el caso de la gerencia no colegiada.