

PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY 19.551 ART. 165 INC. 2.

Julio C. Otaegui

La caracterización de controlante en la ley 19.551 art. 165 inc. 2.

La redacción actual de dicha norma es ambigua y ello crea inseguridad jurídica.

Por ello debe aclararse.

Se propone que se cifia al supuesto del controlante interno de derecho que ejerce un control parcial.

I. LA CARACTERIZACION DE CONTROLANTE EN LA L.S. ARTS. 54 Y 33

La L.S. arts. 33 y 54 regula a la caracterización del control y a las consecuencias de su ejercicio torpe.

Otro tanto hace la L.C. art. 165 aunque con criterios, fines y consecuencias diferentes.

La L.S. art. 33 caracteriza al control cuando es ejercido por una sociedad en un grupo societario pero obviamente sus pautas son aplicables (C.Com. Título Preliminar regla I, art. 207, C.C. art. 16) cuando el control es ejercido por una o varias personas de existencia visible sobre una sola sociedad sin configurar un grupo societario o sobre varias sociedades configurando un grupo societario sin sociedad matriz o sea un grupo societario personal.

La L.S. art. 33 prevé 4 tipos de control:

1) El control interno o participacional de derecho que además es un control parcial (L.S. art. 33 inc. 1).

Es un control interno o participacional porque se ejerce mediante el voto de participaciones sociales.

Es un control de derecho porque el controlante es titular de tenencias accionarias que configuran el quórum y la mayoría con sus propios acciones sin necesidad de contar con tenencias accionarias ajenas (v.g. mediante la obtención

de poderes) o con el ausentismo asambleario de otros accionistas.

Esta nota no resulta directamente del texto del inciso pues éste no aclara si la tenencia accionaria determinante del control debe ser autosuficiente (control interno de derecho) o no (control interno de hecho), cuestión esta que motivó opiniones divergentes bajo la vigencia del texto original de la L.S. art. 33 anterior a su reforma por la ley 22.903.

Esta nota resulta a contrario dada la L.S. art. 33 inc. 2 parte primera también referida al control interno o participacional en términos que permiten inferir que se trata de un control de hecho, siendo obvio que la L.S. art. 33 inc. 1 ha de referirse a un presupuesto diferente.

Es un control parcial pues basta con que se ejerza sobre la asamblea ordinaria. Sería total si para configurarse requiriera la prevaencia tanto en la asamblea ordinaria como en la extraordinaria lo que así es en la L.S. art. 308.

La limitación a la asamblea ordinaria es razonable pues el control es un poder de decisión indirecto sobre la gestión de un patrimonio societario en virtud de la influencia ejercida sobre los administradores de la sociedad y es la asamblea ordinaria la que nombra, remunera, responsabiliza y remueve a los administradores.

La L.S. prescribe normas concernientes al control grupal y entre ellas la exposición del control en los estados contables (L.S. arts. 63-1-b, 63-2-I-a, 64-I-b-8, 65-1-g, 65-2-c, 66-6) regla que debe ser cumplida por todas las controlantes, controladas y vinculadas pero para la sociedad controlante de la L.S. art. 33 inc. 1 añade la carga de presentar estados contables consolidados (L.S. art. 62).

2) El control interno o participacional de hecho (L.S. art. 33 inc. 2 parte primera).

Es de hecho porque el controlante no dispone per se del quórum y la mayoría sino que los logra mediante la captación del voto ajeno o dado el ausentismo asambleario.

No dice el texto si es un control parcial (sólo sobre la asamblea ordinaria) o total (en la ordinaria y en la extraordinaria), pero por congruencia con la L.S. art. 33 inc. 1 cabe afirmar que se trata de un control parcial.

3) El control externo o vincular ejercido no en virtud de participaciones sociales sino por vínculos extrasocietarios contractuales o no (L.S. art. 33 inc. 2 parte segunda).

4) El control indirecto ejercido por una sociedad controlante mediante otra sociedad controlada subcontrolada sobre una sociedad subcontrolada (L.S. art. 33 párrafo primero).

Estas formas de control son lícitas y la L.S. sólo reprime su ejercicio torpe.

La L.S. no admite como lícito al control externo de derecho válido v.g. en los ordenamientos alemán y brasileño.

La L.S. art. 54 configura dos formas de ejercicio torpe del control.

La primera es el ejercicio torpe por dolo o culpa del controlante en daño del patrimonio de la sociedad controlada (L.S. art. 54 parte primera) de la que resulta una responsabilidad resarcitoria.

Respecto de la responsabilidad del director se sostiene mayoritariamente que es contractual respecto de la sociedad y los accionistas dada la aceptación voluntaria del cargo, y extracontractual respecto de terceros aunque minoritariamente se arguye que siempre es una responsabilidad extracontractual por desempeñar una función (arg. C.C. art. 1112).

El controlante no tiene obligaciones de carácter contractual respecto de la sociedad o de los accionistas y por lo tanto su responsabilidad es extracontractual respecto de la sociedad y de los accionistas como así obviamente respecto de terceros.

Por ello el dolo y la culpa previstos por la L.S. art. 54 parte primera son los mencionados en el C.Civil arts. 1072 y 1109 los que generan una responsabilidad subjetiva.

Dado que tal responsabilidad lleva a la reparación del perjuicio causado al patrimonio social, la acción pertinente es una acción social de responsabilidad.

Tal acción puede promoverse ut universi mediante decisión asamblearia o ut singuli por cualquier accionista tras una decisión adversa de la asamblea.

Cualquier accionista está legitimado pues cabe la aplicación analógica de la L.S. art. 275 y en el caso no se trata de la gestión del director susceptible del quibus mayoritario.

La responsabilidad impuesta al controlante es la misma que la atribuida al socio en el texto original de la L.S. art. 54 y reproduce una clásica solución del derecho como resulta del C.Civil art. 1725 y su nota.

La otra forma del ejercicio torpe del control reprimida por la L.S. art. 54 es la que consiste en la utilización de la personalidad societaria en perjuicio de terceros (L.S. art. 54 parte final).

La torpeza finca en la recurrencia a la simulación ilícita (C.Civ. art. 957: "la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios"), al abuso de derecho (C.Civ. art. 1071: "... que ... constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe") o al fraude (C.Civ. art. 961: "... que ... constituya un mero recurso para ... frustrar derechos de terceros").

Se trata como se advierte de vicios que afectan a la causa-fin del negocio jurídico.

Es una responsabilidad subjetiva ("La actuación de la sociedad ... se imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posible") dolosa (C.Civ. art. 1072) o culposa (C.Civil art. 1109).

No es una responsabilidad de garantía como es la de la persona jurídica respecto de sus funcionarios (C.Civ. art. 43) o la del principal respecto del dependiente (C.Civ. art. 1113).

La responsabilidad de garantía parte del supuesto de un ilícito extracontractual cometido por un tercero debiendo cargar con la indemnización tanto el damnificado como su garante ello sin mengua de que en ciertos casos se admita la excusación del garante (C.Civ. arts. 1116/7) y en otros no (C.Civ. arts. 1118/1119).

Con todo es de notar que la responsabilidad de garantía puede demandarse del garante sin demandar al autor del hecho ilícito (C.Civ. art. 1122).

La responsabilidad del controlante torpe es una responsabilidad subjetiva o personal que no parte del presupuesto de un ilícito contractual cometido por la controlada, sino de su propia inconducta.

Resulta claro que quien demanda al controlante torpe conforme a la L.S. art. 54 parte segunda a fin de que responda por la actuación de la controlada y por los daños y perjuicios, puede o no demandar a la controlada para que ésta responda por su propia actuación.

Una cuestión distinta es que deba probar la actuación de la controlada y que además deba probar la torpeza del controlante.

Las consecuencias de la L.S. art. 54 parte segunda dividen como es sabido a la doctrina pues hay quienes entienden que el controlante torpe responde por la actuación de la controlada y por los daños y perjuicios causados por su torpeza y hay quienes afirman que el controlante torpe sólo responde por los daños y perjuicios.

Compartimos el primer criterio porque así lo dice la ley (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) y porque es él que más concuerda con la doctrina de la desestimación de la personalidad prevaleciente en el derecho comparado y aplicada en nuestro medio con anterioridad a la vigencia de la L.S. art. 54 parte segunda y conforme a soluciones del C.Civil no derogadas (*minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*). Sin mengua de ello se hace presente que importante doctrina afirma que la L.S. art. 54 parte segunda no conduce a la desestimación de la personalidad societaria sino a la alteración de las reglas del tipo.

II. CARACTERIZACION DEL CONTROLANTE EN LA L.C. ART. 165

De los tres supuestos de extensión de la quiebra previstos en la L.C. art. 165 hacen a la caracterización del controlante el inciso 1 y el inciso 2.

El inciso 3 es en principio ajeno a la cuestión pues se sustenta en la confusión patrimonial.

II-A. La L.C. art. 165 inc. 1

La L.C. art. 165 inc. 1 no se refiere explícitamente al controlante porque la norma a diferencia de su texto anterior a la reforma de la ley 22.917, se aplica a cualquier persona y no solamente a una sociedad.

Empero cuando se trata de la quiebra de una sociedad la regla es aplicable al controlante porque el dueño del negocio en una sociedad es en definitiva el controlante dado que forma la voluntad social (L.S. art. 33 inc. 1) o ejerce una influencia dominante (L.S. art. 33 inc. 2).

Dado que la L.C. art. 165 inc. 2 también se refiere al controlante torpe corresponde delimitar el campo de aplicación de ambos incisos.

La L.C. art. 165 inc. 1 se aplica a casos en que el controlante torpe actuando como dueño del negocio torpe ha utilizado la personalidad de la sociedad controlada en perjuicio de terceros. Desde este punto de vista guarda similitud con la L.S. art. 54 parte segunda.

La L.C. art. 165 inc. 2 se aplica a casos en que el controlante torpe ha dañado al patrimonio de la sociedad controlada. Desde este punto de vista guarda similitud con la L.S. art. 54 parte primera.

Respecto a la aplicación de la L.C. art. 165 inc. 1 al controlante cabe señalar que:

1) No está definida la caracterización de controlante como en el caso de la L.C. art. 165 inc. 2 y en el supuesto de la L.S. art. 33 aplicable a la L.S. art. 54.

Empero por analogía (C.Civ. art. 16) es de sostener que es controlante toda persona que directamente o por intermedio de una sociedad forme la voluntad social de la controlada (L.S. art. 33 inc. 1) o ejerza una influencia dominante sobre la misma (L.S. art. 33 inc. 2).

Dicho controlante debe actuar como un dueño de negocio torpe (L.C. art. 165 inc. 1).

2) La conducta torpe en la L.C. art. 165 inc. 1 implica la utilización impropia de la personalidad jurídica de la sociedad dominada tal como en la L.S. art. 54 parte segunda.

Empero en la L.C. art. 165 inc. 1 los recaudos son más severos pues se requiere la coexistencia de simulación ilícita (C.Civ. art. 957: *La quiebra se extiende a toda persona que bajo la apariencia de la actuación de la fallida*), el abuso de derecho (C.Civ. art. 1071: *...ha efectuado los actos en su interés personal*) y el fraude (arg. C.Civ. art. 961: *...y dispuesto de los bienes como si fueran propios en fraude a sus acreedores*).

Diversamente en la L.S. art. 54 parte segunda se requiere simulación ilícita o abuso de derecho o fraude no en forma conjunta sino alternativa.

La mayor severidad de los recaudos de la L.C. art. 165 inc. 1 es explicable por la mayor gravedad de las consecuencias de la extensión de quiebra cotejada con la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

3) Los perjudicados por la utilización impropia de la personalidad jurídica de la controlada fallida, podrán verificar sus créditos emergentes de la actuación de la controlada fallida imputable al controlante torpe y de los daños emergentes de la actuación del controlante torpe (L.S. art. 54 parte segunda) en la quiebra dependiente del controlante torpe (L.C. arts. 33, 194).

Ello sin perjuicio de verificar en la quiebra de la controlada fallida los créditos emergentes de la actuación de la misma (L.C. arts. 33, 194) aunque con sujeción a las reglas del C.Civil art. 689 y a la aplicación analógica (C.Civ. art. 16) de la L.C. art. 139.

II-B. La L.C. art. 165 inc. 2

La L.C. art. 165 inc. 2 a y b caracteriza al control tal como lo hacía la L.S. art. 33 en su primer texto con lo que replantea los problemas suscitados por aquella regla pues resulta ambiguo si se refiere sólo al control de derecho o también al de hecho y si se configura con el control sobre la asamblea ordinaria vale decir un control parcial, o si su tipificación requiere además el control sobre la asamblea extraordinaria vale decir un control total.

Dado que el carácter excepcional de la extensión de la quiebra en principio habría que entender que se trata de un control interno de derecho o sea que su configuración requiere una tenencia accionaria autosuficiente (*"exceptio est strictissimae interpretationis"*).

Tratándose de un control interno debe entenderse que es un control parcial en la asamblea ordinaria, ello por un principio de congruencia con la L.S. art. 33 inc. 1.

Es de notar que la L.C. art. 165 inc. 2 a y b, caracteriza como controlante a cualquier persona o personas sean o no sociedades, mientras que la L.S. art. 33 se refiere a una sociedad pero debe tenerse en cuenta que la calificación de la L.S. art. 33 debe aplicarse analógicamente (C.Civ. art. 16) a las personas de existencia visible a los efectos de la L.S. art. 54.

En cuanto a la configuración de la torpeza finca en el controlante *"ha desviado indebidamente el interés social de la sociedad controlada sometiéndola a una dirección unificada en interés del controlante o del grupo económico del que forma parte"*.

Al respecto caben las siguientes observaciones:

1) La desviación del interés social de la controlada importa un daño al

patrimonio social motivante de la quiebra de dicha controlada.

2) Los acreedores de la controlada fallida insatisfechos en la quiebra de la misma podrán cobrar en el remanente de la masa del controlante torpe (L.C. art. 165-7) sin que ello esté limitado al monto del daño causado por el controlante torpe.

3) La sindicatura de la controlada fallida podrá verificar en la quiebra dependiente del controlante torpe el monto del daño causado por el controlante torpe a la controlada fallida según la L.S. art. 54 primera parte, pues se trata de una acción social de responsabilidad (arg. L.C. art. 168) que ante la quiebra del responsable requiere verificación (L.C. arts. 33, 194) pero no participará en el fondo común de la L.C. art. 165-7 (L.C. art. 165-9 párrafo segundo).

4) Los accionistas y terceros perjudicados podrán verificar en la quiebra dependiente del controlante torpe (L.S. art. 279) todo ello sin perjuicio de la separación de masas (L.C. art. 165-7).

III. CONCLUSIONES

La solución de la extensión de la quiebra es de gravísimas consecuencias por lo que el presupuesto de su aplicación debe ser claro.

En el caso de la L.C. art. 165 inc. 2 el presupuesto de la caracterización del controlante es ambiguo dada la redacción de dicho inciso y su cotejo con el texto original y con el texto actual de la L.S. art. 33.

A ello se suma que la L.C. art. 165 inc. 1 también es aplicable al controlante.

Por ello se propone la modificación del art. 165 inc. 2 respecto de la caracterización del controlante sujeto al supuesto de extensión debiendo limitarse al control interno de derecho en las reuniones sociales o asambleas ordinarias.