

30

(1).-

STUDIO GULMINELLI

CONGRESO NACIONAL DE DERECHO SOCIETARIO DE MENDOZA/

RESPONSABILIDAD SOCIETARIA.

COMISION II .-

AUTOR: DR. RICARDO LUDOVICO GULMINELLI.-

TITULO: "REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS SOCIETARIOS."

" NECESIDAD DE FLEXIBILIZARLO EN BASE A UNA MAYOR SUBJETIVIZACION"

" Y A LA ELIMINACION DE LAS RESPONSABILIDADES OBJETIVAS."

Antes de adentrarnos en el análisis de las cuestiones que forman parte específica del tema en tratamiento, nos hemos preocupado por estructurar algunos principios primordiales, con vista a los cuales hemos tendido nuestras líneas de pensamiento.

La incidencia socio-económica de esta problemática es tan grande que afecta directamente los superiores intereses de cualquier nación, por cuanto compromete el desenvolvimiento comercial e industrial, y por ende el nivel de vida del pueblo.

Las sociedades comerciales, cualquiera sea su denominación, se han constituido en una realidad incontrastable. Algunas de ellas, han trascendido las fronteras de sus países de origen y se han diseminado por el mundo. Como entes generadores de actividad económica, motores de la producción y del intercambio, permiten la creación de mayor cantidad de bienes, y en consecuencia, un más confortable standard de vida. Resulta por lo tanto de vital importancia para cualquier estado, que estos entes sean manejados por personas idóneas, con lo que queremos decir HONESTAS, CAPACES, ESPECIALIZADAS, PROFESIONALES. Estas condiciones son las que posibilitan un adecuado giro empresarial, y las que por lo tanto propenden a crear las condiciones para que el capital privado se encauce hacia la producción, a través de las corporaciones, estableciéndose un mercado de fondos, destinado a producir y no meramente a especular. Sobre el beneficio de tal coyuntura, no hace falta hablarle a los argentinos.

Lamentablemente en nuestro país, la realidad de nuestra que no se ha conseguido, en general, captar la confianza del inversor privado, que solo en mínima proporción se arriesga a realizar operaciones de compra de acciones de empresas privadas. Y existe una larga historia de desaciertos y banoarrotas que da un sólido fundamento a la indicada resistencia de los inversionistas.

El nivel de nuestros ejecutivos, no ha sido todo lo bueno que hubiera sido dable esperar. Y esto se ha constituido en un obstáculo más.

Al preguntarnos cómo superar esta situación, nos cuestionamos también si no tendrá alguna incidencia el actual sistema de responsabilidad. Nosotros contestaríamos que SI. La regulación de la ley 19.550, si bien basa su estructura sobre el concepto de culpa, no permitía distinguir según las circunstancias particulares del caso. Contenia además algunos supuestos de respon-

Dr. Ricardo Ludovico Gulminelli

ABOGADO
1. H. P. 27 Col. Abog. M. DE LA PLATA
F. 56 N.º 400 REG. PROCURADORES DE
LA CAM. DE AP. AC. DE LA PLATA
F. 335 L. XXV C. J. N.
1a. 07 fo. 748

subilidad objetiva de los funcionarios (que subsisten, aún con más gravedad, luego de la reforma de la ley 22.903). La modificación de 1983 ha mejorado la situación, pero sin cambiar las bases de la norma anterior. Esto, a nuestro criterio, se constituye en un factor de presión para los posibles interesados en ocupar funciones societarias, que no desean involucrarse y/o arriesgar su patrimonio, ante la posibilidad de ser responsabilizados ilimitada y solidariamente, aunque su culpa haya sido apenas computable por su levedad, y/o en algunas circunstancias, AUNQUE NO HAYA MEDIDO NEGLIGENCIA DE NINGUN TIPO (arts. 78 y 183 L.S., por ejemplo).-

El resultado es fácilmente apreciable. En gran cantidad de oportunidades, los únicos que aceptan los cargos societarios son los inconcientes, los ignorantes y/o los insolventes (El Dr. Carlos Odriozola en un excelente trabajo, titulado "Reforma del "régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una a "decuada interpretación", publicado en L.L. de marzo de 1982), cita un fallo de la Sala Nac. Com. Sala E, de junio de 1981 (Arroniz o/ Aloázar), dictado en un caso en el cual un síndico de una sociedad anónima debió recurrir a la justicia para que ella designara a quien representara a la sociedad hasta que se regularizara su situación, porque privadamente, nadie quería aceptar el cargo.-

Nuestra opinión se encauza, enfáticamente lo aclaramos, a mejorar el sistema de la responsabilidad, para que opere eficazmente en beneficio de la comunidad toda.

NO ES NUESTRO PROPOSITO RECOMENDAR UN REGIMEN BENIGNO PARA LOS FUNCIONARIOS, no es a ellos a quien deseamos prote-

ger. Simplemente consideramos que los regímenes extremadamente rígidos, no son en la práctica cabalmente aplicables, porque su misma dureza desalienta su efectivización. Y esto es algo que en la realidad se puede advertir, ya que en los repertorios jurisprudenciales, es difícil encontrar fallos sobre acciones de responsabilidad. Y no creemos que esto sea así porque el sistema obra como medicina preventiva. Los desgraciados sucesos que nuestro país vivió en el orden económico financiero, con sonados casos jurisprudenciales de liquidaciones y quiebras, demuestran lo contrario. No creemos tampoco que todos o gran parte de las consecuencias se hayan solucionado extrajudicialmente. Por otra parte, aunque se aplicara estrictamente el régimen sancionatorio, de nada serviría si encontrara destinatarios insolventes. Y esto es lo que además ha pasado en numerosas oportunidades.

La garantía establecida en el art. 256 L.S. generalmente es absolutamente insuficiente y no puede ser dejada a la voluntad de los constituyentes. Debería quizás regularse de modo más completo la forma de remuneración de los funcionarios, asegurando topes mínimos, según los casos.

Por otra parte, siguen sin ser cumplidos los deseos exteriorizados por el maestro Halperín (Sociedades anónimas, Prólogo), cuando decía que "El decreto ley 19.550 exige la implementación de un régimen represivo de las faltas y delitos socie-

(2).-

STUDIO GUMINELLI

"rion, porque las escasas normas del código penal, --no obstante la"
"aparente amplitud del art. 172-- dejan en la impunidad la conduc-"
"ta delictiva de los administradores y controlantes de sociedades".
"Nada se hizo hasta ahora para satisfacer esta necesidad, no obstar-"
"te que es conciencia general que los delitos económicos alcanzan "
"en la sociedad contemporánea la máxima peligrosidad social." Di-
ce luego el maestro, algo que lamentablemente podríamos decir hoy
con total actualidad: "MI PESIMISMO ACERCA DE QUE ALGO SE LOGRE REA-"
LIZAR, HALLA FUNDAMENTOS EN LA PSICOLOGIA E INTERESES DE LOS CIRCU-"
"LOS ECONOMICOS DOMINANTES: CUANTOS DECENIOS HA LLEVADO ESTABLE-"
"CER QUE DEFRAUDAR AL FISCO EN LA LIQUIDACION DE IMPUESTOS ES DELITO?"
"NO POCOS DE NUESTROS EMPRESARIOS Y DE SUS ASESORES ECONOMICOS Y "
"JURIDICOS NO SE HAN CONVENCIDO AUN QUE HA PASADO LA EPOCA DE LOS "
"BARONES SALTEADORES, A QUE SE REFIRIO EL JUSTICE DOUGLAS".

--- Esta carencia normativa, hace que nos propon-
gamos avanzar en el camino de la responsabilidad societaria, ya que
compartiendo la opinión del Dr. Horacio Fargosi "... estamos perma-"
"nentes que es menester un replanteo global del funcionamiento de las"
"empresas y, por consiguiente, DE TODO LO ATINENTE A LA RESPONSA"
"BILIDAD"(Legislación Comentada B.J. 28-83, "Cuestiones prelimina-"
"res sobre la reforma de la ley de sociedades comerciales, p.1791.
El texto en mayúsculas fue agregado por nosotros).-

No se nos ocurre tampoco ni por un instante,
que los terceros tengan que ser relegados en beneficio de los funcio-
narios societarios. Seguimos considerando que aquéllos deben ser
protegidos y reparados los perjuicios que por medio de las socieda-
des se les puedan causar, con la más amplia garantía. Pero que nos
preocupemos por los terceros, no significa admitir que sus pretensi-
ones deben ser amparadas "aún sobre los cadáveres de los funcionarios,"
y cualquiera sean las circunstancias. Y decimos esto porque exis-
te una última razón para considerar que es necesario reformar el ré-
gimen de la responsabilidad: SU INJUSTICIA. Esta causa es la que
nos impulsa primordialmente a proponer un nuevo esquema legal, que
de modo positivo y concreto, se oriente a reducir las posibilidades
de resultados inicuos.

En materia de derecho comercial, y más aún en
el campo societario, es fácil que el especialista caiga en la tenta-
ción del aislamiento. Pensar que el derecho de las sociedades es
una materia quasi-desconectada del ordenamiento jurídico(aunque no
se lo pregone) invocando los originales principios en que se basa y
la seguridad jurídica, resulta comprensible. Pero frente a las nue-
vas corrientes jurisprudenciales, generadas específicamente a partir
de la ley 17.711, reformatoria del C.C., cabe admitir que TODO HA
CAMBIADO. No reconocer esta realidad, sería absurdo y tarde o tem-
prano el que se niegue a aceptarla, será superado por ella.

El desarrollo de nuestra jurisprudencia, y por
ende de nuestro derecho(aunque desde el punto de vista estrictamente
teórico no se lo quiera reconocer), ha sido monumental, hasta el pun-
to de poder afirmar que se ha producido una transformación del siste-
ma general.

Dr. Ricardo Ludovico Guminelli
ABOGADO
L.H.F. 37. COL. ABOG. M. DEL PLATA
FO. 5º H.C. 808 REG. PROCURADORES DE
LA C.A.M. FED. AP. VAC. DE LA PLATA
FO. 235 1º. 1117 C. S. J. N.
To. 5º fo. 748

Esto se nos ha presentado muy claramente al analizar el extraordinario libro del Dr. Juan M. Dobson (El Abuso de la Personalidad Jurídica (en el derecho privado), Ed. Depalma 1985).

Así como en el derecho anglosajón "la equidad" se ubica como "un régimen de vigencia supletorio, con un carácter de integración" "respecto del common law," del mismo modo, nosotros decimos que existen en nuestro sistema, UN CONJUNTO DE NORMAS ESTRUCTURALES, QUE PERMITEN MORIGERAR LA RIGIDEZ NORMATIVA. (Ver obra del Dr. Dobson citada sup. IV. La manifestación transcripta en mayúscula, nos pertenece).-

Aunque seguimos enmarcados en un sistema de origen continental-europeo, de líneas clásicamente normativas, la transformación jurídica que se ha producido en nuestro medio, hace que el encuadramiento no sea absolutamente ajustado y que los matices propios que se han manifestado últimamente, lo caractericen particularmente.

El régimen estructurado en la ley de sociedades ha preocupado y sigue preocupando por su severidad, a los funcionarios que ocupan los cargos de directores, administradores, y síndicos y/o consejeros de vigilancia, según los diferentes tipos societarios.

Mucho se ha escrito sobre el tema, a partir del caso Flaiban (Cám. Nac. de Apel. en lo Com. Sala B), en el cual el Dr. Halperín se muestra partidario de la aplicación de un criterio abstracto en la consideración de la culpa. Se basa el análisis en un modelo preconstituido, prescindiendo de la consideración de las circunstancias personales del sujeto implicado.-

Esta postura, que en cierta forma no parece del todo coherente con el mismo pensamiento del Dr. Halperín, manifestado en su obra, ha sido reiterada por la Cámara Nacional Federal Contencio-administrativa, sala II, en el caso "Lomfina" (E.D.T. 89, p. 300 a 301).-

El Dr. Carlos S. Odrizola, en un destacable trabajo (que ya citáramos anteriormente), ya ponía de manifiesto la importancia del papel de los jueces en esta materia. Piensa Odrizola en el estudio referenciado (L.L. 11-3-82) que no resulta menester una reforma legislativa, la que de ningún modo descarta en la medida que sea prudente. Pero citando a Colmo, opina que el verdadero derecho de un país, está en las manos de los magistrados.

El art. 238 de la ley concursal, exige que para calificar la conducta de los funcionarios societarios, se tome en cuenta la "propia conducta". Se aparta así del rigorismo de la ley de sociedades.

Incluso en el III Congreso Nacional de Derecho Societario, realizado en Salta en Noviembre de 1982, se puso en evidencia la inquietud por "subjetivizar" "y disgregar el campo de la" "responsabilidad". Esto fue sin duda un anticipo de la reforma que luego se plasmará en la ley 22.903.- Esta normativa merece nuestro elogio, por cuanto ha significado un notable avance.- Pero a

ESTUDIO GULMINELLI

(3).-

nuestro criterio, queda mucho camino por recorrer. El mismo Dr. Horacio P. Fargosi, en su trabajo titulado "Cuestiones preliminares" sobre la reforma de la ley de sociedades comerciales" publicado en Legislación Comentada, Bol. 28/83, parece reconocerlo. Dice este jurista: "...no parece que admitir una graduación de la responsabilidad en función de la efectiva participación de los directores en los actos reprochables habida cuenta de la organización o de la estructura implementada, en tanto ella responda a criterios y pautas de razonabilidad y de buena organización, y no supongan delegaciones de funciones preordenadas a eximir o exculpar preventivamente la responsabilidad, SON CRITERIOS QUE AL MENOS NO DEBEN SER DESCARTADOS" (el subrayado y mayúscula nos pertenecen).-

Los conceptos vertidos por el Dr. Fargosi, son de la mayor importancia, teniendo en cuenta su trayectoria y su actuación como legislador. Recomienda también la atención específica a la realidad empresarial, especialmente en sociedades de gran dimensión.-

Ahora bien, siguiendo los lineamientos fundamentales de nuestra jurisprudencia, debemos reconocer que nuestro sistema jurídico, evoluciona "HACIA LA EQUIDAD." Al estudiar los conceptos de "reacission" y de "reformation" (Dobson, ob. cit. p.161), nos damos cuenta con gran claridad de la similitud que existe entre el régimen anglosajón y el nuestro (por supuesto que a un nivel muy general y a título ejemplificador).- Esta aseveración puede escandalizar a muchos, pero es hora de que la aceptemos. Es tiempo de comprender que el principio de seguridad jurídica, se aplica estrictamente dentro del plano ordinario de las situaciones. Pero cuando en éstas se dan circunstancias especiales que afectan el valor equidad o justicia, el Juez RECOMPONE las situaciones y regula sus consecuencias, y nadie puede aducir en contra de esta facultad que se altera el orden jurídico, porque es éste mismo el que ha establecido los "respiraderos" del sistema, que impiden que se produzca la asfixia en determinadas condiciones fáctico-jurídicas.

Se puede argumentar que dejar sometido a la discrecionalidad de los magistrados el uso de estas normas puede ser peligroso. Y ésta es para nosotros una de las causas por las cuales, para algunas instituciones muy especiales, como la que nos ocupa en esta ponencia, resulta CONVENIENTE REGIMENTAR LAS POTESTADES DE LOS MAGISTRADOS, TRAZANDO EL NORTE QUE LAS MISMAS DEBEN CONSIDERAR, MEDIANTE LINEAMIENTOS GENERALES QUE NO CERCENEN SUS POSIBILIDADES, NI LIMITEN EXCESIVAMENTE SU CAMPO DE ACCION.-

Pero la crítica más profunda al sistema, proviene de la estructuración de la base misma del régimen de responsabilidad. Lo inexorable en nuestro orden societario, es que siempre que haya culpa de un funcionario, se genera derivadamente, una responsabilidad. No se atiende en estos supuestos a la situación concreta, más que para determinar si hubo o no culpa. Si la hubo, no le da al juez más remedio que declarar responsable al funcionario. Y la misma sanción le cabe al directivo que obró dolosamente, que al que actuó en forma ligeramente omisiva, si hubo negligencia.

N O estamos de acuerdo por esta razón, con la

Dr. Ricardo Ludovico Gulminelli
ABOGADO
L. II F. 37 - Cof. Abog. M. DEL PLATA
PO. 58 No. 1000 F. G. RUCAROBRE DE
LA CAM. FED. 211144 - BELLA PLATA
Fe. 236 Co. 7103 C. S. M.
Ta. 67 No. 740

postura del Dr. Odriozola, en cuanto a que no resulta necesaria una reforma legislativa (aunque este autor no la descarta).- Y decimos esto, porque el orden actual, le da posibilidades a un juzgador para decir que en determinado caso, NO HUBO CULPA, siquiera leve de un funcionario. Pero si la misma es afirmada, aunque provenga de un plano meramente formal (ej. mal ejercicio del derecho de protesta del art. 274 tercer apartado L.S.), ninguna defensa tiene el funcionario implicado y su situación en lo que hace a la responsabilidad, es idéntica y/o equivalente en lo substancial, a la que le puede caber al directivo que actuara dolosamente.

En virtud de lo expuesto, nosotros afirmamos que no nos basta la amplitud de criterio que el juez puede exhibir para determinar si hubo o no culpa. Deseamos que aún en el supuesto de existir una negligencia, SIEMPRE EL JUZGADOR TENGA LA FACULTAD DE ENMARCARSE EN EL CASO CONCRETO, valorando la totalidad de circunstancias involucradas. Entre éstas, cabe contar la persona del acreedor, el conocimiento de la situación por su parte, la solvencia patrimonial de los implicados, capacidad, profesión, daño producido, Beneficio que pudieran obtener los interesados, incidencia de cada una de las conductas implicadas en el resultado dañoso, etc. etc. Esto es necesario para evitar situaciones inequitativas.

No admitimos la equiparación entre el funcionario gravemente culpable y el que lo es solo en el plano formal. Tampoco aceptamos la equiparación entre el tercero absolutamente inocente y el que sin ser culpable, ha exteriorizado una conducta incompatible con el actuar de buena fe y de algún modo deja de ser un liso y llano "extraño" en el conflicto. Es justamente la gran variedad de posibilidades que pueden darse, la que justifica la amplitud de potestades del magistrado y su función reguladora en el caso concreto.

La ley 22.903 ha incorporado una reforma sustancial en este campo, cuando en el art. 157 se permite al juez fijar la parte que corresponde a cada gerente en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal, cuando una pluralidad de gerentes hayan participado en los mismos hechos generadores de responsabilidad. Esta reforma, permite al magistrado ser el analista en derecho, y también en equidad, de la responsabilidad de los participantes, computando la totalidad de circunstancias particulares. Lamentamos que esta innovación se limite a la gerencia no colegiada (cuando lo es, se aplica el régimen de las sociedades anónimas), y este tema será objeto de una ponencia independiente.-

Siguiendo la orientación de Odriozola, pensamos es necesaria una labor profunda y concienzuda de los jueces. En el actual sistema, no queda otro recurso que extremar la cautela antes de decir que un funcionario ha sido "culpable". Pero deseamos llegar más allá, a una reforma integral, que aunque haya culpabilidad, el juez tenga potestad de graduar frente a terceros la responsabilidad.

Esto no nos debe asombrar, pues en varios arts. de la ley 17.711 se permite esta latitud en las facultades del juez.

Así la noción del "abuso" (art. 1071 C.C.) es contingente y especial, como la del "REAJUSTE EQUITATIVO" --- del art. 954 C.C., el concepto de buena fe del art. 1198 primera parte, etc. y finalmente la potestad de reducir la condena en base a la insuficiencia patrimonial del deudor (art. 1069 in fine del C.C.), y el concepto de "EQUITAD" del art. 907 C.C.

(4).-

ESTUDIO GULMINEL

Los antecedentes franceses de la reforma al art. 157 (que se analizan en otra ponencia), nos ilustran sobre la orientación del legislador que a nuestro criterio, en el caso, QUIEBRAN EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD. Esta revolucionaria modificación, nos parece estupenda, implica un avance trascendente en el régimen de la ley, e indica el camino a seguir en futuras reformas.

Como contrapartida encontramos la limitación de la norma del art. 157 a la gerencia no colegiada, y la subsistencia de responsabilidades de corte objetivo. En cuanto a este punto, demás parecería decir que siendo nuestra idea que hay que subjetivizar el sistema, toda responsabilidad que no se aplique equitativamente a un sujeto culpable, es reprobable. Nos oponemos terminantemente a que un funcionario sea responsabilizado "mientras se" "encuentra internado en terapia intensiva" (caso del art. 78 y 184 de la ley de sociedades).-

SINTESIS DE LA PONENCIA: Es la siguiente:

- 1) El régimen de responsabilidad está relacionado con el adecuado desempeño de las funciones de administración, representación y fiscalización de las sociedades, y éste con el desarrollo socio-económico del país.
- 2) El sistema actual es extremadamente rígido y no permite contemplar las particularidades del caso en lo que a la indemnización se refiere.
- 3) Es menester que a las funciones lleguen los más capaces y honrados. Para ello las personas tienen que saber que solamente serán sancionados por sus faltas particulares y en la medida de la gravedad de éstas.
- 4) El régimen legal es un factor de desaliento para los que estarían en condiciones de ejercer cargos en sociedades.
- 5) Los terceros de buena fe, -- deben ser protegidos prioritariamente. Pero esto no significa que no se tengan en cuenta las contingencias de los casos especiales para fijar la responsabilidad.
- 6) La aplicación en el campo del derecho societario de los principios fundamentales, reglamentados principalmente en la ley 17711, debe ser fecunda.
- 7) Nuestro sistema establece inexorablemente responsabilidad, cuando exista culpa, sea cual fuere su gravedad. En cierto modo equipara al directivo doloso con el culpable.
- 8) Creemos que hay que posibilitar al juez establecer la carga que oca da uno de los participantes en los hechos generadores de daño, debe tener. Quebrar así el principio de solidaridad. Seguir las líneas generales del régimen francés (arts. 52 y 244 de la ley francesa del 24-7-66 modificada el 12-7-67).
- 9) Nos parece adecuada la solución adoptada en el art. 157 L.S. sin limitar la misma al caso de la gerencia/colegiada.
- 10) No pensamos que nuestra propuesta aligerará la carga de deberes de los directivos. Simplemente insuflará una buena dosis de equidad en el sistema. Al ser más realista, éste se aplicará más, cumpliendo la finalidad que ahora no logra por ser ilógicamente rígido.

11) Al proponer que para la aplicación de responsabilidad, tengamos en cuenta la conducta particular de cada uno de los administradores y/o fiscalizadores implicados, NOS ESTAMOS OPONIENDO A TODAS LAS FORMAS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA (arts. 78 y 184 L.S.) QUE PRESCINDEN LISA Y LLANAMENTE DE LA ACTUACION PERSONAL, Y PERMITEN QUE SE RESPONSABILICE UN FUNCIONARIO MIENTRAS ESTA EN TERAPIA INTENSIVA.

12) Finalmente, cabe reflexionar que no se justifica que la revolucionaria reforma de la ley 22.903 al art. 157 L.S. se circunscriba nada más que a la sociedad de responsabilidad limitada, cuando es compatible con los demás tipos societarios. Al menos, aún en la posición asumida por el legislador, con respecto a los de menor complejidad y matiz personalista. No se advierte porqué no establecer un régimen al menos parcialmente unificado. El sistema para la S.R.L. se convierte así en una "isla" dentro del orden societario.

Dr. Ricardo Ludovico Golmanelli

ABOGADO

L. N.º 37 del Abog. del Plata

Fe. N.º 408 REG. PROC. RADOREY/O

LA CAM. FED. AP. AC. DE LA PLATA

Fe. 2951. XXIX C. S. J. N.

ta. de fe. 748