

LA NECESIDAD DE PROTEGER AL CONSUMIDOR, PLANTEO PARTICULAR CON RESPECTO A LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA O DEL DOLO DE LOS SOCIOS O CONTROLANTES QUE HUBIERAN HECHO POSIBLE EL DAÑO, CUANDO SE ENCUENTREN IMPLICADOS GRUPOS SOCIETARIOS

*Ricardo Ludovico Gulminelli
Federico Manuel Alvarez Larrondo*

I. SÍNTEISIS DE LA PONENCIA

Debe privilegiarse la protección de los derechos del consumidor, en base a la legislación que expresamente los contempla y cuyos principios se explicitan en esta ponencia. Si el damnificado adujera la responsabilidad de socios o controlantes en base a la normativa del art. 54 de la ley de sociedades, deberá exigirse a los socios o controlantes que pudieran haber hecho posible el acaecimiento del hecho dañoso que prueben su irresponsabilidad. Esta conclusión, en base a la norma del art. 3ro. de la ley 24.240, los principios de la prueba dinámica, los contenidos en los arts. 42 de la Const. de la Nación y 38 de la Const. de la Pcia. de Buenos Aires y la doctrina aplicable a la norma del art. 54 apartado 3ro. de la ley de sociedades.-

II. FUNDAMENTOS

Para analizar la responsabilidad de los Grupos de Sociedades frente a los consumidores, debemos primero establecer cuales son los factores de atribución invocados, a los fines de responsabilizar a la empresa particular por los daños ocasionados al mismo.

Así, en una primera etapa, podemos distinguir:

A.La responsabilidad del fabricante, la cual puede darse en dos ámbitos:

- 1.El fabricante vendedor directo: En este supuesto, la responsabilidad por los daños ocasionados al consumidor, es de carácter contractual, con fundamento en:
 - a.Responsabilidad por vicios redhibitorios. El consumidor puede reclamar la rescisión y el resarcimiento de los daños (art. 2176).
 - b.El deber de garantía u obligación de seguridad.

(1)Con fundamento en la buena fe negocial (art. 1198 del Código Civil).

(2)Con fundamento en la normativa contractual clásica (arts. 520 y 521 C.C.).

(3)Con fundamento en el artículo 5º de la ley 24.240.

2.Consumidor que adquiere el producto de un tercero que no es el fabricante: En este supuesto, la doctrina se divide entre los que consideran que media en el fabricante una responsabilidad contractual, y entre los que entienden que existe responsabilidad extracontractual.

a.Responsabilidad contractual.

(1) Responsabilidad contractual del fabricante, fundada en la teoría del negocio fiduciario:

(a)Esta corriente recurre a la figura del negocio fiduciario, tomando al fabricante como fiduciante, al intermediario en la cadena como fiduciario, y al consumidor como beneficiario. Crítica: No hay acuerdo escrito, y además, el mismo, de existir, tiene efectos entre las partes, pero no con el beneficiario.

(2)Responsabilidad contractual fundada en la teoría de la cadena ininterrumpida de contratos.

(a)El argumento base de esta corriente, reposa en el hecho de concebir a los distintos contratos como parte integrante de un objetivo globalizante que reposa en la idea de concretar la entrega del producto emanado del fabricante, al consumidor. La crítica radica en el hecho de que entre el productor y el consumidor no existe contrato escrito alguno.

(b)López Cabana sostiene que «No sólo la convención clásica es fuente de obligaciones de índole contractual. También es posible que las condiciones del contrato nazcan de actitudes o conductas de hecho, supuesto en el cual se dice que se ha anudado una relación contractual fáctica». En igual sentido se expide Masnatta.

(c)Se apoya en la realidad fáctica comercial, dada por una cadena ininterrumpida de contratos aunados bajo la publicidad efectuada por el fabricante, y que tiene por objetivo al consumidor. La publicidad importaría el vínculo de conexión entre los extremos de la cadena. Se la descarta atento exhibir falencias normativas, en tanto que el contrato sigue siendo la causa fuente.

(d)»La posibilidad de que pueda demandarse la responsabilidad del fabricante del producto elaborado por quien no contrató con él, se asienta en lo que puede denominarse los deberes del tráfico que vinculan al fabricante con el consumidor mediante la realización de ventas encadenadas, que darían así lugar a obligaciones contractuales de protección, asumidas frente a terceros.(CNCom., sala B, setiembre 25 _ 985. _ Rincón de Avila, Soc. en Com. por Accs. c. Cooper. Argentina, S. A. y otros), LA LEY, 1986_C, 6, con nota de Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz)

(3)Responsabilidad contractual del fabricante fundada en la teoría de la cesión de derechos y acciones (arg. art.1444 C.Civ).

(a)Para esta corriente existe una cesión tácita de derechos y acciones que pudieran corresponder al cedente, en favor del cesionario. El obstáculo radica en la redacción del artículo 1454 del Código Civil, que exige la instrumentación por escrito de cualquier cesión, bajo pena de nulidad.

(4)Responsabilidad contractual del fabricante fundada en la teoría de la acción directa.

(a)Se toma como ejemplo, la acción directa de la que dispone el locador contra el sublocatario (art.1592 C.Civ) y viceversa.

(b)Se le imputa el ser una solución forzada por cuanto el intermediario no tiene ningún crédito contra el fabricante.

(5) Responsabilidad contractual del fabricante fundada en la teoría de la acción subrogatoria.

(a) Se le efectúan los mismos reproches que a la postura anterior: al momento del reclamo no existe ningún crédito del intermediario contra el fabricante.

b. Responsabilidad extracontractual.

(1) Responsabilidad extracontractual fundada en la culpa (art. 1109 Código Civil).

(2) Responsabilidad extracontractual objetiva, fundada en el riesgo creado y riesgo provecho.

(a) Ello en virtud de la dificultad evidente para el simple consumidor para demostrar la culpa del fabricante del producto dañoso (López Cabana y Lloveras). Se propicia entonces objetivar la responsabilidad con fundamento en el hecho de ser el productor el creador del riesgo.

i) Para ello se recurre al artículo 1113 del Código Civil, «riesgo o vicio de la cosa» y allí se plantea la primera objeción: El fabricante no es ni dueño ni guardián, puesto que se desprendió de la titularidad del bien con la primera venta.

ii) Así, sostiene Farina que «el art. 1113 aplicado literalmente, llevaría a convalidar la responsabilidad de quienes no han creado el riesgo -v.gr. el propio dañado/ adquirente del producto- mientras que el que lo creó, quedaría sujeto al 1109.

iii) Aparece entonces una nueva tendencia que sostiene, fundado en un ideal de justicia más que en el texto de la ley, que en este caso importa quien es el dueño o guardián al tiempo de introducir la cosa al mercado.

iv) También se encuentra fundamento en el riesgo de cosas y servicios (art. 6ª ley 24.240).

v) «Dado los modernos procesos de fabricación en forma mecanizada, y en gran parte automatizada, el concepto de acción humana u omisión para fundar la responsabilidad, ha quedado en gran parte desvirtuada, y por ello debe concluirse que corresponde responsabilizar al fabricante con un criterio objetivo, admitiendo desde luego su liberación, mediante la acreditación de supuestos fácticos eximentes, a saber: que los desperfectos fueron debidos al maltrato del usuario o de un tercero por quien el fabricante no está obligado a responder. (CNCom., sala E, agosto 22 _ 986. _ Severino, Carlos O. c. Boris Garfunkel e Hijos), LA LEY, 1986_E, 642.

vi) «En relación a las actividades riesgosas en general, se hallan comprometidas todas las personas que, por haber generado la actividad, introducen en el medio social el riesgo que es anexo a ella y tienen, por tanto, un deber de fiscalización, supervisión y control, para evitar que ese peligro se actualice en daño, sin que interese que obtenga un provecho económico. (TS Córdoba, sala penal, setiembre 3_997. _ Bucheler, Gustavo E. y otro) LLC, 1997_874:

c. Un nuevo argumento:

(1) Responsabilidad directa fundada en la violación de los derechos constitucionales otorgados al consumidor y usuario en la relación de consumo (art. 42 Const. Nacional).

(a) El artículo 42 de la Constitución Nacional en su primer párrafo, establece que: «Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno»(...).

(b) Nuestra norma constitucional ha reconocido expresamente la realidad fáctica a la que nos refiriéramos ut supra, en una de las argumentaciones que intentaban dar sustento a la responsabilidad de tipo contractual del fabricante.

(c) Y ello, en base a que en su texto no se habla ya del acto de consumo, sino de la «relación de consumo», es decir, a un vínculo que conoce dos extremos, el de la producción, y el de la consumición.

(d) Sostiene Richard que «Se concibe así a la «relación de consumo», que engarza a una serie de contratos de colaboración, como una verdadera relación contractual. Parecería que todo está dispuesto para ampliar el concepto de vínculo contractual» (Efraín Hugo Richard, «Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración», en «Los Derechos del Hombre», Coord. Carlos A. Ghersi, Ed. Jcas. Cuyo, 1997).

(e) Así, los derechos del consumidor perduran a lo largo de toda la relación.

(e) Y es en base a ello, que ya no es posible sostener la diferenciación fundada en la vinculación directa o indirecta del fabricante con el consumidor, puesto que de mantenerse la misma, se estaría violando el deber constitucional de dar un tratamiento equitativo al consumidor, entendiendo a la equidad como «Justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva» (Manual Sopena, Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo I, Bs. Aires, 1968).

(f) Nuestra Constitución Nacional no acepta que un consumidor que en la relación de consumo adquiere un bien de manos del productor, se encuentre en una mejor situación jurídica que quien lo hace de manos de un intermediario.

(g) Por ello entendemos que, en base al «in dubio pro consumidor» instaurado en nuestra legislación nacional por la ley 24.240 (art.3^a), a la equidad en el trato para con el destinatario final del producto que establece nuestra Constitución Nacional, y a la incorporación de la idea de «relación de consumo» como abarcativa de la realidad comercial, el quebrantamiento de los derechos otorgados por nuestra Carta Magna, generará responsabilidad directa de todos los participantes en la cadena de comercialización.

B. Una segunda situación es la que nos presentan los contratos de franquicia, de licencia de marca y de outsourcing. Aquí los factores atributivos de responsabilidad se asientan sobre las siguientes teorías:

1. La teoría de la apariencia o de la generación de confianza.

a. Esta misma teoría ya era utilizada a fines de la década de los años 80', para fundar la obligación del oferente por las precisiones realizadas a través de las técnicas de información y publicidad, las cuales se pregonaba, le eran vinculantes «por la generación de confianza que implican» (Augusto M. Morello.- Rubén S. Stiglitz.- Gabriel A. Stiglitz., «Información al Consumidor y contenido del contrato», en Derecho del Consumidor, N° 1, Ed. Juris).-

b. Sobre este punto Celia Weingarten pone de manifiesto una idea que cada vez gana más adeptos dentro del campo de la responsabilidad civil por productos elaborados:

1.»Fabricante aparente. También se incluía como responsable a aquél quien haya puesto la marca en el producto -el productor aparente-, es decir, a aquél que se presenta como fabricante a pesar de no serlo. Esta solución se basa en la idea de que, quien coloca una marca en el producto, genera en el consumidor la creencia de que él es el fabricante y, por lo tanto, garantiza la calidad de lo elaborado, sumado ello al hecho de que muchas veces una de las razones que incide en la elección de un producto es precisamente su marca sobre la cual el adquirente deposita su confianza. Su responsabilidad se fundamenta, por consiguiente, en la apariencia que se crea.

c. Ahora bien, desde el plano jurídico nacional, debemos decir que esta teoría de la apariencia no tiene consagración legislativa expresa, como sí sucede en el Derecho de la mayor parte de los países de la Unión Europea y así lo ha establecido la Directiva de la Comunidad Económica Europea 85/374/CEE, del 25 de Julio de 1985, que en su art. 1° establece que el «productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto» e incluye dentro de ese concepto a «toda persona que se presenta como productor colocando en el producto su nombre, su marca o cualquier signo distintivo»(art.3°, inc. 1).

d.No obstante, pese a haber sido vetado el artículo 40 de la ley 24.240, que repetimos, establecía la responsabilidad solidaria de toda la cadena de comercialización, dicha responsabilidad surge de las normas de fondo.

(a)La mayor parte de la nueva Doctrina nacional (Stiglitz, Pizarro, el propio Alterini, entre otros), entiende aplicable la responsabilidad objetiva surgida del artículo 1113 del C.Civ., fundándolo en la idea de riesgo creado.

(b) Así entonces, sostiene Pizarro: «Estamos convencidos de que el artículo 1113 del Cód. Civil, correctamente interpretado, permite sostener que caen bajo su órbita todos los supuestos de daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada, intervenga o no una cosa. La esencia de la responsabilidad civil que consagra dicha norma está en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste de una cosa. De allí que sus principios sean aplicables por extensión a otros supuestos de riesgo creado (v.gr., actividades riesgosas realizadas sin la intervención de cosas) y a otros posibles sujetos pasivos distintos del dueño y del guardián (v.gr., quien genera, controla, potencia o fiscaliza la actividad riesgosa).

(c)»Quien pone su marca en un producto o en un servicio (defectuoso) realiza una actividad riesgosa y resulta alcanzado por las previsiones del artículo 1113 del Cód. Civil.

(d)»Este razonamiento permite sustentar la responsabilidad del productor aparente de manera específica en la normativa vigente, sin que esto signifique, lo reiteramos, que tal solución sea la ideal(...).

(e)»Se ha objetado la posible aplicación del art. 1113 del C.C. en esta materia afirmándose que el productor aparente no es dueño ni guardián de la cosa, ni realiza una actividad riesgosa ya que no tiene participación activa en el proceso de producción y comercialización: «Sólo se vincula con ese proceso en cuanto ha generado confianza en el público a través del empleo de su marca, y ello resulta razón suficiente para hacerlo responsable. De allí que la atribución de responsabilidad sea derivada de la noción de riesgo provecho, que nutre a su vez la concepción del riesgo de empresa de la doctrina italiana» (Alterini, Atilio, «Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza» en Kemelmajer de Carlucci

(dir)- Parellada (coord.), *Derecho de Daños, Segunda Parte (Homenaje a Félix A. Trigo Represas)*, cit, págs. 546/547).

(f)»La crítica pierde de vista que la colocación de la marca en el producto o servicio se realiza con el consentimiento de su titular, y que tal circunstancia, por sí sola, es suficiente para asignarle una participación en el proceso de producción y comercialización idónea para comprometer objetivamente su responsabilidad civil, en base a los mismos argumentos que alcanzan al fabricante o productor real del bien. La idea de riesgo de la actividad desplegada preside esta conclusión.

(g)»(...)Conforme a este razonamiento, el veto del artículo 40 de la ley 24.240 deviene inoperante, pues, a través de la interpretación flexible del artículo 1113 del Código Civil y del restante plexo normativo que puede complementarlo (deber de seguridad, la generación de confianza como fundamento de responsabilidad objetiva, etcétera), se alcanza el mismo efecto que contempla aquélla norma.

(h)»El productor aparente responde frente al damnificado de manera concurrente con los demás sujetos que intervienen en la cadena de elaboración, distribución y comercialización del producto, sin perjuicio de las acciones de prestación que puedan corresponder entre ellos. La responsabilidad del productor aparente no excluye, de tal modo, la de los otros responsables»(PIZARRO, Ramón Daniel, «Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado», en Bueres - Kemelmajer de Carlucci (directores), *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, (Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini)*, págs.379 y sgtes.

e.Sin perjuicio de lo expuesto por los ilustres autores, consideramos que los mismos, aferrados a la letra del Código Civil, olvidan un argumento de mucho mayor peso como lo es el artículo 42 de la Constitución Nacional y 38 de la Provincia de Buenos Aires.

(1) En una interpretación que nos pertenece, entendemos aplicable al caso bajo análisis, el pasaje de la norma referido al deber de informar adecuada y verazmente.

(2)Si bien la doctrina toda entiende que este deber de información se refiere a un deber accesorio de conducta destinado a facilitar a la contraparte un correcto conocimiento sobre la realidad relevante en la contratación, cuando se explyaya sobre el mismo lo concentra en el deber de anoticiar al consumidor sobre el uso y cuidados que debe guardar al utilizar el producto.

(3)Sin embargo, en nuestra opinión reiteramos, este es el marco ideal para consagrar la responsabilidad del fabricante aparente.

i)Ello en virtud de que, como sostiene nuestra doctrina, la finalidad es la de poner «en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o la inferioridad negocial que se pueda generar en la otra parte si la información no se suministra.

ii)»(...)El deber de informar cumple una misión importante en la protección de los consumidores, hablándose de un derecho a la información cuyo objeto versa, en esencia, sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de negociación y las características de los productos comercializados» (Carriquiri, Ana M.-Díaz Palacios, Eugenia, en GHERSI (dir), «Derechos y Responsabilidades de las Empresas y Consumidores», Ed. Organización Mora Libros).

iii)Y aquí radica el quid de la cuestión, en el «adecuado conocimiento de las condiciones de negociación».

iv) Hoy, el consumidor al contratar la compra de un producto con la marca franquiciante cree contratar con ella; nadie le informa que no es así y que en realidad lo está haciendo con una subcontratista de la cual nada sabe.

v) Es que es innegable que el consumidor hoy, compra un producto guiado por la marca, puesto que la misma transmite seguridad no sólo en cuanto al producto en sí, sino en cuanto a la posibilidad de obtener un resarcimiento efectivo en caso de sufrir daños.

vi) Y el deber de información, obligaría a la empresa concedente del nombre comercial a informar al público, que está contratando con la empresa franquiciada, y no con la franquiciante.

vii) Caso contrario deberá responder por la falta de información atento que el consumidor no tuvo adecuado conocimiento de las condiciones de negociación.

viii) Y para ello, recurramos a las normas de nuestra ley Societaria, cuando en su art. 34, referido al socio aparente, establece: no será reputado socio con respecto a los verdaderos, «pero con relación a los terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare».

ix) Aquí nos enfrentamos a un caso análogo. Concluyendo, con fundamento en la norma constitucional, en base al deber de brindar un trato equitativo y digno, y la obligación de ofrecer una información completa, si no se advirtió al momento de contratar que no se lo hacía con el verdadero titular de la marca, el mismo debe responder.

Y por último, no debemos olvidar que la verdadera razón de ser de estos contratos es la expansión, y por lo tanto, no pueden crecer sin soportar ningún tipo de riesgo.

2. La teoría del control.

En estos tipos de contratos de colaboración con tipicidad social, una parte importante de la doctrina entiende que sólo responde quien haya contratado con el consumidor, salvo que exista control o apariencia de otro frente al mismo. Se entiende por control, con efectos de extender la responsabilidad, el sometimiento de una persona a la que se imponen las decisiones de otras en áreas vitales del funcionamiento de su empresa. (Conclusiones del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, Comisión 3°. “La fragmentación de la responsabilidad frente al consumidor y terceros en los contratos de colaboración” Córdoba, 15 de marzo de 1995.

II.-La necesidad de proteger al consumidor, planteo particular con respecto a la carga de la prueba de la culpa o del dolo de los socios o controlantes que hubieran hecho posible el daño, cuando se encuentren implicados grupos societarios.

A. Cuando se trata de responsabilidad de los socios o controlantes, según la normativa de los apartados primero y segundo del art. 54 de la L.S., nos parece, no cabe duda alguna de que las reglas clásicas del *onus probandi* son enteramente aplicables.

B. Creemos debe ser la misma la regla general en relación a la carga de la prueba en casos de inoponibilidad de la personalidad jurídica.¹ Sin embargo:

¹ Ver Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica, Ricardo Ludovico Gulminelli, Depálma, B.A. noviembre de 1.997, página 213.

1. En el caso, nos encontramos frente a un problema complejo.

2. Por una parte, pareciera que en el caso de la invocación –en general– de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, no existe razón para apartarse de los principios generales: En nuestra opinión, quien solicite que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica debe soportar la carga de la prueba.

3. En este sentido, no estaríamos formulando ninguna novedad, ya que la que indicamos es la regla genérica aplicable en derecho.

4. La ley de sociedades no regula expresamente este problema, debiéndose aplicar, por tanto, las normas generales.

5. En materia de sociedades de objeto lícito pero de actividad ilícita, la norma del art. 19, L.S., indica que el régimen severísimo normado en el art. 18, L.S., no se aplica a los socios que acrediten su buena fe, depositando la carga de la prueba sobre ellos.

6. Una distinta posición, fue la sostenida por el Dr. Daniel Mariano Turrín: En el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa de Huerta Grande, t. II, p. 637, ya que expresó que “la prueba de la existencia y utilización de los atributos de la personalidad queda a cargo de la sociedad comercial que los ostenta cuando se pretende la desestimación de su personalidad”.

7. Oportunamente dijimos, que no compartíamos esta posición que, no obstante, perseguía fines loables, en base a que:

a. La invocación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica no contempla la involucración de la sociedad sino la responsabilidad de socios y controlantes y la atribución a éstos de la actuación de aquélla

b. La responsabilidad de la sociedad está asegurada porque ordinariamente, resulta vinculada por los actos de sus representantes dentro de la órbita objetiva (argumento del art. 58 L.S.).

c. Si la conducta no se pudiera imputar a la sociedad, no existiría ninguna probabilidad de invocar la actuación de la misma para responsabilizar a socios y controlantes y por ende, éstos no tendrían necesidad de ampararse indebidamente en la personalidad jurídica.

d. Que los directivos de la sociedad traten o no de probar el obrar torpe, no puede ser un factor decisivo respecto de la responsabilidad de socios y controlantes. Éstos tienen la posibilidad de ejercer ampliamente su derecho de defensa.

e. Como consecuencia de lo dicho, la sanción de la desestimación de la personalidad jurídica otorgada como la llama el Dr. Turrin, no se dirige a la sociedad sino a los socios y controlantes responsables. La sociedad siempre queda obligada.

f. Quien invoque la inoponibilidad no solamente deberá probar que la conducta atribuible a la sociedad fue torpe. Deberá acreditar además, cuáles fueron los sujetos que hicieron posible esa torpeza. Esto, sin dudas, es lo más difícil.

g. Dentro de este enfoque resulta obvio que los socios y controlantes que puedan verse responsabilizados, tendrán derecho a demostrar que son inocentes.

h. Ni siquiera la afirmación de su culpabilidad, manifestada por la sociedad, podría bastar para obligarlos.

i. De otro modo, después de producido el resultado disvalioso, la sociedad podría involucrar a su antojo a los socios y controlantes que indicara fueron culpables.

j. Al quedar la sociedad originariamente obligada por la actuación que jurídicamente le es atribuible, su responsabilidad estaría en principio garantizada.

k. Para comprometer a otros sujetos (verbigracia, socios y controlantes) que ordinariamente no resultan responsabilizados, obviamente, el demandante deberá acreditar la actuación antijurídica de aquéllos. En el caso, probar la violación de los deberes que surgen del tercer apartado del art. 54 que se constituyen en pautas de conducta que hacen aplicables los arts. 512 y 902 del C.C. y siguiendo la misma línea, el art. 1109 del C.C.

l. Por otra parte, irónicamente, para la sociedad puede resultar beneficioso implicar a socios y controlantes porque la ley le otorga una acción de responsabilidad contra éstos, sin perjuicio de su obligación directa de indemnizar al tercero perjudicado.

ll. El Dr. Julio C. Otaegui ha dicho que «...si se limita la aplicación de la L.S. art. 54 tercer párrafo, al resarcimiento de perjuicios quien invoque la norma deberá acreditar la existencia de un daño y la relación de causalidad entre el hecho antijurídico (el presupuesto fáctico descrito por la L.S., art. 54) y el referido daño, o sea la causación adecuada lo que implica una dificultad.²

m. Igualmente, dice el maestro Otaegui que: «A esto, habría que añadir que la acreditación del perjuicio también requeriría, en ciertos casos, justificar la importancia patrimonial de la sociedad para cumplir los compromisos emergentes de su actuación.

n. No compartimos que sea necesario en algún caso probar la insolvencia de la sociedad, porque la acción de inoponibilidad es directa contra socios y controlantes que hubieran hecho posible la conducta torpe, pues se genera en base a una conducta antijurídica de éstos y por ende, los responsabiliza individualmente.

ñ. El Dr. Rafael M. Manóvil, refiriéndose a los efectos de la inoponibilidad, especialmente a la imputación de la conducta de la sociedad a los socios y controlantes, expresó en el Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario de Huerta Grande de 1.992 que: «imputar es atribuir in totum, responsabilizar podrá tener algunos matices y, sobre todo, tiene el matiz de la necesidad “de conformidad con todo nuestro sistema jurídico en materia de responsabilidad” de probar también el aspecto subjetivo, cosa que el art. 54 no exige en lo más mínimo, se refiere a situaciones objetivas que provocan un daño; por lo tanto, el acto se imputa a un tercero aunque no exista dolo ni culpa; eso es por lo menos el criterio que me interesa, en fin, del que estoy convencido y que me interesa destacar para la discusión futura».

o. Esta construcción, como es fácil imaginar, tiene una innegable trascendencia en materia probatoria. En su oportunidad analizamos esta temática, indicando que nos parecía errónea esta posición porque el presupuesto de la norma es idéntico para los dos efectos previstos por ésta: a) Imputación. b) Responsabilización.³

² Ver Julio C. Otaegui, «Inoponibilidad de la persona jurídica», en «Anomalías Societarias», Ed. Advocatus, p. 102. Este autor cita también a Jorge Bustamante Alsina en su «Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1972, p.74 y a Juan M. Dobson, El abuso de la personalidad jurídica, ps. 625 y 626.

³ El Dr. Rafael Mariano Manóvil cuando criticamos su postura, haciendo uso de su derecho de réplica, manifestó: ¿Como es una réplica, no me voy a referir a todo lo que dijeron los demás ponentes, con los que no estoy cien por cien de acuerdo, pero ya han encauzado muchas de las observaciones. Acepto el reto y lo tomo como tal, no estoy en condiciones de contestarlo exhaustivamente en este momento, sobre lo que dije en cuanto al diferente aspecto subjetivo, respecto al traslado de la imputabilidad o a la extensión de la imputabilidad, con respecto a la aplicación del régimen de la responsabilización. Insisto, no lo puedo explicitar en este momento, pero tengo la impresión o me surgió decirlo así y escribirlo así, en razón de que lo que le

p. Ya hemos manifestado que la base de aplicación del art. 54 apartado tercero de la ley de sociedades está constituida por un presupuesto de antijuridicidad.

q. Por tanto, nos parece claro que el damnificado deberá probar que el socio o controlante, ha hecho posible la actuación torpe de la sociedad.

r. Esto, sin perjuicio de los principios que rigen la prueba dinámica y la consiguiente necesidad de los interesados de obrar con buena fe, absteniéndose de adoptar una actitud excesivamente pasiva en el proceso.

III. Reglas aplicables en materia de carga de la prueba cuando se encuentren en juego los derechos del consumidor.

En este campo, podríamos decir que se torna más complicado dar una solución.

1. Por una parte, se podría decir que no existen motivos para cambiar las normas de juego. O sea, al consumidor le incumbiría la carga de la prueba de que existe un socio o controlante de la sociedad que según las normas aplicables resulta responsable a su respecto.

2. Esta postura, creemos, no contemplaría las particularidades que en el caso concreto se presentan, a saber:

a. Es casi imposible para un consumidor tener conocimiento de las relaciones intrasocietarias que evidencien un control.

b. En el amplio espectro del consumo se dan notas especiales referentes a la condición social, educación, y posibilidades concretas que, indudablemente, podrían llegar a colocar al consumidor en una posición de amplia inferioridad.

3. Es por estas razones que se lo protege constitucionalmente, tanto en la nación como en la provincia de Buenos Aires. (ver normas ya citadas en esta ponencia).

4. Es por estas razones, también, que el vetado art. 40 de la ley 24.240, establecía la responsabilidad solidaria de prácticamente todos los intervinientes en la cadena del consumo.

5. Asimismo, es por idénticos motivos que el Código de Defensa del Consumidor brasileño, art. 28, dice que “El juez puede desconsiderar la personalidad jurídica de la sociedad cuando, en detrimento del consumidor, hubiera abuso de derecho, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito en violación de los estatutos o del contrato social. La desconsideración, también será efectuada cuando hubiera falencia, estado de insolvencia, encerramiento o inactividad de persona jurídica, provocados por mala administración. Las sociedades integrantes de los grupos societarios y las sociedades controladas son subsidiariamente responsables por las obligaciones derivadas de este código. Las sociedades coligadas, sólo responderán por culpa. También podrá ser desconsiderada la persona jurídica siempre que su personalidad fuera, de alguna forma, obstáculo de resarcimiento de perjuicios causados a los consumidores.”

6. Es verdad que en nuestro derecho no tenemos una norma equivalente, pero

interesa a la ley es el dato objetivo. El dato objetivo del cual el sujeto al cual en definitiva se le va a imputar, a lo mejor no es responsable, en los términos en que nosotros hablamos de responsabilidad civil, de acuerdo a nuestra sistemática. Y por otro lado, porque desde el primer día en que salió la ley, la palabra ¿encubrir? nunca consideré que fuera un matiz que añadiera una actuación subjetivamente desfavorable o descalificable, sino simplemente es la descripción de una situación de ocultamiento de algo que está detrás, de algo que no se ve a primera vista pero que no necesariamente tiene la implicancia de estar unida siempre a una situación de dolo o culpa. Pero lo dejo para un futuro análisis mayor. Gracias?.

también es cierto que la Argentina, como país integrante del Mercosur, debería tener en cuenta esta normativa. La misma tiene importancia jurídica, pero fundamentalmente también económica. Esto es así porque no es conveniente que los consumidores de nuestro país queden desguarnecidos frente a los del país vecino, porque se alienta la derivación de bienes de menor calidad hacia nuestro mercado.

7. Es verdad también que en materia de responsabilidad de grupos societarios, nuestro orden jurídico se asienta sobre la noción del desvío del interés social.

8. Este es el principio que sienta claramente la norma del art. 172 de la ley 24.522, así como los arts. 173 y 175 que se refieren a las acciones concursual y subrogatoria de responsabilidad, respectivamente, o el art. 161 que admite la extensión de la quiebra, solamente sobre la base de una conducta disvaliosa. Lo mismo puede decirse, como lo hicieramos más arriba, en relación a la responsabilidad derivada del control abusivo, reflejado fundamentalmente en el art. 54 de la ley 19.550, reformado por la ley 22.903.

9. Siendo las mencionadas, las bases de nuestro sistema legal, es claro que no puede sostenerse que una sociedad controlante responda por el mero hecho de serlo. Más allá de la conveniencia de tal solución que otras legislaciones han aceptado, no es proponible en nuestro derecho.

10. Pero lo que sí se podría hacer, es receptar un criterio más laxo en materia de carga de la prueba. Y esta es la propuesta que entendemos puede efectuarse, habida cuenta de las normativas implicadas.

11. Además de las ya mencionadas, existe otra normativa que consideramos especial, de orden público y apoyada firme, directa y claramente en preceptos constitucionales inequívocos que, sin una regulación especial, se convertirían en postulados vacíos de contenido. Nos referimos al art. 3 de la ley 24.240.

12. El mismo reza: “ Interpretación. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.”

13. Acercándonos a la conclusión, decimos que el consumidor, si se encuentra frente a actos que hicieran presumir que se ha hecho posible la actuación de una sociedad controlada de un grupo societario, podría demandar a los socios y controlantes que considerara responsables. En este caso, haciendo jugar las normas básicas que hemos mencionado, fundamentalmente los preceptos constitucionales y la norma del art. 3ro. de la ley del consumidor, pensamos que la carga de la prueba debe invertirse, o por lo menos, seguirse un criterio más severo a su respecto, de manera de exigir al socio o controlante, la máxima diligencia en el esfuerzo probatorio. Esto, so sanción de aplicar la normativa del art. 3ro. y, por tanto, efectuar una interpretación favorable al consumidor.

14. Si seguimos esta línea de acción, quedaríamos a mitad de camino entre la política legislativa que impone responsabilidad a la controlante por el mero hecho de serlo, y la que exige por parte del demandante, la prueba del desvío del interés social de la controlada.

15. En materia laboral, por ejemplo, existe ya una aproximación en la normativa del art. 31 de la ley de contrato de trabajo que, aunque mencione maniobras fraudulentas, es claro, evidencia un espíritu protectorio del trabajador y de los organismos recaudadores.

16. No vemos por qué, en nuestro caso, cuando encontramos reglas básicas que nos permiten aumentar el grado de protección, apartarnos de una línea de interpretación que favorezca los intereses del más débil frente al que, conociendo el ámbito de la producción o por lo menos estando vinculado al mismo, está en mejores condiciones de acreditar que la actuación de la sociedad no ha sido torpe ni dañosa para los terceros consumidores.

17. Desde luego, postulamos esta solución de lege lata. No obstante, dada la resistencia que ha existido para admitir la amplia responsabilidad frente al consumidor, sería razonable, y seguramente positivo, contemplar la alternativa propuesta para una futura reforma legal.