

CONTROL EXTERNO Y RESPONSABILIDAD

Roberto Sergio Reggiardo¹

Sumario: El control externo es una especie de control societario, y el controlante puede ser persona humana o jurídica. Si en tal carácter provoca daños a la sociedad controlada, deberá resarcirla conforme las normas del derecho común y de acuerdo al art. 54, primer y segundo párrafo de la LGS, y si la actuación encuadra en la inoponibilidad de la personalidad jurídica, se le imputará la actuación de la controlada y deberá resarcir, conformes al art. 54 ter. par. LGS; también por las normas del derecho común, si su acción u omisión permitió o facilitó la producción de daños. No se le puede extender la quiebra por vía del art. 161 inc. 2, pero sí, en caso de que su conducta coincida con la descripta en el inciso 1.

Palabras clave: control societario – externo – responsabilidad – daños – extensión

1- El control societario.

Dado que el “control externo” es una especie del género control, debemos comenzar por definir éste, antes de conceptualizar aquel.

El control societario se da cuando una o más personas jurídicas o humanas tienen poder suficiente como para determinar la voluntad de una sociedad (controlada). No necesariamente implica la inserción de la controlada dentro de un “grupo” societario²

En nuestro derecho positivo, el art. 33 de la Ley de Sociedades (en adelante LGS), parece limitar la calificación de controlante, cuando éste sea “otra” sociedad. En los hechos, en la realidad económica, el o los controlantes, en forma directa o indirecta encontramos personas humanas, por lo que nos resulta incomprensible esa limitación; distinción que es inocua si nos referimos a la responsabilidad del controlante, porque en última instancia, sea persona jurídica o humana, le cabe la aplicación de las normas generales de la responsabilidad por daños del derecho común.

Esta norma permite distinguir el control “interno” del “externo”. El control “interno” es aquel motivado en la posesión de participaciones sociales suficientes como para prevalecer en el órgano de gobierno de la controlada, lo que supone calidad de socio o socios en el o los controlantes. Del “externo” nos ocuparemos en el punto siguiente.

Por su parte, la Ley de Mercado de Capitales, 26.831, limita la configuración de control al “interno”, al definir al controlante (art. 2): “*Controlante, grupo controlante o grupos de control: Personas humanas o jurídicas que posean en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, según el caso, una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este último caso si es en forma estable, les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia.*”. Por otra parte, contiene un concepto distinto, pero que participa del mismo género, control CASI TOTAL: “*ARTICULO 92. — Control casi total. A los efectos de lo dispuesto en el presente capítulo: a) Se entiende que se halla bajo control casi total toda sociedad anónima respecto de la cual otra persona humana o jurídica, ya sea en forma directa o a través de otra u otras sociedades a su vez controladas por ella, sea titular del noventa y cinco por ciento (95%) o más del capital suscripto...*”.

2- Control externo.

¹

² CALCATERRA, Gabriela – ORQUERA, Juan P, “Calificación y regulación de los distintos conceptos...”, en “IV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina”, Corrientes, 1996.

La definición legal reside en el art. 33 citado, inciso 2): “...ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés, **Q** POR LOS ESPECIALES VÍNCULOS EXISTENTES ENTRE LAS SOCIEDADES.”

El control será externo cuando ese poder deviene de relaciones subordinantes, normalmente de naturaleza contractual, sin contar con participaciones sociales que le permitan el control “interno”.

Sebastián Balbín dice que se configura cuando la controlada está sujeta al poder económico de otro sujeto, pese a carecer éste de participaciones sociales que le otorguen votos necesarios para formar la voluntad social de la controlada; y, agrega, que hay una situación de hegemonía tal (ejemplifica con contratos de comercialización) que provoca subordinación o dependencia en aquella³. Otaegui distinguía el control externo de derecho del de hecho⁴

Además de lo que Nissen describe como “influencia dominante” y “subordinación económica”⁵, se requiere que esta situación fáctica sea perdurable en el tiempo⁶. Orlando Muíño prefería llamarlo “de hecho externo”, y decía: “para la procedencia de este supuesto resulta necesario que se genere preordenamiento de la actividad del órgano de gestión de la sociedad controlada en lo concerniente a la actividad principal de su objeto. Además, esta situación fáctica deberá ser duradera y completa, pudiéndose probar por cualquier medio la influencia dominante sobre la administración de la sociedad controlada”.⁶

Es discutible de calificar como interno o externo, el caso del control indirecto (controlante del controlante) si ambos controles son “internos”.

La Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, el 25/02/1999, calificó como controlante externo a la sociedad que coincidía con la otra sociedad co demandada en objeto social, tenían denominaciones similares y vinculaciones por cuantiosas transferencias de fondos (que hacen presumir aportes de capital), elementos todos que consideró encuadraban en el calificativo de “especiales vínculos”⁷

En síntesis: el control externo está dado por “especiales vínculos” entre controlada y controlante, vínculos que son por regla contractuales, como se observa habitualmente en contratos de comercialización (distribución, agencia, concesión, franquicia), suministro (caso de autopartistas con las terminales automotrices), financieros o de provisión de tecnología o de management, con intervención de hecho en la administración de la controlada. etc. Pero el calificativo de “controlador externo” también cabe para socios “ocultos” y administradores de hecho, cuando su voluntad y decisiones son determinantes en la vida social.

Responsabilidad en la LGS

Cuando de responsabilidad hablamos, nos referimos a la responsabilidad por daños regida por lo dispuesto en los arts. 1.078 y 1.780, capítulo “Responsabilidad civil” del CCC, esto es la que genera el deber de resarcir, más allá de considerar su fuente contractual o extra contractual .

Por su parte encontramos en la LGS dos normas, ambas alojadas en su art. 54, que atañen especialmente a responsabilidad de controlantes: en los párrafos primero y segunda la disponen por “daños a la sociedad”, y, en el tercer párrafo, por la imputación y el deber de resarcir propios de la sistemática de la “inoponibilidad de la personalidad jurídica” (imputabilidad aditiva más responsabilidad por daños).

³ “Ley general de sociedades...”, p. 35, Bs. Aires, Cátedra Jurídica, 2022.

⁴ OTAEGUI, Julio C.: “Concentración societaria”, Bs. Aires, Ábaco, 1984. ⁵

NISSEN, Ricardo; “Ley de Sociedades Comerciales”, T I, p. 325

⁵ RICHARD, Efraín H- - MUIÑO, Orlando; Derecho Societario, p. 717.

⁶ “Control interno y externo”, ponencia en “VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Mar del Plata, 1995.

⁷ “La Holando Sudamericana Cía. Argentina de Seguros SA c/ Millon Air y otros...” E.D. 184-448.

Lo primero a destacar es que la normativa no distingue por la clase de control por lo que quedan comprendidos tanto controlantes internos como externos, directos como indirectos, de derecho como de hecho⁸. En cualquier caso, la responsabilidad es “subjetiva”⁹

Responsabilidad SIN desestimación de la personalidad jurídica.

El primer “encuadramiento” consiste en ubicar la cuestión dentro de la amplia temática de la responsabilidad por daños, la que provoca el deber de prevenir y resarcir el daño. En el ordenamiento jurídico argentino contamos con un régimen general de responsabilidad por daños, ahora alojado entre los arts. 1.078 y 1.780 del CCC (Capítulo “Responsabilidad civil”), contando los microsistemas con aplicaciones específicas de aquel régimen, que, lo pueden modificar, por desplazamiento de la ley general (CCC) por la ley especial.

Respecto a socios y controlantes, dice el art. 54, primera parte: *“El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.”*

En Ponencia presentada en el “XII Congreso Argentino de Derecho Concursal – X Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia”¹⁰, concluía que *“A partir de lo dispuesto en el art. 54, primero y segundo párrafo, de la Ley General de Sociedades, el controlante externo de la sociedad fallida que ha provocado daño a la sociedad, debe resarcirla, y el síndico concursal debe promover en su contra la acción correspondiente, que será “social”, si la consideramos comprendida en el art. 175 de la Ley de Concursos y Quiebras, en su defecto, con fundamento en los arts. 107, 109, 110 y 182 de la LCQ.”*

A la responsabilidad prevista en la primera parte del art. 54, se aplican las normas de responsabilidad por daños del derecho común: (i) se trata de daño sufrido por el patrimonio social (no por terceros); (ii) es solidaria entre todos los autores, socios y/o controlantes; (iii) no es compensable con los beneficios proporcionados en otros negocios (si con el mismo negocio, que genera la responsabilidad), lo que se destaca en la problemática de las relaciones “intragrupo”, como bien destaca Manóvil¹²; (iv) si se tratara del empleo de activos sociales en beneficio propio o de terceros (incluidas oportunidades de negocios¹¹), las ganancias resultantes se deberán atribuir a la sociedad, en tanto las pérdidas deberán ser soportadas por el responsable, sin perjuicio del resarcimiento de daños provocados.

Claramente, la norma citada se refiere al controlante externa por relaciones contractuales, al controlante interno indirecto, al socio “oculto”, así como al administrador “de hecho” (si sus decisiones son determinantes en la actividad social), aunque a éste, además, le resulta de aplicación la misma norma atributiva de responsabilidad que al administrador “de derecho” (art.59 y cdtes.)

Nótese que sólo se refiere al daño provocado a la sociedad y, por ende, pasible de la acción social de responsabilidad, pues estaremos hablando de “acción social de responsabilidad” en todos los casos en que el resarcimiento estará destinado a la sociedad, en tanto fue la persona que sufrió el daño, y tal acción esté prevista en la Ley General de Sociedades.

En el fallo citado “supra” de la CAACyC Federal, se dan particularidades, como que se responsabiliza a la supuesta controlada por el incumplimiento de la supuesta controlante, lo que

⁸ MOLINA SANDOVAL, Carlos; “La desestimación de la personalidad jurídica”; p. 111, Bs. Aires, Ábaco, 1998.

⁹ MANÓVIL, Rafael; “Conflictos y grupos de sociedades” en DUPRAT, Diego, dir., “Tratado de los conflictos societarios”, T III, p. 2675, Bs. Aires, Abeledo Perrot, 2013.

¹⁰ Buenos Aires, Octubre de 2.024 ¹²

“op. cit.”, p. 2.686

¹¹ MANÓVIL, “op. cit.”, p. 2.689

motiva la crítica de Carlos Odriozola en el comentario a ese fallo, a lo que agrego que se invoca el art. 54 LGS, en beneficio de un tercero, sin declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica

En “*Interindumentaria S.R.L. s/ quiebra) c/ F.E.E. y otros s/ ordinario*”, la Sindicatura promovió acciones sociales contra socios, administradores y **controlantes** internos y **externos**, acumulando con acción de inoponibilidad contra terceras sociedades del mismo grupo, en forma indiscriminada, imputándoles a socios y controlantes responsabilidad por “infracapitalización” y a los administradores por mala gestión (desaparición de activos y libros, etc.), por la suma total del pasivo de la quiebra. La Sala D de la CNACom., en fecha 04/02/20, consideró que la infracapitalización material produce la insolvencia, pero en la acción social el quantum está dado por el perjuicio a la sociedad, no por el total del pasivo de la quiebra, cuyos montos pueden coincidir o no. Y dijo que hay responsabilidad de los socios de una sociedad “cerrada” por infracapitalización

(incluidos desprendimientos de activos) por vía del art. 54, primer párrafo, y accesoriamente por la desestimación de la personalidad jurídica¹² .

Responsabilidad del controlante externo por vía de desestimación de la personalidad jurídica.

Si el controlante social ha incurrido en las conductas descriptas en el tercer párrafo del art. 54 LGS, será pasible de imputación por las mismas¹³, debiendo en tal caso, además, responder por los daños causados, a la sociedad o a terceros.

Como en los demás casos del art. 54, queda comprendida tanto el control interno como externo, careciendo de importancia que el controlante (responsable) sea persona jurídica o humana¹⁴

Si se admite la desestimación de la personalidad jurídica en caso de “infracapitalización” de la controlada por un contrato de dominación, la imputación aditiva y la responsabilidad por daños alcanzará al controlante externo, pues se trata de un típico supuesto de ese de categoría de control¹⁵.

En realidad, el estado actual de jurisprudencia y doctrina, en supuesto de “infracapitalización”, el controlante externo corre peligro, sea que se recurra a la vía del art. 54 primer párrafo o a la desestimación de la personalidad jurídica, de ser alcanzado por la acción del acreedor, tanto más si el crédito es de naturaleza laboral.¹⁶

Extensión de quiebra:

Por otra en la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCQ) la quiebra de la sociedad fallida se extiende a su controlante que haya desviado el interés social de la controlada “sometiéndola a una dirección unificada”, en interés de la controlada o de su grupo.

En este caso, la extensión afectará al controlante interno, y al indirecto.

El controlante externo no es pasible de extensión, por la vía del art. 161, 2) de la LCQ¹⁷, pero sí, si su conducta encuadra en el inciso 1) del mismo artículo¹⁸.

¹² LL 27/04/20

¹³ GULMINELLI, Ricardo: “Atribución de la actuación de la controlada a la controlante” en “Jornadas Nacionales de derecho Societario en Homenaje al profesor Enrique Butty”, Mar del Plata, 2007.

¹⁴ BARREIRO, Marcelo; “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en DUPRAT, Diego, dir., “Tratado de los conflictos societarios”, T I, p. 189, Bs. Aires, Abeledo Perrot, 2013. MOLINA SANDOVAL, “op. cit.”

¹⁵ BOTTERI, José – COSTE, Diego, en “XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial”, Mar del Plata, 2.008.

¹⁶ ALVAREZ TREMEA, María José, en “XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina”, Santa Fe, 2.009.

¹⁷ VÍTOLO, Daniel, “Concursos de grupos y responsabilidad falencial” en “3er. Seminario Anual de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Mar del Plata, noviembre de 2.002

¹⁸ MOLINA SANDOVAL, Carlos: “Grupos de sociedades: ¿el control externo es presupuesto para la extensión de quiebra?”, E.D. 192664.

Responsabilidad del controlante externo frente a terceros por vínculos, actos o hechos imputables a la controlada, según las normas del derecho común.

Este es un campo amplísimo, cuyo desarrollo excede los límites de este trabajo, pero no debemos dejar de al menos mencionarlo.

Uno de sus temas es la responsabilidad por “apariencia”¹⁹, cuando integrando un grupo identificado con la controlante, los terceros que se vinculan con la controlada “perciben” como que aquella garantiza a esta.

En los autos “C., J. N. c. Guido Guidi S.A. y otro s/ sumarísimo”, la Sala C de la C.N.A.Com., el 09-11-2023²⁰, valoró la *intensa subordinación económica* del concesionario fallido respecto del concedente, calificando la relación de control como “intensa”, frente al reclamo de un consumidor, considerando que hubo abuso por parte del concedente a mantener en vigencia el canal de ventas que le proporcionaba su concesionaria, generando daños a terceros que una diligente actuación suya hubiera podido evitar.

¹⁹ MANÓVIL, “o cit.”, p. 2695

²⁰ E.D., T 306. Cita Digital: ED-V-DXVII-230