

PERSONALIDAD Y RESPONSABILIDAD

Efraín Hugo RICHARD¹

En este **OCTAVO SEMINARIO ANUAL SOBRE ACTUALIZACIÓN, ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA, DOCTRINA Y ESTRATEGIAS SOCIETARIAS –Mar del Plata noviembre 2009-** se nos ha solicitado una intervención referida a fallos seleccionados por Ricardo Nissen para enfrentar el análisis crítico colectivo.

Pidiendo excusas por algunos deslices metodológicos para entregar en tiempo esta contribución, fijamos un postulado inicial para luego desenvolver en tres capítulos la temática que se genera en los aspectos de los fallos que hemos elegido para comentar.

I – INTRODUCCIÓN.

La personalidad jurídica implica un recurso técnico para generar centros de imputación autogestantes, un patrimonio separado para simplificar las relaciones que en relación al mismo se generen, en principio en relaciones externas con terceros, pero también en las relaciones internas.

Una vez que ese centro generó vínculos con terceros se institucionaliza y no puede hacérselo desaparecer –la personalidad jurídica- hasta que se extingan todas las relaciones externas e internas a través de un proceso típico, de liquidación.

Las acciones de “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en cuanto extiendan la imputación –o la responsabilidad- a controlantes, o de responsabilidad de administradores, no afectan la personalidad jurídica.

II – MODALIDAD DE ESTE ENSAYO.

Bajo esos principios abordaremos los fallos en tres apartados o capítulos, divididos de la siguiente manera:

1º. Referencias al multifacético fallo de la Cámara Nacional Comercial, Sala D, de Noviembre 5 de 2008, “SIMANCAS, María Angélica c/ Crosby Ronald y otros sobre ordinario”, con eruditos votos disidentes de los Camaristas Vassallo y Heredia, donde centraremos nuestra atención en expresiones *obiter dictum* en torno a la unipersonalidad devenida en una sociedad y sobre la nulidad absoluta en el derecho societario.

2º Bajo el título PERSONALIDAD JURÍDICA - cuestiones que plantea el artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, se harán referencias a los casos ALVAREZ ANDREA c/ QUINTIERI NORBERTO S.; IGLESIAS LORENZO JORGE c/ TEXTIL IGLESIAS S.A.I.C. Y COMPAÑIA Y OTROS; Merlo Juan M. c/ Ponce Diego M. y otros; GASULLA EDUARDO Y OTRO C/ ALTOS LOS POLVORINES S.A. Y OTROS; Trialmet Sociedad Anónima c/ Destéfano y Feuer Constructora SRL, y Lake Tahoe S.A. s/ Concurso preventivo (incid. de revisión por Textil Iberá S.A.

3º La RESPONSABILIDAD POR INFRAPATRIMONIALIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE HECHO, con referencia al caso Arancibia, Nora c/ Rodríguez, Ricardo Marcos y otro.

¹ Agradeceremos comentarios a ehrichard@arnet.com.ar Otros trabajos puede verse en www.acaderc.org.ar

CAPÍTULO I APOSTILLAS SOBRE UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA Y EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA

I – ADVERTENCIA PREVIA.

Aquí nos referiremos al multifacético fallo de la Cámara Nacional Comercial, Sala D, de Noviembre 5 de 2008, “SIMANCAS, María Angélica contra Crosby Ronald y otros sobre ordinario”, con fundados votos de los Camaristas Vassallo y Heredia, donde centraremos nuestra atención en *obiter dictum* en torno a la unipersonalidad devenida en una sociedad y sobre la nulidad absoluta en el derecho societario.

Apuntamos que el fallo de primera instancia había resuelto la nulidad absoluta de la sociedad por vicios en la constitución, determinando esa causal de disolución y disponiendo la liquidación de la misma. Este aspecto decisorio no fue cuestionado por las partes, pese a exceder la cuestión llevada a juicio, que se agraviaron por aspectos de responsabilidad. La segunda instancia, destacando esa situación determinó un resultado justo –a nuestro criterio-: la reparación del daño causado.

Sobre el punto de la “unipersonalidad” como de la “nulidad absoluta de sociedades” nos hemos referido en ocasión de anterior Seminario en nota “UNIPERSONALIDAD JURÍDICA (En torno a la sociedad de cómodo en etapa constitutiva o en su funcionalidad)². En ambos aspectos mantenemos una posición distinta a la del *obiter dictum*, si bien señalando que en el aspecto de “nulidades absolutas” nuestra posición es sistémica pero no se aparta de los efectos apuntados en el fallo.

1. Recordemos en torno a las relaciones de organización la autonomía de la voluntad para pergeñar relaciones asociativas personificadas o no. Sólo existe cierta limitación de las personificadas por la tipología societaria de segundo grado en cuanto a tipos elegibles y configuración de su organización a través de un Estatuto.

Pero al lado de ese reconocimiento puede advertirse alguna reticencia –territorial y doctrinariamente acotada- en cuanto a las modalidades de la expresión de la autonomía de la voluntad, respecto a un aspecto cuantitativo-cualitativo: la cantidad de personas que deben formalizar esa declaración y el monto de su aporte para generar la concepción jurígena de un nuevo ente.

En materia de sociedades informales –de hecho o irregulares- no hay duda de la necesidad de dos o más personas, en lo que ha dado en llamarse el negocio biplurilateral de constitución de sociedad, elemento cuantitativo que se supera respecto a la unipersonalidad devenida en sociedades típicas, tanto por las normas del art. 94 LS y Dto. 677/01, que expresamente admite la declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente, dentro del régimen de participaciones residuales (art. 28), exceptuándola además, de la aplicabilidad del art. 94, inc. 8 LSC (art. 29)³, tema que no es claro

² En Libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos”, dirigido por Daniel R. Vitolo, Editado por la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Marzo 2006, págs. 19 a 58

³ Sobre el punto puede verse el ilustradísimo libro de MUIÑO, Orlando Manuel “Limitación de responsabilidad y sociedad unipersonal”, Ed. Advocatus, Córdoba 2005, en prensa, y nto. “Las relaciones de organización. El sistema Jurídico del Derecho Privado”, 2ª edición Advocatus, Córdoba 2002, Capítulo V.

en el supuesto del acuerdo concursal heterónimo (art. 48 ley 24522), que hace dubitar en la aplicación lisa y llana de aquella norma.

Quizá lo importante más que determinar si la participación insignificante de una segunda persona implica un negocio indirecto, de una simulación lícita, o de una simulación ilícita, sea el efecto que produce la constatación de relaciones semejantes respecto a la limitación de responsabilidad que genera constituir una sociedad de cierto tipo, particularmente en aplicación del fallo de la CSJN en el caso Palomeque.

Otra cuestión es de Política de Estado, sobre si el accionar debe ser preventivo –como sería conveniente para los delitos contra las personas y que la comunidad no logra reprimir- o cuando se advierte el efecto ilícito. Ello porque es bien claro que una gran cantidad de sociedades de cómodo ningún daño producen, y otras producen estragos (sean o no de cómodo) sin recibir sanción alguna o por lo menos oportuna, advirtiéndose hoy la depredación causada por sociedades en concurso preventivo luego de haber operado muchos años en cesación de pagos, que logran –por diversos medios- homologar acuerdos despojando a los acreedores con la tolerancia judicial⁴, salvo excepcionales casos⁵.

Lo importante es aceptar que las sociedades son un instrumento maravilloso de la organización empresaria, pero que cuando afectan a terceros, más allá del riesgo empresaria, los administradores, los socios y los controlantes deben ser rápida y efectivamente sancionados, como si hubieran lesionado a terceros con un vehículo peligroso, aunque sin afectar por ello los principios de la responsabilidad con base subjetiva.

La forma de evitar que las sociedades se constituyan en un instrumento real –y no presunto- de generar daños, acaecerá cuando el sistema judicial con rapidez extienda la responsabilidad o impute al controlante torpe ante el menor daño generado a terceros –tema también tratado en este Seminario y Comisión. De esta forma se corregirían no sólo los efectos nocivos de las sociedades de cómodo, sino de la infrapatrimonialización, o de desmanejos no constitutivos sino funcionales. Y para ello no hacen falta nuevas normas societarias o concursales.

2. Iniciamos este comentario con el rechazo devenido del dogmatismo conceptual vinculado al significado dado por el común a las palabras. ¿Cómo puede hablarse de sociedad de una sola persona? Claro que desde el mismo punto podríamos decir ¿Cómo es posible que se hable de acuerdo cuando se imputa el mismo a personas que han declarado formalmente su voluntad contraria o no han participado en el mismo, incluso cuando a través del “acuerdo” se las tima? Y sin embargo se habla del acuerdo concursal.

Y ello es correcto, por cuanto el acuerdo se contrapone doctrinariamente al contrato, porque se vincula a un reconocimiento a la decisión mayoritaria de los legitimados a imponerla⁶.

Sociedad se vincula hoy a un sujeto de derecho o sea a una persona jurídica, nacida de un negocio legal –que el negocio sea unipersonal o pluripersonal es un problema de cada legislación-.

⁴ Nto. “Insolvencia Societaria” Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y en libro colectivo “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires abril de 2004, nuestro *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

⁵ Caso *Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash SA s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo promovido por Calcon Construcciones SRL* - CNCOM - 19/05/2005, “La propuesta presentada en autos por la concursada -respecto de los créditos por obligaciones dinerarias- consiste en el pago del 40% de los créditos quirografarios en veinte cuotas iguales anuales y consecutivas; la primera de ellas a los seis años contados desde la homologación del acuerdo. Por ende, el acuerdo comenzaría a cumplirse en seis años y terminaría en veintiséis. No contempla el pago de intereses.” “Opino pues que V.E. debe hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y rechazar la homologación del acuerdo.” (Del dictamen de la Sra. Fiscal General), lo que así acogió la Cámara rechazando la homologación.

⁶ Nto. *LEGITIMACIÓN PARA VOTAR EL ACUERDO CONCURSAL (¿NEGOCIO COLEGIAL COLECTIVO?)* en diario La Ley del 13 de marzo de 2006.

Arranquemos de lo básico: una única persona-sociedad puede dar nacimiento a otra persona-sociedad, rectius: incluso a múltiples personas sociedad, y ello se llama escisión. Son figuras jurídicas con cierta vinculación al diccionario de la lengua. Claro quizá algunos preferirían hablar de clonación...

II – EL FALLO A COMENTAR EN ESTE CAPÍTULO.

1. Con anterioridad –en el artículo referido- habíamos apuntado el llamado caso Fracchia haciendo referencia a ¿Cual es el efecto de una eventual nulidad sobre la relación societaria. O debe sentarse una tesis sobre la inexistencia de sociedad?⁷

2. Ahora lo hacemos en torno al caso “SIMANCAS, María Angélica contra Crosby Ronald y otros sobre ordinario”, donde dos eruditos camaristas trataron importantes temas de la funcionalidad societaria. Nos centraremos en aspectos de la unipersonalidad devenida, descartando hacerlo sobre responsabilidad, y particularmente sobre las obligaciones de los administradores en torno a la contabilidad, tema que debería ser refrescado particularmente en situaciones concursales. Reiteramos nuestra consideración sobre la justicia del decisorio definitivo, que frente a un daño impuso al causante su reparación, con una solución eficiente para dar término a un largo proceso, evitando las dilaciones de una rendición de cuentas, que no siempre es incompatible con la modalidad societaria de formalizar balances, ante especiales situaciones como las del caso.

2.1 El Juez Gerardo G. Vassallo dijo en torno a los aspectos que nos interesan: “...el sentenciante declaró la “...nulidad del acto constitutivo de la entidad 'Caledonia Sociedad Anónima Comercial Industrial y Agropecuaria' con los alcances previstos por los arts. 18 y cc. LSC”... VI. Movidio por el claro propósito de intentar dar finiquito a tan lamentable conflicto, el señor Juez a quo declaró la nulidad del acto constitutivo de Caledonia S.A. y dispuso como consecuencia de ello, la disolución y liquidación de la sociedad.”

2.2. Ya sobre el aspecto de la nulidad absoluta que genera la disolución y liquidación, sigue el fallo: “Así interpretó, como lo hace la doctrina en forma prácticamente pacífica, que este tipo de nulidad societaria, a diferencia del régimen ordinario, carece de efectos retroactivos. Esta particular cualidad tiene por fin esencial el proteger a eventuales terceros que se hubieren vinculado con la sociedad y pudieren ser afectados por su desaparición”.

El voto agrega importantes aportes doctrinarios sobre ese aspecto, a los que se suman los que luego dará el otro voto, por lo que recomendamos su lectura directa en el fallo que, en forma completa, se cumplida en el mismo libro de este Seminario, finalizando: “Resulta muy útil transcribir la tesis de Auletta (“Il contratto di società commerciale”) que Cabanellas refiere como citado por Colombes (“Curso de derecho societario”, página 176). El

⁷ También comentamos tres resoluciones del órgano de contralor que versaban sobre una situación similar o sea de participación irrisoria devenida de un segundo socio, a la que aplican una solución similar que al primer caso –resolución I.G.J n°1364/04 del 25.10.04 recaída en el caso American Screw de Argentina Sociedad Anónima y caso MBI S.A. resolución I.G.J. N° 967-, salvo que la participación irrisoria deviniera del avatar natural de los negocios –caso de la Resolución IGJ n° IGJ n° 618/05, Junio 13 de 2005, en el expediente “Telecom Personal Sociedad Anónima”

primer autor refirió que "Se ha llegado así hace tiempo a una 'communis opinio', tanto más pacífica en cuanto se encuentra casi concordantemente aceptada en la literatura de varios países. **No obstante la nulidad de contrato** -el destacado nos pertenece- resta una comunidad de bienes entre los socios; éstos se dividen el patrimonio social según las normas de la comunión y los aumentos y disminuciones verificados son atribuidos según el valor de las cuotas respectivas" (Cabanellas G., obra citada, RDCO Año 27 -1994-, página 153).-

Se advertirá que nos hemos limitado a transcribir los aspectos de los que resultan que la nulidad absoluta de la sociedad no fue cuestionada ni motivo de apelación, haciendo referencias doctrinarias a los efectos de esa nulidad sobre las sociedades. Hemos eliminado las referencias a responsabilidad, remoción y rendición de cuentas. Adviértase la expresión "No obstante la nulidad del contrato", que hemos destacado.

3. Disintió sobre estos últimos aspectos -que no consideramos- el juez Heredia. Igualmente, de su erudito voto, sólo extraeremos las referencias al punto central de estas apostillas.

Primero lo hace vinculando la nulidad con la aparente, pero inexistente unipersonalidad constitutiva.

3.1. Expresa el distinguido jurista Dr. Heredia "...En tales condiciones, ningún espacio queda para apartarse de lo decidido por la sentencia de primera instancia en cuanto al destino final de Caledonia S.A., o sea, su liquidación entre los socios.-No obstante, me permitiré a continuación hacer una serie de precisiones y comentarios que, si bien no pasarán de reflejar un obiter dictum, no puedo silenciar.-Veamos.- (a) La sentencia apelada juzgó que Caledonia S.A. "...fue creada por el padre del codemandado Crosby con el evidente propósito de sustraer sólo "formalmente" de su patrimonio los bienes que hoy componen el activo de esa sociedad, mas sin pretender realmente a través de ese aporte, la realización de actividades destinadas a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas con personas distintas del propio constituyente..." (fs. 1330). En otras palabras, lo que el fallo de primera instancia entendió acreditado fue que Caledonia S.A. se formó, ab initio, originariamente, como una sociedad aparente, no para dar vida a una verdadera sociedad, sino para mero provecho individual de un sujeto, y sin respeto del requisito atinente a la existencia de una "real" pluralidad de socios o accionistas. De ahí que, en el concepto del fallo, **la nulidad declarada alcanzara al acto constitutivo** -el destacado nos corresponde de Caledonia S.A.- Sin embargo, el detenido examen de la causa demuestra que, en verdad, no existió ninguna constitución con tal alcance y que, por el contrario, existió en el origen de Caledonia S.A. una indiscutible pluralidad de socios o accionistas. Es más: en la constitución de tal sociedad ni siquiera participó el fallecido Kenneth Charles Crosby.- ... En suma, resulta improcedente afirmar que, genéticamente, el acto constitutivo de Caledonia S.A. ha sido "...un acto jurídico que nada tenía de real...", que es, precisamente, lo que califica a la simulación absoluta (art. 956 del Código

Civil). Por el contrario, en su origen, la citada sociedad nació como una persona jurídica diferenciada de sus socios y, en esa medida, no puede decirse que el negocio fue nulo por simulación.- (c) En rigor, a mi modo de ver, **el problema nació con posterioridad**, a partir del momento (temporalmente no esclarecido en autos) en que se verificó la adquisición de la totalidad del paquete accionario por parte del señor Kenneth Charles Crosby; ... En efecto, fue a partir de tal adquisición, necesariamente posterior al acto constitutivo, que el patrimonio propiedad de Caledonia S.A. **y la misma personalidad jurídica de esta última**, pasó al incontrolado señorío del mencionado accionista único (Kenneth Charles Crosby) y, a su muerte, al de su hijo Ronald Kenneth Crosby, sin que tal situación fáctica cambiara, con relación a este último, después de que contrajera nupcias con la actora -a quien le transfirió el 40% del paquete accionario heredado- ya que inclusive durante la vigencia del matrimonio, el citado codemandado continuó de facto controlando unilateralmente la sociedad, a modo de propietario único de ella, según fue puesto de relieve por el juez a quo en su sentencia sin recibir críticas por ello, y según también fue oportunamente reconocido por la colega Sala C de esta Cámara de Apelaciones al fallar el 22/12/1997 los autos "Simancas, María Angélica c/ Crosby, Ronald Kenneth y otro s/ sumario", con voto del juez Caviglione Fraga (reg. en Doctrina Societaria Errepar, n° 131, octubre de 1998, p. 359).-Desde tal perspectiva, el supuesto de autos encaja sin esfuerzo en la hipótesis de concentración de las acciones en una sola mano durante la vida de la sociedad, el cual es conceptualmente distinto del de la sociedad que nace con un solo accionista "real" y otros ficticios (constitución de sociedad "de cómodo"), y ello no sólo ontológicamente, ya que en el último caso hay una sociedad simulada, y en el anterior una simulación en la sociedad (conf. Farina, J., Tratado de Sociedades Comerciales - Parte General, Rosario, 1980, p. 313, n° 289; ... pues en el caso de concentración posterior al acto constitutivo, el acaparamiento ya no tendería a limitar la responsabilidad sino a dar mayor exclusividad de directivas a la gestión de la empresa (conf. Dominedo, F., Le anonime apparenti, Roma, 1931, ps. 14/15, citado por Yadarola, M., El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista, en Homenaje a Yadarola, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. II, p. 371, espec. p. 437).-Ahora bien, aun advertida la diferencia ontológica, de efectos y económica señaladas, el caso sub examine no escapa, en definitiva, a la solución final aprobada por la sentencia apelada -y también consentida por las partes- relativa a la disolución y liquidación de Caledonia S.A., ya que **la desaparición de la pluralidad de socios durante la vida de la sociedad lleva igualmente a ese resultado -destacamos este párrafo, cuya conclusión condicionaremos-**. Y esto último es así, no porque esté involucrado un caso de nulidad, sino porque simplemente lo está uno de disolución societaria expresamente previsto por la ley.- ... **lo cual conduce necesariamente a la disolución del ente, sin pasar por nulidad alguna.**"- Sigue luego una amplia bibliografía. sobre el particular, apuntando: "si la sociedad pasa a tener un único socio durante su existencia y no ingresan nuevos socios en el término previsto por el citado art. 98, inc. 4°, la sociedad se disuelve, y pierde su personalidad al concluir su liquidación; diferencia esta última que es nítida respecto de la sociedad totalmente unipersonal ab initio, en que la sociedad no puede tener

personalidad alguna”⁸.

3.2. Inmediatamente de seguido, el ilustradísimo voto de Heredia sigue en aspectos distintivos, que compartimos, entre los efectos de la nulidad, de la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” y de la mentada unipersonalidad.

Así expresa: “(d) Párrafo aparte merecen las consideraciones del juez a quo referentes a que la solución que propició (nulidad absoluta del acto constitutivo y consiguiente disolución del ente) podría igualmente tener fundamento a la luz de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica y el abuso del derecho (fs. 1338).-Al respecto, cabe observar que la desestimación de la personalidad jurídica societaria no importa un supuesto de nulidad de ella (menos del acto constitutivo), sino de inoponibilidad suya frente a terceros a los efectos de establecer una imputación de actos o responsabilidades a sus socios o controlantes. El del art. 54, segunda parte, de la ley 19.550 no es un caso de nulidad de sociedad. Se trata de un instituto distinto: la desestimación de la personalidad presupone una sociedad válidamente constituida y no implica pérdida de la personalidad, sino solamente la inoponibilidad de ella en casos concretos. **La nulidad, por su parte, implica la existencia de un vicio ab initio en el acto constitutivo y lleva a la liquidación de la sociedad...-expresión que destacamos y compartimos-** .-Asimismo, la desestimación de la personalidad jurídica tampoco da cuenta, por sí mismo, de un caso de disolución de la sociedad”.

3.3. Si bien continuamos interrumpidamente con la parcial transcripción, la separamos pues ingresa en aspecto sobre efectos de la “nulidad absoluta” de sociedades.

Así: “5°) Volviendo al cauce de las cuestiones especialmente propuestas al conocimiento de esta alzada por la única apelación interpuesta, diré que salvo alguna puntual coincidencia (vgr. en cuanto a que el caso no está técnicamente aprehendido por el art. 18 de la ley 19.550), disiento en general con la solución propiciada por el apreciado colega del tribunal, Dr. Vassallo, en su voto.-En tal sentido, no considero que la disolución y liquidación de Caledonia S.A. que ordenó -con carácter hoy firme- la sentencia apelada, constituya, como dice el estimado vocal preopinante, un nuevo escenario frente al cual “...carece de sentido encauzar este reclamo por vía de una acción “social” de responsabilidad intentada por la actora, cuando aquél fallo estableció que no ha existido tal sociedad y los “socios” han aceptado tal conclusión...”; ni comparto la afirmación suya de que la irretroactividad que cabe asignar a la nulidad declarada en primera instancia “...se justifica respecto de terceros que han contratado durante la vigencia del ente, pero no respecto de los accionistas...”.- Ante todo, observo que lo declarado por el juez a quo no fue una declaración de inexistencia, sino de **nulidad del acto constitutivo**” -

⁸ Nos permitimos disentir con la consideración que la sociedad genéticamente unipersonal no puede tener personalidad alguna, pues si actuó como sociedad, generando vínculos frente a terceros el centro imputativo no puede desconocerse. Sobre el punto volveremos al referirnos al fundamento de la personalidad en nuestro derecho.

el destacado nos pertenece-... lo es "...sin mengua de las acciones de indemnización de daños y perjuicios que correspondan a los damnificados directos, a los socios y a la sociedad afectada..." (conf. Otaegui, J., *Invalidez de los actos societarios*, Buenos Aires, 1978, p. 115).-Es que la nulidad no borra responsabilidades, ni podría hacerlo sin herir al mismo tiempo el principio *alterum non laedere*, y menos lo podría hacer retroactivamente, solución que aparece como perfectamente predicable ...". - El señor juez Dieuzeide adhirió al voto y a la opinión vertida por el señor juez Heredia, con lo que así se resolvió el acuerdo.

Coincidimos con dicho efecto, aunque por razones sistémicas expresaremos nuestra diferente opinión, pues las nulidades no afectan a la persona jurídica sino a actos, y en caso de nulidad absoluta los afectan desde siempre.

III - UNIPERSONALIDAD O PLURALIDAD CONSTITUTIVA DE SOCIEDAD Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD⁹

El fundamento del rechazo de inscripción constitutiva y de avatares funcionales en el caso de sociedad ya constituida, responde al criterio explícito del juzgador de que se intenta limitar la responsabilidad a través de esta constitución o mantenimiento de la constitución de la sociedad unipersonal o de cómodo.

Ante la inexistencia de unipersonalidad constitutiva, la sociedad de cómodo (superado el umbral de cada registrador) resuelve la cuestión mientras la doctrina conceptualiza y rechaza semánticamente la solución directa. Las "discrepancias o rechazos conceptuales", sigue iluminando los destellos de erudición y conceptualismo en Congresos y Jornadas, pero mientras tanto el fenómeno de la organización empresarial individual sigue esperando, y es resuelto pragmáticamente, como lo señala lúcidamente el Juez Heredia.

Debemos olvidar el cuestionamiento inútil sobre que todo es un subterfugio del socio único para limitar la responsabilidad, pues si abusa del medio técnico no habrá limitación alguna. Se debe determinar en beneficio de quién se plasma la técnica de la separación patrimonial, que lo es a favor de los terceros como resulta de las consideraciones de ambos votos..

La problemática de la sociedad de un solo socio tiene varios aspectos, y uno de ellos es el régimen aplicable a la sociedad devenida unipersonal.

La noción de contrato¹⁰, o de agrupación de personas como indispensable para la génesis de una sociedad, ha sufrido una profunda alteración con la aceptación de la sociedad de un solo socio, ya receptada en nuestro país con las Sociedades del Estado¹¹ y la escisión¹². La solución tiene una importante recepción en el derecho comparado: la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal es aceptada en Suiza, Austria, Checoslovaquia, Lichstentein, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, siendo lícitas en el derecho inglés para las *Public* y las *Private company*¹³, incluso por las Directivas de la Comunidad Económica Europea. La continuidad de las sociedades devenidas de un sólo socio no esta en discusión¹⁴. En Francia, se admitió la sociedad unipersonal como empresa unipersonal de responsabilidad limitada(E.U.R.L) en la ley

⁹ Mayores referencias a este aspecto y otros subsiguientes pueden verse en nro. *Pluralidad de socios (y cuestiones conexas)* en RDCO 2005-B año 38 págs. 341 a 388.

¹⁰ Cfme. ZANELLI, Enrico *La nozione di oggetto sociale*, Milano 1962, cit. por Roberto Fontanarrosa "Derecho Comercial Argentino" Ed. Zavalía, 1969, t. II nota 63.

¹¹ ley 20705.

¹² De legge lata una sociedad típica, mediante una declaración colegial (unilateral, acto colegial complejo) una persona jurídica sociedad puede escindir su patrimonio generando el nacimiento de una o varias sociedades más, que, a su vez, pueden iniciar su gestión con un único socio.

¹³ SOLA CAÑIZARES *La sociedad en participación* p. 14 y ss..

85.697.- del 11 de julio de 1985, completada por el decreto 86.909 del 30 de julio de 1986. Se trata básicamente de una sociedad de responsabilidad limitada de socio único, que puede resultar, de la estipulación del acto constitutivo de parte de una sola persona o de la reunión en una sola mano de todas las cuotas de una S.R.L.. Este socio único puede ser una persona física o persona jurídica, pero la persona jurídica que constituya una sociedad unipersonal no puede ser a su vez sociedad unipersonal.

Separado el mito dogmático entre el contrato de sociedad y la sociedad sujeto de derecho, no existe obstáculo para reconocer el negocio unilateral en la generación de una sociedad-sujeto, o de una empresa individual dotada de personalidad jurídica, siendo más práctico la constitución de una sociedad, que en algunas legislaciones impone el léxico de “empresa individual” por el dogmatismo de la referencia original al contrato que da nacimiento a la sociedad persona jurídica.. El Juez Heredia señala su opinión favorable.

1. Sociedad devenida de un solo socio.

De todas formas, la sociedad devenida por declaración unilateral de voluntad debe entenderse como un contrato plurilateral abierto para el acceso de nuevos socios.

La concepción dogmática de la necesidad de bidualidad de socios ha sido superada en la funcionalidad societaria, en lo que se ha dado en llamar la “sociedad devenida de un único socio”, que subsiste como tal, sin plazo hasta su liquidación como persona jurídica, como venimos sosteniendo¹⁵. Y este es punto central de nuestras apostillas al fallo en comentario.

2. Limitación de responsabilidad.

Lo que queda afectada es la limitación de responsabilidad, pero ese es otro tema que también cederá cuando hay patrimonio insuficiente¹⁶. O sea que la limitación de responsabilidad cesa no sólo en supuestos en que se acredite la constitución de “sociedad de cómodo” sea por haber traído a un segundo socio simuladamente para limitar la responsabilidad del controlante o por haber resguardado bienes de uno o más socios en una sociedad que no tiene funcionalidad (ni riesgo) mientras el riesgo se hace asumir por otra sociedad, pero también resulta esa responsabilidad de una dotación patrimonial insuficiente¹⁷.

3. ¿Personalidad en beneficio de quién?

No siempre se tiene en cuenta que la operatoria de una sociedad, con su personalidad jurídica, no sólo beneficia al que constituye el nuevo ente, sino a los terceros que se vinculan a la misma –en cuanto la generación de la personalidad se haya formalizado por las vías de adecuada publicidad para evitar la sorpresa de terceros (acreedores individuales de los socios que son subordinados)-.

En efecto, afirmamos que frente a un empresario que desenvuelve varias actividades, es conveniente su separación en beneficio de los acreedores, para que cada uno pueda asumir con responsabilidad el otorgamiento del crédito y asuma las consecuencias –favorables o desfavorables- del desenvolvimiento de la actividad.

¹⁴ BOQUERA MATARREDONA, Josefina *La concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas*, Ed. Tecnos, Madrid 1990.

¹⁵ En libro colectivo “La actuación societaria” Directores Daniel R. Vitolo y Efraín Hugo Richard, Ad Hoc, Buenos Aires 2005, comunicación nta. *Unipersonalidad devenida por resolución. Plazo para incorporar socio y legitimados a pedir disolución conjuntamente con Graciela Haggi*, p. 189.

¹⁶ Nto. *REFORMA CONCURSAL: ¿DE IDEAS O DE NORMAS?* Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, Colombia, Octubre de 2005, en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

¹⁷ Lo que impone que volvamos sobre ello más adelante conectando dos elementos de la generación del ente societario: personas y patrimonio.

La declaración unilateral de voluntad como negocio constitutivo de una sociedad, permite la plurilateralidad devenida sin alterar la naturaleza del medio elegido, cualificando las relaciones internas. Es un acto unilateral de gestación de sociedad-persona, apto y abierto a una posterior relación plurilateral (devenida).

En el debate se confunde personalidad con limitación de responsabilidad, tema afín a cierto derecho comparado, pero ajeno a nuestro sistema, donde la limitación de responsabilidad no es un efecto de la personalidad jurídica sino propio de la tipología del ente personificado.

La creación de un nuevo centro imputativo lo es en seguridad jurídica de los terceros con los que se contrata, o que contratan con ese nuevo centro, persona jurídica, sociedad. *“La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa... La pluralidad -e incluso más: la pluralidad cualificada- de socios constituye una condición de erección de la persona jurídica corporativa, pero no es una condición de subsistencia del ente, que, una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia supraindividual de sus fines (la explotación de una empresa que aspira a conservarse), queda independizado de sus miembros”*¹⁸.

Claro que la cuestión sería muy distinta si se entiende que los que deben ser protegidos son los acreedores individuales del socio controlante o único. Tal punto de vista es apuntado por Mario Rotondi¹⁹ *“...Para la originación de una autonomía patrimonial lo esencial no es tanto la escritura de sociedad como la publicidad de esa escritura. “La escritura no publicada regularmente, sino guardada en los bolsillos de los socios, libres prácticamente de valerse o no de ella, de invocarla o negar su existencia, origina el arbitrio de constituir y resolver una autonomía patrimonial, lo cual constituye un privilegio a favor de algunos acreedores... parece, en verdad, bastante grave que, por efecto de un simple acuerdo ... entre varios sujetos, algunos elementos del patrimonio de éstos pueda separarse del restante y devenir autónomos para garantizar una serie privilegiada de acreedores: aquellos que son tales en virtud de las operaciones sociales”* Al negar este autor no sólo personalidad jurídica, sino autonomía patrimonial a las sociedades irregulares (de hecho, informales, etc.), plantea el problema de la contraposición de intereses entre los acreedores sociales y los acreedores individuales de los socios, que es quiénes hay que proteger principalmente.

Los primeros (los acreedores sociales) pueden, si quieren, conocer la irregularidad acudiendo al Registro mercantil; su ignorancia sólo relativamente puede ser excusada. Los segundos contratan en la más absoluta ignorancia, como es la de quien contrata con un particular en orden a la posibilidad de que sea o vaya a ser miembro de una sociedad irregular. Pues bien, si se admite el principio de la autonomía patrimonial, este inocentísimo y diligentísimo acreedor particular –dice Rotondi- podrá verse luego desprovisto de gran parte de aquella garantía que él confiaba encontrar en el patrimonio personal del socio. Claro que este criterio no es congruente con la política jurídica seguida por la legislación argentina, con la formulación del art. 24 LS, que se magnifica en el Proyecto de Reformas 2005, pues a sociedades de hecho e irregulares, agrega la sociedad simple o informal, la sociedad en formación sin inscripción y la sociedad atípica, siempre beneficiando a los acreedores sociales²⁰.

En nada se afecta los intereses de los acreedores individuales del constituyente de la sociedad unipersonal, pues podrán ejercitar su oposición a la transferencia de bienes o afectación

¹⁸ De la RESOLUCION del 21-6-1990 de la DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, de Madrid, España, con anterioridad a la reforma de la ley de sociedades en España que admitió la sociedad unipersonal, o sea bajo el régimen de la ley 17-7-1951, que transcribimos íntegramente en nto. trabajo *Pluralidad de socios (y cuestiones conexas)* en R.D.C.O. y página electrónica de la Academia www.acader.unc.edu.ar

¹⁹ *Contrato de sociedad y ente social en la reforma de los Códigos*, Revista de Derecho Privado, 1941, págs. 438 y sgtes.

²⁰ Nto. *Estructura de relaciones societarias y de colaboración y el anteproyecto de reformas 2003 a la ley de sociedades* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004 tomo XVIII pág. 1321.

al nuevo centro imputativo, conforme la naturaleza del bien. Por otra parte siempre podrán embargar la participación social.

La aceptación normativa de la división patrimonial generada por una declaración unilateral de voluntad de escisión de su propio patrimonio, es la regulación de la empresa.

4. Bien jurídico tutelado por la escisión patrimonial.

¿Que tutela el legislador a través de ese reconocimiento de la facultad jurígena de crear personas jurídicas a través de esa declaración unilateral? ¿la posibilidad de limitar la responsabilidad, los derechos de los terceros que contratan en relación a esa actividad o el interés de la funcionalidad económica individualizada? Este es el centro de la cuestión. En nuestro derecho ya esta aceptada la asimilación como un centro de imputación diferenciada creada por la declaración de una única persona: el fideicomiso, la hacienda comercial pese a su relatividad, el establecimiento industrial o comercial a través de los privilegios que se crean en el derecho laboral con la presunción serviana, la escisión, la declaración testamentaria, etc...

Por este medio se está tutelando no la limitación de responsabilidad del propietario, sino los intereses de quienes se vinculan con el mismo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota. La sociedad o el empresario pueden ser segmentados en varias empresas conforme los establecimientos y organizaciones que tengan, pero no puede dividirse la empresa que debe identificarse con la finalidad organizativa. Así se simplifican y se cautelan las relaciones con terceros.

Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad económica-funcional para su cumplimiento, y -al mismo tiempo- afectar esos bienes y los derechos que se adquieran con la actividad, a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa actividad, contractual o extracontractualmente, se justifica en el "interés" en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias). Es el reconocimiento de la empresa como base organizativa.

Justificando la sociedad de un único socio, Yadarola expresa "El concepto inspirador de esta doctrina no es ya el clásico, diría, de la sociedad-contrato, sino -me parece- el de patrimonio-empresa; el problema se desplaza así del terreno subjetivo al patrimonio, objetivo; el substrato de la sociedad no lo constituye una colectividad de sujetos humanos sino una masa de bienes organizada en empresa económica"²¹. Siguiendo un par de páginas después "Una vez puestos en funcionamiento ... hecha la organización de la empresa, ... -la pluralidad de socios- queda reducido a la categoría de un elemento puramente formal, mientras que la personalidad jurídica se presenta como una realidad viva y actuante; esta organización ha superado el mero contrato y se ha convertido en sujeto de derecho".

5. Mantenimiento de la personalidad.

Para advertir ciertos dogmatismos sobre la diferencia entre personalidad jurídica y la responsabilidad del socio en las sociedades con responsabilidad limitada, nada mejor que referirse a la sociedad devenida unipersonal.

El actual sistema la sociedad de un sólo socio (arts.93 y 94 inc.8 de la ley de sociedades) permite mantener este centro de imputación diferenciada, aparentemente por un plazo perentorio, pero de ninguna manera agota ese centro que podría mantenerse indeterminadamente en beneficio de los terceros y de la propia empresa, como hemos comentado precedentemente.

²¹ YADAROLA, Mauricio *Sociedades Comerciales* en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 354, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*

Ello acaece aún ante la preceptiva literal del art. 93 LS²² que permitiría pensar que, vencido el plazo de tres meses, se produce una confusión patrimonial al asumir el socio único el activo y pasivo sociales. Configurada la persona jurídica, con base en la división patrimonial, esa literalidad implica que el socio único es titular de la totalidad del remanente de liquidación, sin perjuicio de la asunción de responsabilidad que le impone la ley. Justamente la asunción de responsabilidad descarta la confusión patrimonial. Los acreedores sociales podrán hacer valer sus derechos sobre el patrimonio social, sin que puedan aducir los acreedores individuales del único socio la existencia de una masa única.

La desaparición de la persona jurídica recién se efectiviza a través del proceso de liquidación.

La actuación del representante legal de la sociedad generará relaciones imputables al patrimonio de ésta, que se mantiene diferenciado de la propiedad del único socio, aunque éste mismo actúe como órgano societario.

6. Vencimiento del plazo e inscripción de ingreso de nuevo socio.

Abrimos una parcial disidencia con algunos aspectos del fundado voto del Dr. Heredia. Lo que aquí nos separa ya había sido apuntado en nuestro trabajo que cita el distinguido vocal: “Richard, E., En torno a la sociedad unipersonal, V Congreso de Derecho Societario u de la Empresa, Córdoba, 1992, t. I, p. 273”.

¿ Que sobre el plazo de tres meses para reordenar la bilateralidad necesaria que señala la ley? Si se recompusiera fuera de ese plazo el juez no debería registrarlo ? Parece una conclusión excesivamente rigurosa. No existe una prohibición en tal sentido y debe estarse al presupuesto del art. 100 L.S.. La responsabilidad que mantiene el único socio hasta la inscripción de la incorporación del nuevo socio, unida a la responsabilidad del administrador por la actuación posterior a los tres meses, conforme dispone el art. 99 L.S. son previsiones suficientes, en resguardo de terceros, que no imponen de ninguna manera la conclusión de rechazar el pedido de inscripción de la incorporación posterior.

No se nos ocurre que un juez pueda decidir, en estos supuestos, decretar de oficio la liquidación de una sociedad devenida unipersonal exitosa, con numerosos empleados. Incluso en el supuesto del acuerdo concursal heterónimo (art. 48 ley 24522), quisiéramos imaginar a un juez que disponga la liquidación de la sociedad que homologó un acuerdo con la interavención de un tercero –que devino en único socio- y que en el farrago del trámite no desdoble su participación –incluso simulándola-.

Ese plazo tiende a preservar la separación patrimonial, impidiendo que un tercero interesado intente la disolución de la sociedad devenida de un sólo socio.

Durante ese término no puede promoverse una acción tendiente a la disolución de la sociedad. Se protege la autonomía de la voluntad del socio único.

En relación a la causal de disolución, debe entenderse que cesa con la incorporación de nuevos socios, considerándose ello desde la notificación a la sociedad. La responsabilidad del socio único se mantiene hasta la inscripción de la incorporación del nuevo socio. No parece que exista un plazo de caducidad para la incorporación de un nuevo socio.

Justamente en el artículo de nuestra autoría que cita el camarista Heredia, sostuvimos que la bipluritalidad de la sociedad devenida de un solo socio podía ser reconstituída aún después del plazo de tres meses, pues la personalidad jurídica subsiste hasta que la sociedad no ha cancelado todas sus relaciones patrimoniales, incluso por aplicación del principio del art. 100 LS. Así también sosteníamos que existe una limitación en la legitimación para requerir la disolución de la sociedad, que podrían ser los ex socios de los que no se inscribió el retiro o los

²² Art. 93 Ley de sociedades. Exclusión en sociedad de dos socios. En las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del art. 92: el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 inc.8..

acreedores individuales del único socio para proteger su patrimonio personal de los acreedores sociales, además de la autoridad de aplicación en la sociedad incluida en el art. 299 LS²³.

IV – SOBRE NULIDAD ABSOLUTA Y PERSONALIDAD JURÍDICA.

Iniciamos con recuerdo de Bonelli²⁴ “El contrato, es el acto creativo de la sociedad sociedad, no es la sociedad; la subjetividad jurídica es un efecto del contrato pero nada impide que el efecto sobreviva a la causa”.

En varias oportunidades destacamos referencias al fallo al acto o contrato constitutivo de sociedad. No a su personalidad jurídica. Las nulidades se refieren a actos, no a sujetos de derecho. Y esto debe respetarse para entender las “relaciones de organización”.

1. Simulación y nulidad.

Cámara²⁵ sostiene que las personas jurídicas no son factibles de simulación en cuanto necesitan la intervención del Estado para su constitución, rechazando la distinción que hace otro jurista entre las sociedades donde el poder público interviene –sería el supuesto de la SRL o SA-, y aquellas en que aparece un mero reconocimiento estatal (legislativo agregamos) que da efectos de derecho a estados de hecho creados por los particulares (sociedad de hecho, sociedad informal). Claro que Cámara lo hace en una época en que la doctrina gravitó para el reconocimiento de personalidad jurídica a supuestos de relaciones de hecho, que ha complicado el panorama del sistema asociativo²⁶.

Claro que el efecto de la simulación relativa (art. 956 C.C.), es la posibilidad de anulación (art. 954 C.C.). El punto deviene cuando se localiza la causal de nulidad –incluso absoluta- de la sociedad y la misma ha operado como persona jurídica. Podría ello ocurrir en el caso que se hubiera detectado constitutivamente la simulación de existencia de SRL o SA, pero la misma se hubiera inscripto impositivamente como sociedad de hecho y como tal (como es de costumbre) hubiera iniciado su operatoria. Estaríamos –conforme los criterios de la doctrina mayoritaria- ante una persona jurídica, y si nacieron relaciones jurídicas de ella no puede desaparecer aunque el negocio fuera simulado. En esto –con distintos argumentos- concordamos con Cámara.

Si nació la persona jurídica, existiendo derechos u obligaciones imputables a la misma, el efecto de la nulidad es generar la liquidación. O sea para el futuro de la persona jurídica. Pero el efecto de la nulidad absoluta es desde siempre –ex tunc- en relación al tipo societario –contrato- que se intentó formalizar, con los consecuentes efectos sobre la responsabilidad de los socios (reales o aparentes). El tipo contractual pasa a ser una sociedad “devenida” de hecho”. Hemos analizado estas cuestiones y a ello remitimos²⁷.

Así no resulta posible revisar la imputación de actos a la sociedad, como persona jurídica, y lo que podrá cuestionarse –como se señala en el caso Fracchia- es la limitación de responsabilidad. O sea que al no haberse configurado legalmente el tipo S.R.L. no pueden aducirse los efectos del tipo. Ello es congruente con principios de seguridad jurídica.

El eventual perjuicio de terceros no se reparará por la “nulidad” de la persona jurídica, que eventualmente deberá –como mínimo- liquidarse y satisfacer las obligaciones asumidas. Ese perjuicio quedará satisfecho por la extensión de responsabilidad al controlante abusivo y al socio aparente, por nulidad del acto en que se intento configurar un tipo de sociedad, que luego operó frente a terceros como persona jurídica..

²³ Nto. “En torno a la sociedad unipersonal” en Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992, tomo I pág. 273 y ss., específicamente pág. 281.

²⁴ *A propósito de la sociedad con un solo socio en Rivista di Diritto Commerciali e del Diritto Generale delle obbligazioni* 1912, p. I pág. 257.

²⁵ CÁMARA, Héctor *Simulación en los actos jurídicos*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1958, pág. 127.

²⁶ Nto. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado*. 2ª edición Advocatus, Córdoba 2002, pág. 26 y ss..

²⁷ Nto. *Las relaciones de organización...* cit. pág. 499 y ss..

Es siempre aceptable –lo que es expreso en orden a las personas jurídicas en relación a sus acreedores- que el negocio se mantenga pues “debe prevalecer la realidad que les resulte beneficiosa”²⁸, sin perjuicio de extender la responsabilidad.

Predicaba Yadarola²⁹ que “Tampoco hay un interés puramente jurídico en la nulidad de tales sociedades, no hay en esa situación fraude a la ley pues es la misma ley la que ha autorizado la organización de tal persona jurídica. No hay aquí ninguna desviación dolosa de los fines previstos por el legislador que va implícito en todos los actos in fraudem legis... Menos puede hablarse de simulación, pues ni fue simulada la constitución originaria de la sociedad ni hay nada de simulación en una empresa que actúa regularmente, que cumple negocios jurídicos dirigidos a un fin lícito; ni falta del propósito de ejercer tales actividades así sea con el fin, también lícito, de limitar la responsabilidad; nadie puede sufrir perjuicio de esta situación”. Salvo que ese socio lleve a la sociedad a actuar en cesación de pagos sin adoptar los remedios que la ley fija para estas circunstancias. Yadarola señala las circunstancias de un debate sobre la legalidad o no de esa constitución, en orden al fraude de limitar la responsabilidad, nos permitimos señalar que si bien será difícil sostener el fraude una vez que la sociedad ha comenzado a operar, el uso abusivo se advertirá cuando la sociedad incumpla sus obligaciones, continúe su operatoria en cesación de pagos sin adoptar los remedios que el derecho societario impone e intente transferir los perjuicios generados por la indebida gestión societaria a sus acreedores.

Ascarelli³⁰ cita jurisprudencia italiana como la sentencia del 8 de abril de 1936 de la Corte de la Casación que mantuvo: “la sociedad anónima que se haya constituido de acuerdo con la ley y como tal se haya exteriorizado, resta intangible con todos sus efectos, cualquiera que sea la intención de los sujetos que la crearon, y por tanto -aún cuando la intención consista, exclusivamente, en la limitación de la responsabilidad sancionada por el artículo 1948 del Código Civil (italiano); y los terceros que operen con la sociedad anónima no tienen, normalmente, el medio de superar los límites de la constitución social a la responsabilidad limitada, aunque se demuestre, con cualquier medio, que la anónima es un instrumento de cómodo”, sentencia que, a su vez, fue reiterada por la del 30 de septiembre de 1955 número 2697³¹: “la constitución de la sociedad anónima de cómodo no implica simulación de esa, sino responde a la exigencia práctica de limitar la responsabilidad únicamente al capital social configurando una finalidad que no está en contraste con el ordenamiento jurídico y por ende que merece protección jurídica”.

Para Ascarelli, autor de la doctrina del negocio jurídico indirecto, la autonomía de la voluntad de las partes en la creación de negocios típicos permite recurrir a un negocio regulado para fines indirectos por efectos de una “inercia jurídica” de la eventual mayor certeza de la disciplina en el negocio adoptado. Al decir de Garrigues³²: “El propósito último de los contratantes (permitir el ejercicio del comercio a un comerciante individual con beneficio de la limitación de la responsabilidad) pasa a ser aquí causa del negocio, mientras la causa típica legal de este negocio se convierte en puro medio para la consecución de aquel fin”

Recogiendo la propia doctrina, Ferri³³ afirmó que en la llamada sociedad “de cómodo” no podía negarse la voluntad de los contratantes de crear la sociedad, aunque dicha creación sea deseada con el fin de reunir las acciones en una sola mano; en otras palabras, lejos de estar en el

²⁸ MESSINEO, Francesco “Manual de Derecho Civil y Comercial” Ed. EJE, Buenos Aires 1971, traducción de Santiago Sentis Melendo, tomo II pág. 41.

²⁹ YADAROLA, Mauricio *Sociedades Comerciales* en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 359, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*

³⁰ ASCARELLI, Tulio, *Studi in tema di societa*, Editorial Giuffrè, Milano, 1952, p. 71 y ss.

³¹ Véase Riv. Soc. 1956, p. 294.

³² GARRIGUES, Joaquín, *Negocios fiduciarios en derecho mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, p.70 y ss.

³³ FERRI, Guiseppe, *Delle societa*, en Scialogia-Branca, comentario del CC, segunda edición, Bolonia, Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1968, p.58.

caso de un contrato societario simulado, estamos frente a un negocio jurídico indirecto, ya que no puede desearse el fin sin desearse el medio, deseando las partes realmente dar vida, en la hipótesis en análisis, a una sociedad, si bien es función meramente instrumental respecto de la constitución de una sociedad en una mano.

El juez Heredia destaca que existió un control total del demandado, pero que apareció su ex esposa como socia, aunque sea “aparente”.

2. La nulidad y el doble aspecto en las relaciones de organización.

La sociedad en nuestro régimen jurídico no es un contrato sino una persona jurídica, que nace normalmente -no esencialmente- por medio de un contrato en el que los constituyentes de una empresa eligen ese medio técnico para su estabilidad y organización.

Lo que parece fundamental es destacar que no puede trasladarse el efecto invalidatorio a una persona jurídica. Cuando se hablaba de desestimar la personalidad, muchas comunicaciones a Congresos destacaron que esa desestimación, inoponibilidad, o nulidad, no podía afectar a los terceros imponiendo en el peor de los casos la liquidación de la persona jurídica, del centro imputativo, antes de atribuir los derechos restantes a los terceros afectados (herederos, acreedores, sociedad conyugal).

Conforme a ello³⁴, aunque la constitución de una sociedad puede ser un acto nulo de nulidad absolutasimulada, los efectos de la invalidez no son distintos en el derecho societario o de las relaciones de organización que respecto a los actos jurídicos. Deben aclararse algunos puntos. Descartamos que el efecto de la nulidad absoluta sea distinta para las sociedades que para los actos. El efecto siempre es *ex tunc* sobre el negocio constitutivo del tipo de sociedad-persona que ha actuado, o se genera como causal de disolución cuando acaece un acto que deba calificarse como generador de una nulidad absoluta. Recordemos que las nulidades se refieren a actos o negocios jurídicos y no a personas jurídicas. Es un problema sistémico.

Así las cosas, la nulidad absoluta afectará en el caso al negocio en cuestión desde siempre, pero ello no hará desaparecer la personalidad jurídica, o sea el centro imputativo o de simplificación de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, el patrimonio generado.

Lo que se alterará será la relación de segundo grado, el tipo de sociedad que se intentó crear, no estaremos frente a una S.A. o una S.R.L., sino frente a una sociedad devenida de hecho desde el momento que se genera la nulidad absoluta, o por la nulidad que afectó al vínculo. Y ello no eliminará la responsabilidad de las personas que aceptaron hacerse pasar como socios, socios aparentes. Los terceros tendrán acción contra ellos, obviamente contra el socio controlante, sin perjuicio luego de las acciones internas que el socio aparente pueda dirigir contra el controlante.

Esta posición zanja cuestiones:

No existe la sociedad o tipo de sociedad que se aparentó crear o que parece subsistir, hasta puede cuestionarse el Estatuto mismo de la sociedad. El fraude legal conlleva la responsabilidad de los socios.

Se ratifica así que inscripciones o autorizaciones no tienen efecto saneatorio.

En el sistema jurídico del derecho privado, la personalidad jurídica no puede ser allanada en su desconocimiento, sino en dos modalidades: eliminando los efectos del tipo societario que generó la personalidad, extendiendo la responsabilidad, o sin hacerlo imputar también los actos al controlante torpe (en el caso el socio real único), distinguiendo así la diferencia entre imputación y responsabilidad³⁵.

³⁴ Nto. *En torno a la nulidad absoluta de sociedades y el sistema jurídico de las relaciones de organización*, en Revista Cuadernos de Derecho, n° 14 Axpilcueta, 13, 1-242, Fonodis, 1999 págs. 95-111, ISBN 1138-8552. Con abstract en inglés, español y vasco.

³⁵ Nto. *Las relaciones de organización* cit. pág. 305 y ss., especialmente pág. 310, e “¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica? Comunicación en tomo II pág. 619 Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa V Congreso de Derecho Societario.

En todo el enjundioso fallo del juez Heredia campea la tesis del abuso y la responsabilidad consiguiente por discriminación, .

Claro que los efectos resultantes de las dos posiciones sobre la nulidad absoluta son idénticos: sea que en materia de sociedades el efecto es diferente o sea para el futuro, o que las nulidades no afectan la sociedad persona sino a actos jurídicos, como puede ser el estatuto – nulidad del tipo-. En ambos casos la personalidad no se ve afectada, nace responsabilidad de los partícipes en el acto nulo. Pero se trata de un aspecto sistémico, sobre el que insistimos³⁶.

La nulidad no afecta a la personalidad jurídica, tampoco –en general- la inoponibilidad. Afectado el negocio constitutivo por la nulidad, *ex tunc* si fuere la nulidad absoluta, el efecto sobre la personalidad sería permitir promover la liquidación, generándose una causal de disolución. Los terceros que contrataron con esa sociedad-persona jurídica no podrán ser afectados, y los socios de esa sociedad-persona no podrán oponer a ningún tercero los efectos del negocio constitutivo, por ejemplo la limitación de responsabilidad.

3. El art. 54 ter LS.

Si se recurriera a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica referida en el art. 54.3 LS el efecto sería el mismo, aunque limitados a la litis en particular. Si algunos acreedores promovieron la acción, solo frente a ellos los socios de la sociedad-persona jurídica no podrían evitar su responsabilidad o su imputabilidad –según el supuesto-. Si la acción se hubiera entablado en una quiebra el efecto se generalizaría sea por aplicación de esa norma o de la extensión de la quiebra a los socios solidariamente responsables .art.160 LQ-. La Cámara en el caso Fracchia³⁷ reconoce esa vía, para el caso que la sociedad hubiere funcionado.

Aceptada la sociedad como persona jurídica resulta una técnica imputativa que queda disponible como estructura de la funcionalidad económica, tanto al alcance de la autonomía negocial como para la tutela de los terceros contratantes, y para el posterior ingreso de nuevos socios sin alterar la estructura.

El abuso de la autonomía negocial en las relaciones de organización siempre importa la responsabilidad de quién así actuó.

Así el fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, donde pueden verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de soluciones para ciertos casos.

En el mismo, la CSJN (con fecha 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe –la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“*no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley*”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste.

Indirectamente la CS ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente que señalaba Galgano o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

- a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente
- b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos –como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta.
- c. Infracapitalización material constitutiva
- d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

³⁶ Nto. Las relaciones de organización – El sistema jurídico del derecho privado, 2ª ed. Córdoba 2002, Ed. Advocatus, Capítulo XIII “En torno a la nulidad absoluta de sociedad, como atisbo de la nulidad en las relaciones de organización”, pág. 499 y ss., especialmente pág. 520.

³⁷ Nto. *Pluralidad constitutiva (y cuestiones conexas)* citado, donde comentamos a fondo dicho fallo.

Claro que esa interpretación se vincula más con una doctrina restrictiva en torno a la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades, que a la letra, espíritu y doctrina del referido art. 54 in fine.

La inoponibilidad de ciertos efectos es la respuesta adecuada en el sistema de las relaciones de organización, pues sin afectar la personalidad jurídica del ente, genera efectos de imputación o de responsabilidad que no resultan normales y que sólo corresponde efectivizar ante abusos funcionales o fraude a la ley.

Ello es muy bien apuntado en el voto del Dr. Heredia.

V - A MODO DE CONCLUSIÓN:

No tenemos dudas de las dificultades en los temas abordados por los votos disidentes de los Dres. Vassallo y Heredia, y en algunos aspectos con los que tenemos cierta visión diferente.

La separación patrimonial debe entenderse en beneficio de terceros acreedores de la actividad societaria –aparente o no-.

Claro está que cuando existe perjuicio a terceros debe quedar en claro que, no teniendo efectos saneatorios la inscripción, fluye inmediata la responsabilidad del socio único o controlante torpe, e incluso la del socio aparente.

La nulidad absoluta es de actos y no de personas jurídicas, sobre las que genera un eventual efecto disolutorio futuro, sin perjuicio de la responsabilidad de los partícipes en la nulidad desde siempre.

En la sociedad devenida de un solo socio dudamos que el plazo actúe como causal automática de la disolución de la sociedad³⁸.

Por ahora sólo confiamos en que la doctrina se consolide en alentar las sanciones contra el uso desviado de ese instrumento de organización empresaria que es la sociedad-persona, y que los Tribunales desalienten el continuo abuso, evidenciado particularmente en los procedimientos concursales.

Capítulo 2º.

PERSONALIDAD JURÍDICA

Cuestiones que plantea el artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550

Ya hemos formalizado algunas referencias a la personalidad jurídica al tratar la unipersonalidad y la nulidad absoluta, ahora lo haremos en torno a personalidad e inoponibilidad, al tratar diversos fallos vinculados a la aplicación de la norma del tercer párrafo del art. 54 LS, bajo el mismo título del Capítulo en que formalizamos estas apostillas.

Luego de algunas consideraciones trataremos de sintetizar las declaraciones que formalizan diversos jueces en los fallos puestos a consideración sobre esos aspectos, recomendando la lectura de los eruditos argumentos que los fundan.

I – CONSIDERACIONES GENERALES.

Hemos sostenido reiteradamente que la “personalidad” es un recurso técnico para generar un centro de imputación diferenciada que tiende a proteger a los terceros que con ese centro se vinculan.

³⁸ Nto. *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA*, comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, en Montepulciano, Italia, 23/25 septiembre 2009, www.acaderc.com.ar

En cambio, la limitación de responsabilidad no resulta de ello, sino de la técnica de organización personificada, concretamente del “tipo” de sociedad elegido por la autonomía de la voluntad para el cumplimiento del objeto social, como forma de darse la idea de empresa.

Acabamos de formalizar un estudio sobre “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”³⁹ y al mismo remitimos para un análisis más genérico de las cuestiones, tratando de limitarnos a los aspectos que resultan de los fallos traídos al Seminario.

1. En primer lugar debemos recordar que la cuestión de la inoponibilidad esta tratada específicamente en nuestro país y en la República Oriental del Uruguay –únicos que la han normado-, tienen el título de “inoponibilidad de la personalidad jurídica” –del artículo en la primera y de la Sección en la segunda-, terminología que luego no repite la norma argentina, no obstante lo cual en el derecho comparado se asume de diferentes formas lo que llamaríamos genéricamente “el descorrimento del velo societario”. La teoría de la desestimación de la personalidad es normalmente tratada con relación a las causas que generan esa inoponibilidad, o sea, a los requisitos jurídicos que debe probar el pretensor de esa medida para traspasar el resguardo jurídico de la personalidad, para imputar o responsabilizar a otra persona..

No entraremos en la abundante aunque errática jurisprudencia, particularmente laboral, donde se tutelan predeterminados criterios éticos o sustancialistas, mediante una declamación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica por abuso o fraude, pero no podemos dejar de señalar aquella que se ciñe a la interpretación extensiva de esta teoría. La personalidad de las sociedades en el derecho argentino –como en el derecho comparado⁴⁰– genera interesantes perspectivas que permiten, frente al abuso de la posición de control de socios o no, derivar o limitar efectos de la actuación societaria, haciendo innecesario recurrir a las vías de la simulación, la revocación, el fraude, el abuso de derecho, o la desestimación de la personalidad.

La solución que se gesta en torno a la imputación del acto o a la extensión de responsabilidad del socio o controlante que abusó del medio técnico se desvincula totalmente con la personalidad jurídica de la sociedad usada como instrumento. Se trata de supuestos de extensión de responsabilidad o de imputación, según los casos.

Se afronta el abuso institucional al perseguir a través de la actuación de la sociedad fines extrasocietarios, o cuando la actuación de la sociedad constituye un mero recurso técnico para violar la ley, el orden público o la buena fe.

En la norma no quedan comprendidos expresamente los casos en que debe llegarse a la sociedad a través del socio: son supuestos de ello los casos de violación a la legítima o alteración del régimen de la sociedad conyugal⁴¹. En esos casos, quién intenta apartarse del sistema jurídico

³⁹ En Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246,

⁴⁰ MENOTTI DE FRANCESCO “Persona giuridica”, *Novissimo Digesto Italiano*, XII, p. 1035; FARGOSI, HORACIO *Derecho y principios societarios*, p. 25 y ss.; DOBSON, JUAN M., *El abuso de la personalidad jurídica*, p. 90 y ss.; KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, p. 127 y ss.; LE PERA, SERGIO, *Joint venture y sociedad*, particularmente p. 163 y ss.; Ntos. “Sociedad y contratos asociativos”, Ed. Zavalia, Buenos Aires 1987; ver además: V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, octubre de 1986 “Persona y derecho” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, p. 81; *En torno a la personalidad jurídica de las sociedades*, intervención en la VI Reunión Conjunta de Academias de Derecho, correspondiente a 1987 en *Anales de la Academia de Córdoba*, t. XXVI, p. 510; ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, abril 1989, y publicación similar en “Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”, año 1989, Centenario, p. 207 y ss.; *En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica* en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, t. II, p. 541 y ss., *La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica en la ley de sociedades comerciales* en libro en *Homenaje a Antonio Buteler Cáceres*, junio de 1990; ponencias al *I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba, 1992, t. I, p. 7, 31, 190, 251, 273 y 464, y t. II, p. 575 y 619, y “Negocios de participación”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993, p. 35.

⁴¹ RICHARD, SOLEDAD Y RICHARD, EFRAÍN HUGO “Sociedades comerciales y transmisión hereditaria (el conflicto entre organización empresaria-societaria y el derecho sucesorio”, Cap. IX pág. 393 del libro del segundo *Relaciones de Organización – Sistema Societario*, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2007.

transfiere su patrimonio a una sociedad, o abusa de esta para dirigir a la misma sus personales bienes y actividad.

2. Los presupuestos del art. 54 que hacen referencia a la actuación de la sociedad son varios:

- a) Que encubra la consecución de fines extrasocietarios.
- b) Que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe.
- c) O para frustrar derechos de terceros.

La descripción del fenómeno que origina las sanciones no se ha limitado al acto de constitución de la sociedad, ni se remonta al origen del ente para tornar aplicable la norma – conforme criterio de la Corte que referimos-, sino que, la expresión “actuación” debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias⁴².

El título del artículo “inoponibilidad de la personalidad jurídica” –que no integra la norma pero induce su interpretación-, corresponde a la visión anglosajona y continental de la personalidad jurídica⁴³, que también se advierte en las diversas nomenclaturas con las que se afronta la cuestión. La norma refiere a “imputación” o “responsabilidad”, en forma alguna – como lo remarcamos- afecta la personalidad de los entes controlados o controlantes, ni siquiera en supuestos de extensión de la quiebra.

Debemos recordar que la teoría del "apartamiento del velo de la personalidad", locución que parece terminológicamente más adecuada en cuanto a descripción, es anterior a la formulación y terminología del art. 54 in fine que -al decir de Gulminelli- "no es demasiado feliz"⁴⁴.

Cuando hablamos de desestimación en sentido lato, podemos hacerlo tanto de la activa como de la pasiva, indirecta o contraria⁴⁵.

La *inoponibilidad* también se podrá utilizar para ingresar en la relación societaria con motivo de conflictos no sólo externos⁴⁶, sino también internos, frente a situaciones que hacen aparecer el uso abusivo del organicismo societario. En estos supuestos también estaríamos, en principio, en inoponibilidad de la estructura u organización, y no de la personalidad societaria advenida con motivo de su organización.

⁴² NISSEN, RICARDO. A. *Curso de Derecho Societario*, Ad-Hoc, 1998, pág. 129.

⁴³ En el derecho suizo o alemán, desestimar la personalidad implicaría trasponer los límites de la responsabilidad limitada de los socios, sin afectar la calidad del sujeto de derecho y el centro de imputación diferenciada. En nuestro derecho, como en otros que la personalidad se otorga a los sujetos de derecho, aparentaría que desestimar la personalidad implica desestimar el principio de división patrimonial y no meramente la atribución de responsabilidad. Se integra la locución *inoponibilidad de la personalidad* con la de *inoponibilidad de la autonomía patrimonial absoluta que resulta de la constitución de tipos societarios de los que deviene la personalidad*, que es un efecto de ciertos tipos sociales y no de la personalidad jurídica, pues la desestimación de ésta generaría efectos no queridos en perjuicio de legítimos acreedores sociales, salvo que se cumplieran los recaudos previstos en el párrafo anterior, que implica reconocer expresamente la no afectación de la personalidad, generando eventualmente una causal de disolución. El centro imputativo, la personalidad, se mantiene en beneficio de los acreedores sociales y de los socios como tales, incluso en casos de quiebra.

⁴⁴ GULMINELLI, RICARDO "Inoponibilidad de la personalidad jurídica" en RDCO año 26, pág. 121 y ss., esp. pág. 126.

⁴⁵ OTAEGUI, JULIO "Inoponibilidad de la personalidad en *Anomalías Societarias*, Libro Colectivo en homenaje a Héctor Cámara, págs. 81 y ss., en una sistematización memorable.

⁴⁶ OTAEGUI "Inoponibilidad de la personalidad, cit. en *Anomalías societarias*", p. 215; ETCHEVERRY, RAÚL A. "Responsabilidad de la persona controlante", RDCO, 1968-579. Ver CNTrab, Sala I, 21/10/86, "Pérez, Pablo, y otro c/Escic SRL y otro"; aquí se estableció: "En caso de comprobarse la existencia de un abuso en la forma societaria, deberá descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en a real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras la máscara". No hay duda de que el efecto estará limitado a la imputabilidad, sin afectar los derechos de los terceros de buena fe acreedores de la sociedad.

3. Parte de la dificultad interpretativa, lo es en todo lo concerniente a los contratos de organización genera ciertas perplejidades a un método de trabajo fijado por las relaciones de cambio –ello se advierte en los comentarios en torno a la “nulidad absoluta” que hemos formalizado en el capítulo anterior-. La asunción de la relación, la imputabilidad real del acto, la asunción de responsabilidad, son diversos medios de reparación dentro de un método de cambio o de mercado. Pero cuando existe una sociedad, esa relación aparece dificultada por la interacción no sólo de la sociedad, sino de los administradores, socios y terceros.

La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de relaciones de organización⁴⁷. El tema esta íntimamente ligado a como se organiza un sistema jurídico, sea en un sistema de mercado -contratos de cambio-, o en un sistema de empresa, que halla su expresión en las diversas formas asociativas⁴⁸.

Con otro sentido, podríamos sostener que se producen efectos imputativos y de responsabilidad distintos de los previstos para la figura societaria cuando el socio, el administrador o el controlante, abusando de la figura societaria, actúan en fraude de la ley. La limitación de responsabilidad otorgada por el orden jurídico no es absoluta, sino que está condicionada al cumplimiento de una actuación determinada⁴⁹.

Siendo el efecto de la personalidad la imputabilidad diferenciada al ente de los sujetos o del sujeto que la integra, el abuso del medio técnico sociedad-persona generaría la "desimputación".

4. Los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la sociedad, implica una imputación directa⁵⁰ y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada.

La desviación del control o su disfunción en virtud de medios societarios o de medios contractuales es lo antijurídico en cuanto devengan daños. O sea que la imposición de la voluntad, dominación o subyugación no es antijurídica, en cuanto de ésta no se generen daños, por alteración del interés social, de la empresa u objeto social. La imputabilidad al controlante abusivo no es exclusiva de los daños, sino por el negocio cuestionado y los daños. Respecto del negocio, no hay duda de que se mantiene la responsabilidad o imputación a la sociedad, sin perjuicio de que deba responder por los daños quien abusó del recurso técnico, incluso en favor de la sociedad y de los otros socios o terceros.

El controlante también puede ser reclamado para cumplir la prestación a cargo de la sociedad⁵¹. La relación cuestionada siempre debe cumplirse y, si ello es imposible, deben

⁴⁷ RICHARD Cap. III citado en *Relaciones de Organización – sistema societario*

⁴⁸ GUAL DALMAU, MARÍA ASUNCIÓN *Las cuentas en participación*, Ed. Civitas, 1a. Ed. 1993.

⁴⁹ LE PERA, Sergio LE PERA, SERGIO *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno* p. 137, Ed. Astrea 1979.

⁵⁰ Si no se admiten excepciones al respecto que merece la forma con que el derecho reconoce a la persona jurídica pueden darse resultados injustos en casos que ofrecen circunstancias especiales. Ello ha determinado que la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica tenga categoría de principio tanto en el derecho comparado como en el nacional, e inclusive en el internacional. (Del fallo de primera instancia confirmado por sus fundamentos). La solución del problema relativo a cuándo puede prescindirse del rasgo esencial de la persona jurídica, que es la separación radical entre la sociedad y sus socios, depende de que la persona jurídica actúe sin apartarse de los fines en atención a los cuales el derecho lo ha creado. En última instancia la "disregard doctrine" no niega la existencia de persona jurídica, quien niega su personalidad es quien abusa de ella. La reforma producida hace pocos meses en materia societaria (ley 22.903 -ADLA, XLIII-D, 3673-) ha sancionado un nuevo texto para el art. 54 de la ley de la materia que autoriza a imputar a los socios, derechamente, los actos de la sociedad que impliquen violentar el objeto genérico y abstracto de los entes jurídicos. Este temperamento, como se establece en los fundamentos de elevación del proyecto, no es novedoso sino que arraiga en la directiva del art. 2º de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760). (Del fallo de primera instancia confirmado por sus fundamentos). CNCom. ,SALA E , setiembre 5 - 984 Oddone, Luis A. y otra s/ quiebra) LA LEY, 1984-D, 412

⁵¹ MANÓVIL, Rafael “¿“Imputación” al socio (o controlante), o “responsabilidad”?” (A propósito del art. 54, tercer párrafo, de la ley y como parcial réplica a una erudita ponencia). Pero la norma del tercer párrafo del art. 54 es también operativa para los supuestos en que el acreedor social persigue el cumplimiento de una obligación contractual, que tal vez el socio o controlante hizo que la sociedad no pueda cumplir, pero él sí. Ejemplo podría ser un contrato de suministro incumplido por la sociedad, cuando las mercaderías a suministrar las posee el socio o controlante. O si este último determinó que, aunque la sociedad en

sufragarse los daños⁵².

En el sistema imputativo natural que atribuye la relación a la sociedad, se genera la imputación y la consiguiente responsabilidad al controlante abusivo. Los controlantes, socios o no, deben responder de todos los daños causados a terceros, a la sociedad y a otros socios. Esa responsabilidad no cesa aunque la sociedad cumpla el contrato o la sentencia.

5. El régimen especial del art. 54 in fine LSA no difiere fundamentalmente, en alguno de sus aspectos, del régimen general de atribución de responsabilidad por conductas, que impone la obligación de reparar cuando concurren todos los presupuestos de la responsabilidad civil: antijuridicidad, factor de atribución suficiente: si bien son insuficientes los factores subjetivos de atribución del daño, debiendo buscarse no sólo en el art. 1113 CC, sino en los arts. 902, 1071 y 1109, daño causado y relación de causalidad relevante

El primer requisito de la ilicitud del control es subsumir el interés social, o sea la funcionalidad de la sociedad a intereses ajenos (actividad extrasocietaria o desorbitando el objeto).

Y el segundo requisito para configurar la ilicitud sería el daño a la controlada, socios o terceros, o la posibilidad concreta de daño. Los controlantes, socios o no, deben responder de todos los daños causados, a terceros, a la sociedad y a otros socios. Esa responsabilidad no cesa aunque la sociedad cumpla el contrato o la sentencia.

La jurisprudencia laboral ha echado mano repetida a este recurso para responsabilizar a socios y controlantes, incluyendo la técnica del conjunto económico⁵³.

Claro que existen situaciones donde el daño puede evitarse con la mera imputación del acto y su cumplimiento –incluso forzado– por el imputado. Por ejemplo cuando el controlante

apariciencia cumpla la obligación, el incumplimiento resulte configurado en cabeza del propio socio o controlante, como puede ocurrir con una obligación de no establecerse o de no competir.

⁵² Nuestros comentarios en el Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, y luego en La Pampa en 1991, publicados en “Doctrina Societaria y Concursal Errepar”, sep. 91, p. 252 y 268, que se apartaron de los comentarios sobre el estándar jurídico introducido en el art. 54 de la LSC para ingresar en el análisis de sus efectos, no siempre fueron debidamente interpretados –sin duda por un defecto en nuestra comunicación–, como ocurre con Otaegui (en el citado trabajo en *Anomalías societarias*), al que contestamos en el Congreso Iberoamericano, t. II, p. 619 y, sin saberlo, también a Manóvil, conforme a la ponencia ya referida publicada en el t. II, p. 641, sosteniendo nosotros que “la supuesta imputación directa implica la responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, no sólo en beneficio del tercero sino también de la sociedad en resguardo de las minorías afectadas, puede reclamar a la sociedad y al socio o controlante, sea sólo a aquélla, sea sólo a estos últimos, si la prestación no pudiere ser cumplida por la sociedad (material o jurídicamente) la totalidad de la obligación, la imputación a los socios o controlantes por los perjuicios causados se funda, como dijimos, en el incumplimiento por parte de éstos de las cargas de actuación sustancial”.

⁵³ Entre otros podemos ver: La teoría de la penetración de la desestimación de la personalidad societaria ha sido elaborada a propósito del uso desviado de ésta como cuando, prevaleciendo de dicha sociedad, se afectan los intereses de terceros, de los mismos socios y aun de carácter público, resultando aplicable en materia laboral cuando se trata de remediar una situación de fraude a los derechos de los trabajadores: CNTrab., sala V, febrero 18 - 985 - Insfran Román y otros c. Arroyo, S. R. L. y otro)DJ, 985-49-607 - DT, 985-A, 651. Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido, al otorgársele esa prerrogativa debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal y patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara: CNTrab., sala V, julio 31 - 985 --- Cuellar Maldonado, Dionisio de Jesús, c. Calzados Zellarrayán, S. R. L. y otro) DT, 985-B, 1615. La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades, la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes, principio que debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el art. 2º de la ley 19.550 (Adla XXXII-B, 1760) pero ello no impide que se aplique la doctrina de la penetración de la persona jurídica cuando se advierte la utilización abusiva de tal ficción en perjuicio de los trabajadores....Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido al otorgársele esa prerrogativa, debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara: CNTrab., sala V, octubre 6 - 988. - Pacheco de Pugliese, Amelia R. y otro c. Abreviar Editores, S. A. y/u otros) DT, 988-B, 2147. La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades (art. 2º, ley 19.550 -ADLA, XXXII-B, 1760-), la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes. Este principio legal, debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores de ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado en la citada norma legal. CNCom., Sala A, octubre 7 - 981 - Otero de Zapico, Alicia D. c. Zapico, Carlos A.) ED, 97-811.

dispone del bien que la sociedad abusada tuvo o debió tener en su patrimonio, para responder a un contrato.

6. Se podría pensar, como en sistemas que carecen de la norma, en la conveniencia de un régimen diferente de responsabilidad del controlante (en rigor, de quién ejerce la dirección unitaria), por deficiente gestión del grupo.

En el derecho comparado se atiende al problema a través de la teoría general de la responsabilidad, adaptada a lo que nosotros hemos sistematizado como “relaciones de organización”, pues al existir una persona jurídica artificialmente creada, los constituyentes, dueños y administradores asumen especiales roles ante perjuicios que puedan generarse por la actuación del ente, pero advirtiéndose dificultades en cuanto a la imputación de actos en sentido estricto.

En la reforma italiana, por ejemplo, el art. 2497 que expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad: "*Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas*". Se advertirá que la noción de “daño” es extendida notablemente y se autorizan acciones derivativas. Esto hace más fácil las cosas que el art. 54, ya que basta la "violación de los principios de correcta gestión", sea por dolo o culpa, sin que se necesite acreditar abusos o desvíos indebidos. Tampoco es necesario ingresar en la discusión de la "actuación" de la controlante. No se pone en tela de discusión la personalidad o la ineficacia de los efectos del tipo de la controlada.

7. Pese a ser correctas esas referencias, reproducimos dos párrafos dispersos, que corresponden al amigo y respetado jurista Julio C. Otaegui⁵⁴, donde señala -coincidente con esos nuestros pensamientos- que "La imputación directa de la actuación desviada de la sociedad a los socios o controlantes que la hicieron posible, importa que dichos socios o controlantes quedan obligados personalmente por las obligaciones de la sociedad, pero ello no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad... Es de notar, que la legitimación pasiva de la sociedad (o sea su carácter de obligada frente a terceros) no desaparece en el caso de inoponibilidad de la LSA, art. 54, porque la personalidad societaria no se pierde", punto que destacó Heredia en el fallo referido en el Capítulo 1º.

Dasso⁵⁵ expresa, en torno a “LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA”, “El primero de los límites a la teoría de la responsabilidad limitada al aporte corresponde a una trabajosa elaboración de las Cortes Norteamericanas que en múltiples oportunidades, todas patológicas, determinaron casos en los que los socios responden por las obligaciones que originariamente se imputan a la sociedad. - En el derecho norteamericano se pone énfasis en desvirtuar el equívoco que surge de la expresión “desestimación de la personalidad jurídica” porque los únicos atributos de los que se prescinde con esta doctrina son los de la separación del patrimonio respecto de algún socio, en forma singular o plural, pero la sociedad, su personalidad jurídica, subsiste con una clara diferenciación que la hace inconfundible de cada socio individualmente conceptualizado. Técnicamente no existe

⁵⁴ OTAEGUI, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica* citado en libro *Anomalías societarias*..

⁵⁵ DASSO, ARIEL A. en trabajo inédito a octubre de 2008 que tuvo a bien hacernos llegar.

desestimación de la personalidad jurídica ni pérdida de sus atributos, sino la extensión de la responsabilidad respecto de aquellos socios que singularmente, o en conjunto, hubieren caído en causas de reestablecimiento de su responsabilidad personal (individual). - Esto ha llevado a que con preferencia a la llamada desestimación de la *personalidad jurídica* se aluda, con mayor precisión, a la desestimación de la *limitación de la responsabilidad (piercing the veil of liability)*⁵⁶- El instituto se ha mantenido en los Estados Unidos ajeno a la regulación legal. Para explicar sus alcances se advierte que se trata de decisiones judiciales conceptuadas como recursos en equidad (*equity*) que, como es notorio, no constituyen un típico “derecho” del sujeto sino una especie de concesión discrecional al funcionario judicial que le permiten adoptar resoluciones que van más allá de los simples resarcimientos económicos (*damages*), subyacente siempre una amplísima evaluación de circunstancias de hecho. - ... el derecho societario estadounidense se muestra hasta hoy adverso a quedar atrapado por las fórmulas duras de la legislación positiva⁵⁷ - ...El sistema societario estadounidense, no obstante ser calificado como carente de coherencia, es a su vez reconocido de la suficiente flexibilidad para que la perforación del velo acontezca en caso de responsabilidad extra contractual en mayor medida que en los incumplimientos de contratos⁵⁸..

En la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica se cuestiona la teoría del disregard por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión "disregard of the legal entity o percing of the corporate veil" ⁵⁹. De todas formas es tema debatido en E.E.U.U. si se esta verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica. Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del disregard y de la presunción de responsabilidad por la enterprise theory.

En cuanto a la extensión de responsabilidad, Embid Irujo⁶⁰ entiende que la práctica tiende a variar el contenido de esta técnica, desplazando su campo natural de aplicación, al ser utilizada por el juzgador como un expediente genérico al que puede acudir cuando no es fácil buscar por otros caminos la solución justa a un problema de abuso de la persona jurídica.

Obviamente que no puede fundarse la responsabilidad de un administrador en la acción de inoponibilidad, pues no cabe confundirlas, y menos entender que deducida la citada en último término, pueda iura novit curia interpretarse también promovida la otra, como señala el juez

⁵⁶ SOLOMON, LEWIS D. - PALMITER, ALAN R. *Corporations, Examples and Explanations*, Second Edition, Little Brown and Company, Boston, 1994, p. 69

⁵⁷ RATE, HOWELL Y OTROS, *Business Law*, Third Alternate Edition, Chicago, The Dryden Press, 1986, p. 25 Cfr. Capítulo I, Supra ; Thompson, op cit, p. 1042

⁵⁸ Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, MA , Harvard University Press, 1996 categóricamente afirman que “las cortes son más propensas a levantar el velo societario en casos de responsabilidad extracontractual”.

⁵⁹ Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990 sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada... A criterio de la corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. Corporate Veil Cannot Be Pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation y Law Reports, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

⁶⁰ EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio agosto 1990, págs. 31/54; "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de abril de 1990" en *La Ley* 7 de diciembre de 1990, págs. 6/8.

Heredia en el caso Alto los Polvorines, afirmando que “se trata de dos acciones diversas, que tienen ribetes probatorios disímiles y cuestiones fácticas que, aunque pueden estar conectadas en algunos puntos, no son asimilables. Las posibilidades son distintas según cual sea la acción indicada; en un caso se puede negar la condición de administrador, con lo que cae la responsabilidad de acreditarse ello; en el otro la condición de socio o controlante. De tal suerte, promovida una de tales acciones, no puede de oficio el juez introducir la otra, pues la aplicación de la regla *iura novit curia* no es fundamento bastante para agregar acciones o defensas que las partes no han propuesto, ya que ello viola el derecho de defensa en juicio”.

La noción de desestimación se puede corresponder a una modalidad o factor de atribución de responsabilidad a quien no la tiene por el negocio societario, pero al mismo tiempo no sólo implica la responsabilidad por los daños causados, sino –más importante aún– la imputabilidad del acto en forma aditiva, o en otras formas de imputación. Ello no implica desimputar a la sociedad, sino adicionar la imputación al controlante, socio o no, o a la sociedad, si se intentara imputar a un tercero.

La declaración de inoponibilidad no afecta la normal y futura actuación del ente societario. Por el contrario, sólo afecta, terminantemente, el acto o relación jurídica particular, que por extrasocietaria o fraudulenta haya ocasionado un perjuicio –impidiendo un acto o generando un daño–, respecto de la cual, quien la hubiera hecho posible no podrán ocultarse tras el velo de la personalidad. No estamos frente a un supuesto de nulidad –dijimos– que a su vez importe la extinción de la sociedad, salvo que, como consecuencia de la declaración de inoponibilidad, se afecte de manera insalvable el capital social⁶¹, incurriendo el ente en una causal de disolución⁶². En definitiva se prescinde de la personalidad, y se imputa directamente el hecho, acto o situación jurídica a la persona de los socios o controlantes que hicieron posible el desvío. Hay una nueva imputación de la relación jurídica de que se trata, subsistiendo, en lo demás, la normativa societaria⁶³.

8. Hemos tratado de dejar de lado múltiples cuestiones sobre las que hemos incursionado con anterioridad⁶⁴, tratando de reflejar ciertas dificultades e impropiedades del tema que hoy son centro de discusiones de juristas anglosajones y que podrían orientar futuros análisis: ¿hay realmente una teoría de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica o sólo hay una visión más integral de la teoría general de responsabilidad vinculada a las múltiples expresiones de las relaciones de organización?

Ahora vayamos a los casos traídos al análisis.

II – LOS FALLOS TRAÍDOS A CONSIDERACIÓN.

Reiteramos la recomendación de dar lectura completa a todos los fallos, por la importancia de sus apreciaciones y los antecedentes de doctrina y jurisprudencia en que se fundan..

⁶¹ En principio no comporta la extinción del ente societario, afirma Otaegui, a no ser que se configure la situación prevista por el art. 19 del régimen societario o si se trata de una sociedad anónima, el supuesto contemplado en el art. 303, inc. 2° in fine del mismo cuerpo legal. Ver Otaegui Julio César. *Inoponibilidad* cit. pág. 123.

⁶² La causa de privación de efectos es externa al acto y si ella cesa, renace dichos efectos con todo su vigor original. No se trata de ningún supuesto de invalidez, ya que el acto es siempre válido. La inoponibilidad de la personalidad jurídica no importa la inoponibilidad de la sociedad, ni de su acto de constitución. Ella se refiere únicamente a la actuación de estos entes de derecho, a su vida dinámica, operante. Cfr. Etcheverry Raúl A. –Primeras ideas sobre la responsabilidad de la controlante en el Nuevo régimen del art. 54 de la ley de sociedades comerciales–.

⁶³ NISSEN “Curso de derecho Societario” cit. pág. 74.

⁶⁴ En los trabajos citados en el curso de este trabajo y últimamente con JUNYENT BAS, Francisco en “Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios)” en el libro colectivo “Temas de Derecho societario vivo”, Edición de la fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2007, pág. 105 y ss..

1. Sobre medida cautelar fundada en control abusivo.

En el caso ALVAREZ ANDREA c/ QUINTIERI NORBERTO S. ORDINARIO S. INC. DE APELACIÓN ART. 250 CPR

1.1. En este caso se trató de confirmar una medida cautelar dirigida contra el supuesto controlante de sociedades anónimas, para anotar el embargo sobre bienes que se registraban a nombre de las mismas, analizándose el supuesto del art. 54 ter LS sin pronunciarse sobre su procedencia, atendiendo la verisimilitud del derecho y la urgencia de la traba que se refiere a la posibilidad de evitar el daño o asegurar su reparación..

Se trata de lo que se ha dado en llamar inoponibilidad inversa, o sea llegar al patrimonio de las sociedades controladas “de hecho”, en solución prevista expresamente por la legislación uruguaya, y aceptada por la doctrina en relación a la norma argentina que no la prevé.

Además en el supuesto no se requiere la insolvencia de la sociedad, sino la insolvencia del controlante de hecho. Sobre el punto del requisito de la insolvencia hemos presentado alguna jurisprudencia laboral negatoria de responsabilidad del administrador frente al tercero, pero sí frente a la sociedad, entendiendo que ello lo es por no estar la sociedad en cesación de pagos⁶⁵..

1.2. En el caso fallado el 11 de diciembre de 2008, la Cámara señaló en orden a la medida cautelar sobre bienes de sociedades no obligadas a pagos de costas contra una persona física: “... 2. a) El juez de grado sostuvo, como fundamento de su decisorio, que la resolución dictada por la Inspección General de Justicia el 9.1.06 en el expediente administrativo caratulado “Biasider S.A. y otro – Andrea Alvarez” resultaba suficiente para tener por acreditada la verosimilitud del derecho. En esta resolución la I.G.J. concluyó que las sociedades Biasider S.A., Malven Trading S.A., Kariel Investment S.A. y Birdcage Trading S.A. constituían *“interposiciones de entes carentes de personalidad jurídica sustancial en cuanto centro de intereses reales, propios y diferenciados, ocultando al Sr. Victor Norberto Quintieri, a quien corresponde imputarle la actuación y el patrimonio de todos esos entes, conforme lo contempla el art. 54 in fine de la ley 19.550”* (v. fs. 125:pto. 21). Los elementos de juicio, en los que el organismo de contralor se basó para arribar a tal resolución, fueron sustancialmente los siguientes: i) la presunción adversa que acarrea la falta de registración en los términos de las Resoluciones N° 7/03 y 2/05 de las sociedades extranjeras Malven Trading, Kariel Investment y Birdcage Trading; ii) la conservación en los cargos del directorio de Biasider S.A. de los Sres. Victor Quintieri y Norberto Quintieri, pese a que las sociedades Kariel Investment y Birdcage Trading adquirieron sucesivamente el 99 % de su paquete accionario; iii) la inexistencia de sede social efectiva de Biasider S.A. y de Kariel Investment S.A.; iv) la celebración de reuniones de directorio y asambleas de Biasider S.A. en el domicilio real de Victor Quintieri; v) las discrepancias entre los libros sociales sobre las verdaderas titularidades accionarias de Biasider S.A.; vi) la reticencia del Ctdor. Meccia en suministrar datos de los accionistas de Biasider S.A.; vii) el desconocimiento de las sociedades por parte de Elsa Machado, quien figura como accionista de Kariel Investment S.A. y representante de la misma en la asamblea celebrada el 15.11.02 por Biasider S.A.; viii) las dudosas características del contrato de compraventa celebrado entre Malven Trading S.A. y Kariel Investment S.A.; ix) la falta de actividad registrada al 30.6.04 por parte de las sociedades Malven Trading y Kariel Investment; x) la ausencia de hacienda comercial y/o industrial y la falta de desarrollo de alguna actividad por parte de Biasider S.A.; xi) la celebración de un convenio con la firma Transterminal S.A. mediante el cual Biasider resignó su derecho a cobro de todos los alquileres adeudados, que en el ejercicio 2001 estaban previsionados en la suma de \$ 1.300.000, sin haber sido tratado el asunto

⁶⁵ “SOBRE EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD A ADMINISTRADORES SOCIETARIOS FRENTE A PAGO EN NEGRO DE SALARIOS”, Zeus Córdoba, tomo 15 pág. 365, 6 de octubre de 2009.

por la asamblea de accionistas; y xii) que contrariamente a la expectativa enunciada en este último acuerdo, las actas de reuniones de directorio posteriores a 2004 señalaron la inexistencia de movimiento comercial en la firma. ... b) La acción de fondo entablada por los actores persigue la declaración de *"la inoponibilidad de la personalidad jurídica de todas las sociedades demandadas a los actores, imputando concretamente al Sr. Víctor Norberto Quintieri, todas las actuaciones efectuadas por dichas sociedades, así como su patrimonio, conforme lo dispone el art. 54 in fine de la ley 19.550"*. Ello, con el último objetivo de acceder a la liquidación de los bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad "Biasider S.A.", para satisfacer los honorarios adeudados por sus ex clientes Malven Trading S.A. y Víctor N. Quintieri, que les fueran regulados en los autos "Sedler Moisés Gregorio y otros c/ Malven Trading S.A. y otro s/ sumario". ... Si bien tales extremos no aparecen, en esta etapa preliminar, fehacientemente acreditados y la resolución dictada en sede administrativa por la Inspección General de Justicia no resulta vinculante en este ámbito judicial, lo cierto es que los elementos allí colectados comportan una serie de indicios, que, analizados dentro del estrecho conocimiento que implica este tipo de medidas y ante la ausencia de una explicación concreta por parte de la apelante acerca de las circunstancias precedentemente expuestas, permiten considerar que se encuentra sumariamente acreditada la verosimilitud en el derecho invocado. La evaluación de los elementos que se acompañan para obtener una medida cautelar, no ha de avanzar más allá de la apreciación de la verosimilitud del derecho invocado, toda vez que la certeza sobre éste se encuentra reservada a una etapa posterior, esto es, la oportunidad del dictado de la sentencia. Ello, siempre dentro de la cuidadosa utilización cautelar del instituto de la desestimación de la personalidad societaria (cfr. CNCom. Sala B, "Corralón Patagónico de Los Andes S.A. c/ Oscar A. Corral Construcciones S.A. y otros s/ medida precautoria" del 5.6.02) y sin que lo expuesto importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto que podrá decidirse una vez sustanciada la demanda con la totalidad de los accionados y producida la prueba pertinente. Finalmente, debe señalarse que el peligro en la demora alegado por los actores tampoco fue desvirtuado...". Lo suscriben Miguel F. Bargalló y Bindo B. Caviglione Fraga.

2. Inexistencia de los supuestos previstos en el art. 54 ter LS.

En el caso IGLESIAS LORENZO JORGE C/ TEXTIL IGLESIAS S.A.I.C. Y COMPAÑÍA Y OTROS S/ ORDINARIO, 47.904/93, en Buenos Aires, a los 23 días del mes de abril del año dos mil nueve reunidos los Señores Jueces de Cámara, votando sucesivamente los doctores Bindo Caviglione Fraga, Ángel O. Sala y Miguel F. Bargalló, apuntaron la siguiente problemática se rechaza la pretensión de la actora de imputar a los socios, por no darse los supuestos que hemos aportado, por lo que hemos destacado los argumentos que nos parecen deben ponderarse.

"... El Señor Juez de Cámara, doctor Caviglione Fraga dice: **I.** La sentencia definitiva de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda por cumplimiento de contrato y cobro de pesos, deducida por Lorenzo Iglesias contra Textil Iglesias S.A. y Compañía, Fernando Iglesias y María del Carmen Iglesias de Cortesi, ... **III.** Ciertamente, el deber de pago contenido en la referida disposición contractual era de Textil Iglesias S.A. Sabido es que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus integrantes y administradores, constituye el eje sobre el que se asienta la normativa societaria, y configura un régimen especial que se explica porque los entes ideales constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio (cfr. CSJN, in re "Palomeque, Aldo c/ Benemeth S.A. y otro" del dictamen del procurador general, del 3.4.03). **Entonces, es necesaria una causal extraordinaria para imputar dicha obligación a la recurrente, máxime cuando la desestimación es en beneficio de uno de los socios** (cfr. CNCom, sala A, "Ulloa, Irma c/ Bence, Jorge s/ ordinario" del 11.5.06; Sala C, in re "Simanca, María Angélica c/ Crosby R. s/ sumario" del 22.12.97). **Para que sea aplicable el art. 54 LS, deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicha**

disposición contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica (cfr. CNCom, sala C, in re “Ferrari Vasco c/ Arlinton S.A.” del 10.5.95). Ello, pues se trata de una causal de responsabilidad de excepción y restrictiva que importa hacer a un lado el principio de personalidad diferenciada ya mencionado (cfr. CNCom, sala E, in re “Roig, Luis c/ Levinton, Teodoro s/ sumario”, del 5.2.07). ... resulta insuficiente para la condena de la coaccionada Iglesias de Cortesi su pasividad frente a la gestión de su hermano ya que no surge además evidencia que acredite la existencia de maniobras de la defendida –tales como intervención en el desvío de los fondos de la venta o en la administración fraudulenta –que ameriten responsabilizarla por las obligaciones de la sociedad en virtud de lo dispuesto por el art. 54 LS. Por las razones expuestas propongo al acuerdo hacer lugar a las quejas de las recurrentes rechazando la condena impuesta por este rubro”. Adhirieron los demás camaristas.

3. Inexistencia de los supuestos del art. 54 ter LS.

La CNCom, Sala D, en Febrero 25 de 2008, en la causa “Merlo Juan M. contra Ponce Diego M. y otros sobre Despido”, el Señor Juez de Cámara, Doctor Dieuzeide, dijo: “1.- Que corresponde conocer el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en fs. 584/94. Los agravios fueron expresados en fs. 618/622 y contestados únicamente por la sindicatura de la codemandada en quiebra Max Marketing & Publicidad S.R.L. en fs. 626/627. a) Este proceso fue iniciado en sede laboral y ante la quiebra de la codemandada Max Marketing & Publicidad S.R.L. quedó radicado ... el objeto mediato de la pretensión del actor fue obtener el cobro de la indemnización por despido con sustento en el vínculo laboral que habría tenido con Max Marketing & Publicidad S.R.L., Arq. Center S.H. de Diego Martín Ponce - Iván Mersich, y en las causales atributivas de responsabilidad que imputó a Iván Mersich, Diego Martín Ponce y Graciela Paulina Soñis. Consideró el señor juez que se encontraba suficientemente acreditada la relación laboral y el despido sin justa causa del actor en Max Marketing & Publicidad S.R.L., y declaró verificada la totalidad de la suma reclamada en la quiebra de esta. Extendió tal condena a Iván Mersich, Arq. Center S.H. (de Diego Martín Ponce - Iván Mersich) quienes, al no comparecer al pleito, fueron declarados rebeldes (fs. 155). Rechazó en cambio la pretensión con relación a los restantes codemandados Diego Martín Ponce y Graciela Paulina Soñis en tanto admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por estos ya que no encontró acreditados los requisitos que exige la ley 19.550:54 y que constituían el presupuesto de la responsabilidad atribuida a los socios directores de la codemandada fallida. ...II) **Ahora bien, para juzgar la procedencia de la condena solidaria a los socios, el art. 54 de la ley de sociedades hace expresa referencia a los fines extra societarios perseguidos, o sea ajenos al objeto social. Por lo tanto, y pese a que el incumplimiento de las obligaciones legales hacia el trabajador genera un marco de ilicitud en el desenvolvimiento interno de la sociedad, tal ilicitud por si misma no configura causa suficiente del uso indebido y deliberado de la sociedad con tal propósito. III) En primer lugar debe tenerse en cuenta que pese a las irregularidades con las que se manejó la sociedad en su conducta con el actor como trabajador de la empresa, ni el objeto ni la actividad social variaron: El mismo actor manifestó que durante su desempeño como empleado realizó tareas como vendedor de publicidad para publicar en periódicos como Clarín, La Nación, El Cronista Comercial, etc. (fs. 10/11), las cuales están comprendidas en el objeto social definido por la cláusula tercera del contrato copiado en fs. 80/81. IV) Por lo tanto, no puede concluirse sin más en que la contratación del actor fuera del marco legal del régimen laboral es suficiente para dejar de lado la personalidad diferenciada entre la sociedad y sus integrantes y administradores, el cual constituye el eje sobre el que se asienta la normativa societaria, y configura un régimen especial que se explica porque los entes ideales constituyen un instrumento que el orden jurídico provee a la actividad económica ... e) Finalmente, en cuanto al agravio que se vincula con la insolvencia de la sociedad y la actitud pasiva para**

capitalizarla o recomponer su patrimonio (v. fs. 621 vta., anteúltimo párrafo), considero que resulta ajeno al ámbito de conocimiento de este tribunal puesto que ni tales hechos ni la consecuencia jurídica atribuida fueron oportunamente propuestos al señor juez de la primera instancia (c.p.c. 277 1ra. p.). Por lo tanto, la vía intentada no es la pertinente para introducir un nuevo planteo o defensa que debió deducirse en la pertinente etapa procesal pues en caso contrario permitiría en esta instancia tratar cuestiones no invocadas ni consideradas en la anterior o fundadas en hechos no articulados en ella, e importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis con el consiguiente menoscabo del derecho de defensa (v. Fenochietto - Arazi "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. 1, art. 277, nro. 2, p. 852, ed. 1987; Morello- Sosa- Berizonce- "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", t.3, art. 272.b, pgs. 413/414, ed. 198. 4.- Por todo lo expuesto propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada e imponer las costas en el orden causado pues, teniendo en cuenta la existencia de doctrina contrapuesta, pudo el quejoso considerarse con derecho para recurrir (art. 68, segunda parte, del Código Procesal). El Señor Juez de Cámara, Doctor Vassallo adhiere al voto que antecede. El Señor Juez de Cámara, Doctor Heredia, dijo: 1°) La demanda de autos se promovió sin indicación del carácter por el cual fueron demandados Diego Martín Ponce y Graciela Paulina Soñis, y en ningún párrafo del escrito de inicio se citó lo dispuesto por el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 (fs. 10/14). Ello pone en evidencia que la pretensión actora fue imprecisa, lo cual tampoco se subsanó en el alegato de fs. 571/574. En rigor, el carácter de socios gerentes de esos codemandados, lo previsto por la citada norma de la ley de sociedades, así como lo atinente a la interpretación que de ella han hecho distintos fallos de la justicia en lo laboral, constituyen aspectos que recién fueron introducidos en la litis con ocasión de ser expresados los agravios (fs. de fs. 618/622). Al ser ello así, lo dispuesto por el art. 277 del Código Procesal, constituiría un valladar para la consideración de tales aspectos. Empero, puesto que la sindicatura no hizo observación alguna sobre el particular (fs. 626/627), y a fin de dar una respuesta acabada a la apelación, juzgo admisible el análisis abordado por el estimado colega, Dr. Dieuzeide, y coincido con su conclusión final consistente en confirmar la sentencia de primera instancia, mas me permito hacer algunas aclaraciones que creo pertinentes. 2°) El art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 consagra una acción cuyo efecto es imputar directamente a ciertos sujetos la responsabilidad civil derivada de una actuación de la sociedad que el legislador reputa contraria a derecho (por perseguir fines extrasocietarios, o ser un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o bien frustrar derechos de terceros). Y para lograr ese efecto, la acción se vale de un vehículo determinado: la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria (no del tipo social, como alguna doctrina ha creído). Sin que sea menester hacer otras precisiones pues la decisión de la causa no lo exige, en cuanto aquí interesa destacar, los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según la ley, exclusivamente dos: (a) los "socios"; y los "controlantes" de la sociedad. Tales son los únicos legitimados pasivos de la acción de que se trata. La comprensión de la palabra "socios" referida por la norma, no ofrece dificultades interpretativas. Se trata que aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios, en tanto la responsabilidad de los "socios" puede verificarse tanto por acción como por omisión ... 3°) Como consecuencia de lo visto, cabe excluir como eventuales sujetos pasivos de la acción de imputación regulada por el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, a los "administradores" o "representantes" de la sociedad, sin perjuicio de las responsabilidades que le competan por los cargos que ocupan en la sociedad en los términos de los arts. 59, 274, 279 y concordantes de esa misma ley. ... Ello es así, porque los administradores o representantes no pueden ser catalogados como controlantes, sino como órganos de la sociedad, por lo que no hay que descorrer el velo de

la personalidad jurídica para llegar a ellos Dicho con otras palabras, el tema de la responsabilidad de los administradores cae fuera del campo de aplicación del disregard, entre otras cosas, porque no es necesario declarar inoponible la personalidad jurídica para demandar responsabilidades a quienes gestionan la sociedad (conf. Boldó Roda, C., Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español, Navarra, 1977, p. 118, nota n° 85). Atendiendo a la precedente conclusión, la responsabilidad que se ha endilgado en autos a los codemandados Diego Martín Ponce y Graciela Paulina Soñis en tanto “gerentes” de Max Marketing & Publicidad S.R.L., no tiene cabida a la luz del art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, contrariamente a lo pretendido por la parte actora en su apelación. 4°) Por otra parte, lo advertido por el Dr. Dieuzeide en su voto en cuanto a que Diego Martín Ponce no es “socio” de Max Marketing & Publicidad S.R.L., resulta dato concluyente para confirmar la total improcedencia respecto de dicho codemandado de una acción de imputación fundada en la referida norma de la ley de sociedades. 5°) En cuanto a la situación de la codemandada Soñis, su condición de “socia” de Max Marketing & Publicidad S.R.L. la hace legitimada pasiva de la acción de imputación referida, mas por las razones desarrolladas por el vocal preopinante en su voto, creo que tal acción es improcedente en el caso. **Al respecto, sólo me permito agregar que, como lo observó el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Lorenzetti, el propósito del art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, es “...sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. La ley responsabiliza a los socios únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas de utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los incumplimientos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad (...) de lo expuesto se sigue que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad -lo que en el caso no se ha probado- pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación. Sin embargo, aun en este supuesto es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresaria...” (conf. CSJN, 29/5/2007, “Daverede, Ana M. c/ Mediconex S.A. y otros”, voto del citado juez, considerandos 9 y 10, LL 2007-D, p. 440)”.**

Parte de los argumentos aquí desenvueltos fueron retomados en el fallo siguiente, como indicaremos. Además en el fallo “Merlo” se retoma la idea de que “su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad”, punto que comentaremos al completar las referencias de los fallos.

4. Falta de legitimación pasiva.

Otro de los fallos traídos al análisis se enrola en la falta de legitimación pasiva de la acción normada en el art. 54 ter de la ley de sociedades y trae argumentos reflejados en el voto del Dr. Heredia en el fallo inmediato anterior, también de la Sala D; **“el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 consagra una acción cuyo efecto es imputar directamente a ciertos sujetos la responsabilidad civil derivada de una actuación de la sociedad que el legislador reputa contraria a derecho (por perseguir fines extrasocietarios, o ser un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o bien frustrar derechos de terceros). Y para lograr ese efecto, la acción se vale de un vehículo determinado, a saber, la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria (no del tipo social, como alguna doctrina ha creído). Pues bien, los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los “socios”**

y los “controlantes” de la sociedad”. Adviértase la congruencia de este argumento con la posibilidad de considerar a esta acción como un tipo de responsabilidad especial en las relaciones de organización.

4.1. Con fecha 29 de julio de 2009, los Señores Jueces de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, dictaron sentencia en la causa "GASULLA EDUARDO Y OTRO C/ ALTOS LOS POLVORINES S.A. Y OTROS S/SUMARIO", donde el Juez de Cámara, doctor Heredia dijo: “1°) Los cónyuges Eduardo J. Gasulla y Adriana Tenerani de Gasulla promovieron la presente demanda ...a fin de que, en los términos del art. 54, última parte, de la ley 19.550, se condenara a los demandados al pago de \$ 100.000, con más sus intereses, en concepto del daño moral que afirmaron haber sufrido como consecuencia de diversos actos de discriminación que entienden imputables a los encartados, y que encuadrarían en lo dispuesto por el art. 1° de la ley 23.592 (fs. 404/423)... La sentencia de primera instancia dictó sentencia rechazando la pretensión de los actores, con costas por su orden”.

4.2. El juez Heredia simplifica la compleja situación para el juicio, que nosotros trataremos de acortar para el análisis.

Un matrimonio adquiere una propiedad en el country Altos de los Polvorines, adquiriendo el marido una acción y apareciendo la cónyuge como socia adherente. Posteriormente se separan, el marido adquiere a nombre de una sociedad otro inmueble y otra acción, el bien de la sociedad conyugal es rematado pero la ex esposa adquiere otra parcela y otra acción. Se niega a la nueva pareja del esposo la calidad de socia adherente, se convoca a la Asamblea donde se modifica el Reglamento para hacerlo factible y esa asamblea es impugnada. Se reclama daño moral, entre otros, contra los integrantes de la Comisión Directiva, de la Comisión de Admisión y del socio impugnante por su acción impeditiva –que fue rechazada pero demoró este juicio-.

Hasta aquí la complicada relación de hechos y de la modalidad de la traba de la litis.

4.3. Ahora los fundamentos del rechazo de la acción que autoriza el tercer párrafo del art. 54 Ley de sociedades en el importante voto del Dr. Heredia, fundado en la “falta de legitimación pasiva”, aunque luego resolverá la satisfacción parcial del daño moral por “discriminación”:

“En los escritos constitutivos la parte actora señaló expresa y reiteradamente que la acción indemnizatoria que entablaba era la prevista por el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 ..., y que los demandados habían utilizado la personalidad jurídica de “Altos de los Polvorines S.A.” para llenar una finalidad extrasocietaria, como fue la de discriminar al matrimonio Gasulla-Tenerani impidiéndole el ejercicio de su derecho constitucional de asociarse con fines útiles (art. 14 de la Constitución Nacional), colocándose aquéllos, mediante esa conducta, en la hipótesis prevista por el art. 1° de la ley 23.952. Es de observar que en ningún pasaje de los escritos de demanda aludieron los actores, o siquiera insinuaron, haber entablado una acción de responsabilidad basada en lo dispuesto por los arts. 59, 274 y 279 de la ley 19.550. Tales normas no fueron siquiera citadas en los escritos constitutivos. Antes bien, cabe reiterarlo con las propias palabras de los actores, lo solicitado por ellos fue que los demandados fueran condenados “...por haber participado en la ilegítima conducta descripta por el art. 54 in fine de la ley 19.550...” (fs. 405 y 1437). Asimismo, cabe poner especialmente de relieve que en ninguno de los escritos de inicio los actores dijeron entablar demanda contra los sujetos indicados en su condición de “socios” o “controlantes” de “Altos de los Polvorines S.A.”. Por el contrario, requirieron que la demanda les fuera “...notificada en el domicilio donde todos ellos desempeñan sus funciones, como directores, síndicos y miembros del “Comité de Admisión” del San Jorge Village, esto es, en

la...sede social de “Altos de los Polvorines S.A.”...” (fs. 405 y 1437) y, como episodios representativos de la discriminación de la que afirmaron haber sido objeto, mencionaron diversos actos cumplidos por los demandados en el ejercicio, precisamente, de las funciones desempeñadas como directores, síndicos o miembros del Comité de Admisión (vgr., modificación del 19/7/96 realizada por el Directorio al art. XV del Reglamento de Admisión; reiterados rechazos de la Comisión de Admisión; etc.), o bien omisiones que encuadraron dentro del mismo marco de actuación profesional (vgr., no haber acatado inmediatamente la decisión de la asamblea de accionistas del 22/10/97 que derogó la apuntada modificación del Reglamento de Admisión, en contradicción con el art. 245 de la ley 19.550 -fs. 414 vta. y 1444-). **Por lo demás, la verificación de que los actores no trajeron a juicio a los accionados por su condición de “socios” o “controlantes” de “Altos de los Polvorines S.A.”, se corrobora claramente en el siguiente párrafo de las demandas: “...En el caso de autos, las ilegítimas actuaciones que se reprochan, provenientes del directorio de Altos de los Polvorines S.A. han sido realizadas a nombre de esa sociedad, mediante “actuaciones” de ese órgano o de supuestos organismos, como la “Comisión de Administración” del country “San Jorge Village”, administrado por dicha sociedad, que, se reitera, nunca podrían haberse llevado a cabo si los síndicos de “Altos de los Polvorines S.A.” hubieran cumplido con las obligaciones previstas en el art. 294 de la ley 19.550...” (fs. 419 vta. y 1451 vta.).** En fin, tal comprensión de las cosas, es inclusive mantenida por los actores en su memorial de agravios, donde afirman, en cuanto a las personas demandadas y la función desempeñada por ellas, que “...esta acción se dirigió no solamente contra los miembros del directorio de “Altos de los Polvorines Sociedad Anónima”, sino también contra el comité de admisión de dicha firma...”; y que lo que se persigue es “...el resarcimiento por los perjuicios generados por el dictado de una norma claramente arbitraria, discriminatoria y fraudulenta por parte del directorio de Altos de los Polvorines S.A., su aplicación por el Comité de Admisión...” (fs. 2977). **En fin, de manera concluyente, a fs. 2984 vta. los actores afirmaron que la responsabilidad que persiguen, por la vía del art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, tiene en cuenta a “...todos los demandados, en tanto integrantes del directorio de la sociedad “Altos de los Polvorines S.A...”.** 4º) La precisión de quiénes son los demandados en autos, y cuál fue concretamente el objeto y fundamento de la acción indemnizatoria promovida contra ellos en ambas demandas, permite realizar las siguientes consideraciones aclaratorias. (a) A mi modo de ver, incurrió la sentencia apelada en incongruencia cuando, al examinar la situación del Presidente y demás integrantes demandados del Directorio de “Altos de los Polvorines S.A.”, lo hizo a partir de las reglas contenidas en los mencionados arts. 59 y 274 de la ley societaria (fs. 2939/2941). Como se dijo, esos preceptos legales no dieron sustento a las demandas de fs. 404/423 y 1436/1456. Consiguientemente, la responsabilidad imputada a los citados accionados no podía ser examinada desde la perspectiva de esas especiales normas societarias. Las demandas, cabe reiterarlo, tuvieron estricto fundamento en el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, a fin de hacer efectiva la responsabilidad prevista por el art. 1º de la ley 23.952, y no otra cosa. **La incongruencia en que incurriera el fallo apelado se evidencia a poco que se repare en que la acción de responsabilidad fundada en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, resulta una vía completamente distinta de la autorizada por el art. 54, tercer párrafo, de la misma ley. Aunque pueden ellas complementarse, no cabe confundirlas, y menos entender que deducida la citada en último término, pueda iura novit curia interpretarse también promovida la otra. En efecto, como lo explica Molina Sandoval, se trata de dos acciones diversas, que tienen ribetes probatorios disímiles y cuestiones fácticas que, aunque pueden estar conectadas en algunos puntos, no son asimilables. Las posibilidades son distintas según cual sea la acción indicada; en un caso se puede negar la condición de administrador, con lo que cae la responsabilidad de acreditarse ello; en el otro la condición de socio o controlante. De tal suerte, promovida una de tales acciones, no puede de oficio el juez**

introducir la otra, pues la aplicación de la regla *iura novit curia* no es fundamento bastante para agregar acciones o defensas que las partes no han propuesto, ya que ello viola el derecho de defensa en juicio -art. 18 de la Constitución Nacional- Dicho con otras palabras, el tema de la responsabilidad de los administradores cae fuera del campo de aplicación del *disregard*, entre otras cosas, porque no es necesario declarar inoponible la personalidad jurídica para demandar responsabilidades a quienes gestionan la sociedad (conf. Boldó Roda, C., Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español, Pamplona, 1977, p. 118, nota n° 85). 5°) Las consideraciones aclaratorias realizadas precedentemente, brindan apoyo, a su vez, a las siguientes reflexiones. (a) Si la acción regulada por el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, no tiene ni puede tener como legitimados pasivos a administradores societarios, mal hizo la parte actora en demandar con ese específico fundamento normativo al Presidente y demás directores integrantes del órgano de representación de “Altos de los Polvorines S.A.”.

Reiteramos así que se rechaza esa acción por falta de legitimación pasiva. El erudito fallo continúa en relación a otras acciones de responsabilidad fundadas en otras normas – responsabilidad de administradores o discriminación-, y así condena al Directorio y libera a la Comisión de Admisión y al accionista que había promovido la acción de impugnación que demoró el juicio, de responsabilidad en un cuidadoso y fundado análisis de funciones y de lo que puede ser calificado abuso de litigiosidad. El Camarista Dr. Gerardo G. Vassallo adhirió al fallo del Dr. Pablo D. Heredia.

5. Inexistencia de las causales previstas por el art. 54 ter LS.

El siguiente se trata del caso fallado por la CNCom, Sala A, el Diciembre 9 de 2008, en la causa “Trialmet Sociedad Anónima contra Destéfano y Feuer Constructora SRL sobre ordinario”, donde se entendió que *“el thema decidendum en esta Alzada consiste en determinar si, frente a la supuesta existencia de los “fines extrasocietarios” denunciados por la accionante (cfr. arg. art. 54, párrafo 3° LS), la cancelación de la deuda reclamada -y cuyo origen se halla en la falta de pago de ciertos cheques- puede ser exigida en forma solidaria a los cuotapartistas de la sociedad demandada.-... la declaración de rebeldía no entraña -sin más- el reconocimiento ficto del rebelde respecto de la verdad de los hechos alegados por la otra parte como fundamento de su pretensión, ni tampoco constituye causal para tener por configurada una presunción iuris tantum acerca de la veracidad de los hechos....Así las cosas, se advierte que la presunción emanada del art. 60 CPCCN sólo resulta procedente en forma nítida respecto de la sociedad accionada rebelde (persona jurídica diferenciada de los socios) quien, como única obligada, no contó en tiempo oportuno los fondos requeridos para cancelar los cheques impagos (en sentido coincidente véase peritación contable, ptos. 1 a 5, fs. 129vta. y 130).- Sin embargo, no obran en el sub examine otros elementos de juicio que justifiquen atribuir directamente a los socios la responsabilidad patrimonial subyacente en cabeza de Destefano y Feuer Constructora S.R.L.- ... Efectuadas estas aclaraciones, corresponde dilucidar si -en el cuadro descripto- es posible, por aplicación del art. 54, párrafo 3° LS, extender a los cuotapartistas la responsabilidad atribuida al ente societario, cupiendo determinar si verdaderamente se configuró en la especie la utilización del ente codemandado “con fines extrasocietarios”, tal como denunció la actora.- Veamos.-3) Alcance de la expresión “fines extrasocietarios” contenida en el art. 54, párrafo 3° LS. Como es sabido, el tema del abuso de la personalidad jurídica y su consecuente sanción de inoponibilidad constituye uno de los puntos más complejos del derecho privado patrimonial y del derecho societario. Es que la cuestión se entronca, justamente, con la noción que se tenga de la personalidad jurídica y, por ende, con el alcance que se confiera a este instituto.-En ese marco, es dable apuntar que la persona jurídica es un ‘recurso técnico’ que permite establecer una organización autónoma*

con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial ... Es decir, la verificación de la expresión analizada debe implicar per se la circunstancia de que a través de la estructura societaria los socios -todos o tan sólo alguno o algunos- procuren, antijurídicamente, la obtención de "fines extrasocietarios".-... Repárese que el incumplimiento por parte del ente demandado no puede dar lugar a responsabilizar, sin más, a los socios del mismo, máxime cuando la actora ni siquiera ha demostrado la imposibilidad de Destefano y Feuer Constructora S.R.L. de satisfacer las obligaciones contractualmente asumidas.... Suscriben el fallo María Elsa Uzal y el Señor Juez de Cámara Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers adhieren al voto precedente de Isabel Míguez.

No tenemos dudas de la corrección del fallo, particularmente señalando que en el caso ni siquiera se acreditó la insolvencia de la sociedad para intentar otras vías responsabilizatorias a los socios o administradores.

6. No extensión de imputación a las sociedades controladas.

Seguimos ahora con el caso '**Lake Tahoe S.A. s/ Concurso preventivo (incid. de revision por Textil Iberá S.A.)' – fallado por la CNCOM - SALA C el 08/05/2009. Se trata de una resolución recaída en un incidente de revisión de la declaración de no admisibilidad de un crédito, donde el objeto de la demanda consiste en el reconocimiento del crédito que Textil Ibera S.A. tiene contra la fallida, tanto por las obligaciones directamente asumidas por ésta, como por aquellas que fueran asumidas por las sociedades antecesoras de Lake Tahoe S.A. en base a la existencia de solidaridad producto del fraude societario en el que éstas incurrieran.- A este efecto, destacó la existencia de un grupo económico al que denominó "Grupo Severino", y señaló que la fallida es la sociedad controlante de las restantes sociedades del grupo. En apoyo de tal afirmación manifestó que en autos fueron acreditadas las numerosas vinculaciones entre la fallida con las sociedades Paacock S.A. y Koshibo S.A., demostrativas de la existente relación de continuidad y sucesión entre éstas.- En este sentido expresó que, en virtud de los artículos 33 y 54 de la ley de sociedades, corresponde atribuir responsabilidad solidaria a la fallida controlante al haber quedado de manifiesto el abuso de la forma societaria mediante el ocultamiento de las deudas de las sociedades del grupo.-**

La Cámara fijó como pretensión “la revisión de un crédito compuesto por deudas contraídas por la fallida así como también por otras deudas asumidas por otras sociedades (Paacock S.A. y Koshibo S.A.)), las que afirma serían integrantes de un grupo.- En atención a lo manifestado, resulta necesario destacar que, en primer lugar, debe ser acreditada fehacientemente la existencia del grupo económico, no resultando suficiente la acreditación de algunos puntos de conexión entre las sociedades. El concepto de grupo implica que varias sociedades jurídicamente independientes actúan bajo una dirección unificada, que determina el rumbo de sus decisiones, configurándose desde el punto de vista económico una única empresa.- Por otra parte, aún cuando dicha circunstancia se hallara acreditada, sabido es que en nuestro ordenamiento ni el conjunto económico, ni el control en los términos de la LSC:33, justifican por sí mismos la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (LSC:54), ni determinan la solidaridad en las obligaciones asumidas por cada una de las sociedades del grupo.- En efecto, claro está que no puede efectuarse una aplicación irrestricta de la teoría receptada en el art. 54 de la ley de sociedades sin vulnerar los principios de la organización societaria y aquellos tenidos en mira por el legislador al diseñar tal instituto.- **Ello determina que, para la aplicación del dispositivo legal previsto en la norma, la**

actuación de la sociedad debe haber sido utilizada para encubrir la consecución de fines extrasocietarios, constituir un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros (conf, LSC 54).-En dicho marco, únicamente cuando la persona jurídica traspone los fines para los que fue creada y abusa de la forma que le fuera concedida, es posible desestimar la personalidad para considerar la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que se ocultan detrás.- Lo cierto es que, de la prueba aportada por el incidentista se advierten numerosas vinculaciones entre las sociedades mencionadas como integrantes del grupo al que denominó "Severino", sin embargo no se cuenta con evidencia fáctica suficiente para concluir que tales conexiones determinen la existencia de un grupo de sociedades que se encuentre bajo una única dirección, o que la fallida ejerza sobre las demás un dominio en la toma de decisiones.-Del mismo modo, no se advierte de las constancias aportadas el uso abusivo de la estructura societaria o el desvío de los intereses en beneficio de la fallida.- Es decir, la prueba que la incidentista aportó a la causa es demostrativa de las relaciones que existen entre las sociedades, mas no resulta de esta la acreditación del abuso de la personalidad jurídica exigida por la ley para tornar viable la aplicación del instituto de la desestimación de esa personalidad. En efecto, la prueba no reveló que la fallida utilizara la estructura societaria para la consecución de fines extrasocietarios, o hubiera sido utilizada como mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros (conf, LSC 54).-Entonces, no siendo tales extremos acreditados en medida suficiente para justificar la aplicación del art. 54 de la LSC, es que se considera improcedente apartarse de los fundamentos tenidos en cuenta en la sentencia dictada en la instancia anterior para lograr la revisión pretendida”.- Con esos argumentos se desestimó la revisión, suscribiendo el fallo José Luis Monti - Bindo B. Caviglione Fraga - Juan Manuel Ojea Quintana.

De esta forma se mantuvieron intactos los patrimonios de las sociedades supuestamente dominadas para continuar su funcionalidad. No obstante si la fallida era controlante, el acreedor se beneficiaría de ello pues las acciones de control de aquellas –si ese control fuere cierto- se venderían en beneficio de los acreedores.

III - ALGUNOS CRITERIOS SOBRE INOPONIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LA CORTE O SUS MINISTROS.

La Corte Suprema ha sostenido en el llamado caso Palomeque, con mucha limitación, el criterio para responsabilizar a los socios conforme la norma del art. 54 ter LSA. En ese fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, puede verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de imputaciones constitutivas. Ya hemos hecho referencia al mismo.

Se hace referencia a la insolvencia como condición de aplicación de la acción del art. 54 ter LS. (infrapatrimonialización).

La infracapitalización, en realidad la infrapatrimonialización, constituye un supuesto que puede generar tanto la aplicabilidad de la teoría de la “inoponibilidad” como la responsabilidad de administradores, pudiendo constituir un presupuesto de ilicitud cuando se contrate con terceros a sabiendas de la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones que así se contraigan, que caiga en la previsión del art. 19 LS –actividad ilícita, aunque los actos cumplidos sean lícitos individualmente-. Justamente, como resulta del caso Palomeque, en el caso Daverede, Lorenzetti en su disidencia, punto 8 con cita de aquel fallo, señala in fine “porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue

obtenido al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley”, o sea que el desvío debería ser constitutivo y no posterior, con lo que discrepamos.

La crisis fundamental de las sociedades es su infrapatrimonialización, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad, vinculado a que la sociedad “manipulada” sea insolvente⁶⁶, agregamos que fuera de esa situación no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En ese caso no se intenta aplicar la teoría de la inoponibilidad para responsabilizar a los socios, sino de responsabilidad de administradores.

En nuevo fallo⁶⁷ se destaca la disidencia del Dr. Lorenzetti propiciando tratar el recurso donde se refiere no sólo a la responsabilidad de administradores sino a la aplicación de la teoría de la inoponibilidad: “Cabe señalar, respecto de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los

⁶⁶ La "doctrina de la penetración" o "teoría de la desestimación de la persona jurídica" puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la "teoría de la penetración" implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad "pantalla" del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma....La aplicación de la "teoría de la penetración" requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un "socio controlante" de la sociedad "interpuesta", porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al socio controlante en la medida que ha utilizado una "pantalla" para evadir sus responsabilidades (art. 14, ley de contrato de trabajo) (Adla, XXXIV-D, 3218 ; XXXVI-B, 1175) aunque, de cualquier forma, su situación no puede ser más grave que la de un socio colectivo, resultando responsable previa efectiva ejecución de los bienes sociales: CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 989. - Aguirre, Simeón L. c.Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. - El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolventación. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia ; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCom. ,SALA B , diciembre 6 - 982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B. 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165. No basta la demostración de una ceñida vinculación interempresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica (art. 2º, LSC), mediante la aplicación de la teoría del *disregard*, puesto que el proceso de concentración empresarial tiene –con excepción de casos patológicos– una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que intenta regular el derecho. En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación ni el control ni la estructura en *holding*, ni el sistema de filial y madre, para citar sólo algunas variantes de combinación de empresas económicas, han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*. Por lo demás, en muchas ocasiones se ha arribado a soluciones en que la desestimación aparece como un exceso que perjudica toda la creación jurídica que implica la estructura llamada *persona de existencia ideal*, en el derecho Admitiendo que el origen doctrinario de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se encuentra en su aplicación jurisprudencial por los tribunales estadounidenses, resulta acertado estudiar los casos en que se ha declarado precedente. He aquí una serie o listado de posibilidades que permiten inferir la existencia de un conjunto económico, es decir, en que media la calidad de agente, adjunto, o alter ego, etc., de una respecto de otra empresa. Tales indicios son, entre otros, la valoración de la suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; medida en que existe un directorio común, medida en que ambas tienen departamentos administrativos o comerciales comunes ; medida en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable a una de ellas ; medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante, intervino causalmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción ; tipo de negocio de cada uno de ellas ; medida en que el comercio o el público en general consideraba a las dos una única empresa ; posibilidad de error en el contraparte contractual en cuanto a la persona promitente. - Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derechos a que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. - La doctrina del "disregard" ha presupuesto, en la formulación inicial, la situación crítica de la insolvencia, pero en su aplicación jurisprudencial, no siempre se ha requerido la existencia de un perjuicio real y actual ni que una de las partes haya caído en estado de insolvencia. - La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo ; la esencia de tal aseveración debe buscarse precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad. CNCom, Sala A, 9/8/79, “Zamora Ventas SRL c/Técnica Comercial<%> Hoy SA”, LL, 1980-C-27, y ED, 85-488.

⁶⁷ CSJN in re “Daverede Ana M. c Mediconex S.A. y otros, La Ley IMP. 2007-13 (Julio) 1330.

trabajadores) es la del derecho común, que obliga a indemnizar el daño, la cual es diferente a la del obligado solidario en las obligaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar y ello por cuanto la solidaridad no se presume (art. 701 del Código Civil) y debe ser juzgada en forma restrictiva ... Para imponer la responsabilidad de los directores de la sociedad demandada por omisión en las registración de la actora, resulta necesario demostrar el daño, que ha mediado mal desempeño, violación de la ley, estatuto, reglamento, dolo, abuso de facultades y culpa grave. Por lo demás, la responsabilidad es por la actuación personal y no alcanza a otras que no correspondan a la gestión. Aquélla ha de juzgarse en concreto, atendiendo a las específicas funciones asignadas personalmente por el estatuto, reglamento o decisión de la asamblea en el área de la empresa propia de su incumbencia. ...Esta Corte ha descalificado la aplicación indiscriminada de la desestimación de la personalidad jurídica y los jueces ordinarios deben conformar sus decisiones a las sentencias del Tribunal dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 312:2007; 319:2061; 320:1660; 321:2294, 3201; 325:1515; 326:1138, entre muchos otros) ... En las causas "Carballo, Atilano c. Kanmar S.A. (en liquidación) y otros" y "Palomeque, Aldo Renée c. Benemeth S.A. y otro", registradas en Fallos: 325:2817 y 326:1062, respectivamente, esta Corte Suprema de Justicia dejó sin efecto pronunciamientos que, en contraposición con principios esenciales del régimen societario habían prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que ésta conforma un régimen especial que se aplica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía ... Conforme la doctrina sentada por esta Corte en el caso "Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros s/despido", del 4 de julio de 2003, (Fallos: 326:2156), no es arbitrario lo resuelto por la alzada laboral en el sentido de que no cabía hacer lugar a la extensión de la condena pretendida, con sustento en el art. 274 de la ley de sociedades, porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley⁶⁸ ... La causal de responsabilidad prevista en el artículo 54 in fine de la ley 19550 debe interpretarse en forma restrictiva, porque, de lo contrario, se dejaría sin efecto el sistema legal estructurado sobre la base del art. 2º de la ley 19.550 y arts. 33 y 39 del Código Civil. En tal sentido, no es ocioso destacar que en el mensaje de elevación de la ley 22.903 se señaló que el supuesto que contempla se configura cuando la sociedad se utiliza "para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 19.550". ... El propósito de la norma prevista por el artículo 54 in fine de la ley 19550 es sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. La ley 19550 responsabiliza a los socios únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas de utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los incumplimientos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad.... La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad, pues ante la

⁶⁸ Sin duda el Dr. Lorenzetti se refiere al equívoco de invocar normas de responsabilidad cuando se intenta aplicar el régimen del art. 54 ter LS, aunque la doctrina americana sostiene que la llamada desestimación de la personalidad –que si ocurre en ese derecho pero no en el nuestro, ni tampoco la inoponibilidad- son formas de responsabilización, lo que no aparece desatinado, siendo la norma referida una forma de responsabilidad en las relaciones de organización. El criterio no es distinto del seguido en el caso Palomeque. Y a ese criterio respondería el párrafo siguiente que se transcribe del voto del Presidente de la Corte, al referirse al art. 54 ter LS como norma de responsabilidad.

inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación ... Aun en el supuesto de insolvencia de la sociedad demandada⁶⁹, y a los efectos de la aplicación del artículo 54 in fine de la ley 19550 es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresarial ... En Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mayo 28 de 2008, "Funes, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro".

El recaudo de la insolvencia referido es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos.

En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma. En muchos casos, los administradores ante la insolvencia de la sociedad –generada por su propia decisión de patrimonializarse por la emisión de obligaciones ó de crédito sin recurrir a aportes de los socios-, ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, abusaron de la estructura societaria para so pretexto de ella perjudicar a los acreedores y beneficiar a los socios. Este es un supuesto típico donde sin recurrir a los remedios societarios de capitalizar la sociedad a través de los socios o terceros, la presentan en concursos o pretenden acuerdos preventivos extrajudiciales con quitas y esperas que implican un enriquecimiento para los socios que no asumieron la causal de disolución⁷⁰. Ello importa por un lado la imputación directa a quiénes hicieron posible esa actuación para beneficiarse. Pero además esa insolvencia fue declarada por administradores, fiscalizadores y socios de control para usar abusivamente la sociedad, recurriendo marginalmente al acuerdo concursal o extraconcursal para frustrar los derechos de acreedores y, además, enriquecerse por un medio ajeno al cumplimiento del objeto social, causa lícita del negocio societario y de la constitución de la persona jurídica.

Adviértase entonces la sintonía de la infrapatrimonialización constitutiva, o de la falta de un plan de negocios coherente, para imputar las obligaciones a los controlantes en caso de incapacidad patrimonial de la sociedad, sea constitutiva o devenida si la sociedad no es sometida al proceso de liquidación previsto por la ley, que permita transparentar que la sociedad no fue usada en forma abusiva y la eventual insuficiencia patrimonial resulta del riesgo empresarial no imputable ni a los socios ni a los administradores.

III - EN CONCLUSIÓN.

El régimen especial del art. 54 in fine LSA no difiere fundamentalmente, en alguno de sus aspectos, del régimen general de atribución de responsabilidad por conductas, que impone la obligación de reparar cuando concurren todos los presupuestos de la responsabilidad civil: antijuridicidad, factor de atribución suficiente, daño causado y relación de causalidad relevante. Sin duda en ciertos casos importa una imputación para asegurar el cumplimiento de un acto, pero en general importa un sistema de responsabilidad específico de las relaciones de organización.

Estas conclusiones son casi el prólogo para tratar el caso que separamos para integrar el último capítulo de este ensayo.

Capítulo 3º

RESPONSABILIDAD POR INFRAPATRIMONIALIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE HECHO (El caso Arancibia)

I – INTRODUCCIÓN.

⁶⁹ No se justifica la aplicación del sistema sino ante la incapacidad patrimonial de la sociedad, o en supuestos donde se “usa” la situación de insolvencia para imponer soluciones abusivas. Nto. *¿Es abusiva una propuesta concursal similar en quita y espera a la formulada por el Gobierno argentino para atender la deuda pública externa?* en Zeuz, Año XXXIV, 10 de diciembre de 2007, tomo 105, pág. 2.

⁷⁰ Nto. “Insolvencia societaria”, citado.

Uno de los fallos traídos a este Seminario es el de la CNTrabajo, Sala III, Septiembre 22 de 2008, “Arancibia Nora y otros contra Rodríguez Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales”.

Habíamos hecho referencia al mismo, también instados por Ricardo Nissen en dos ensayos “LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)” y “FALTA DE PATRIMONIO SOCIETARIO: ¿puerta para la responsabilidad de administradores y socios de control?”⁷¹.

Reiteramos y subrayamos algunas ideas sobre la responsabilidad de socios en ciertos tipos sociales y la falta de responsabilidad de los administradores en todos los tipos. La cuestión se vincula a un aspecto hoy muy sensible: la relación de empleo y su vinculación a la falta de dotación patrimonial de una sociedad o su desaparición, y si bien extraña esta jurisprudencia a la crisis de la “globalización financiera”, puede anticipar alguna visión.

Nos venimos preocupando particularmente para que los administradores societarios no asuman responsabilidad en ningún caso. Pero ello debe resultar de su obrar diligente, incluso evitando actitudes omisivas como las que resultan del caso.

Los votos de los Ministros Porta y Guibourg se desplazan a través de la lógica formal y el realismo empresarial generando un constructivismo en torno al sistema jurídico de las relaciones de organización.

Los argumentos del fallo son coincidentes con nuestra posición de que las crisis societarias deben ser asumidas conforme las normas que regulan específicamente estos entes, para evitar que administradores y, eventualmente, socios puedan ser imputados de responsabilidad⁷².

Punto central es la congruencia entre el patrimonio de la sociedad y el objeto social – empresa-, y allí recalcan los fundamentos de este fallo para responsabilizar a socios y gerentes de una S.R.L.

Desde nuestra posición, si bien existe libertad para constituir una sociedad con patrimonio escaso, ello debería resultar del plan de negocios⁷³ esbozado para cumplir con el objeto social, pues caso contrario la sociedad nacería con una causal disolutoria genética. La responsabilidad originaria de los constituyentes en cuanto a la dotación patrimonial –basada particularmente en el caso Palomeque-, se desplaza hacia los administradores en la funcionalidad de la sociedad, imponiéndoles a los mismos evitar que se genere daños a terceros –o a la misma sociedad y los socios-, y ante una dificultad como lo es su infrapatrimonialización poner la cuestión a consideración de los socios⁷⁴.

⁷¹ En libro colectivo “Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, págs. 111 a 166. y págs. 291 a 316, respectivamente.

⁷² Nto. *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios* en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial, -en prensa- Ed. Lexis, Buenos Aires; *Administración societaria: responsabilidad por no actuar tempestivamente ante la crisis (Corporation's administration: responsibility for inactivity in front of the economic crisis)* en Anuario X del CIJS, Centro de Investigaciones Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 291; en las *XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, San Nicolás 16 y 17 de octubre en tema FINANCIAMIENTO INTERNO Y EXTERNO DE LA SOCIEDAD COMERCIAL CAPITAL SOCIAL. FUNCIONES. INFRACAPITALIZACIÓN. RELACIÓN ENTRE EL CAPITAL SOCIAL Y EL OBJETO: *PATRIMONIO SOCIAL Y OBJETO POSIBLE*. Pág. 5, *La conservación de la empresa por asunción de la crisis en la organización societaria (I. ¿Oportunidad para asumir la crisis? II. La funcionalidad societaria y la asunción de la crisis. III. Tempestividad y bien jurídico tutelado. IV. El derecho societario de crisis. V. Conductas tempestivas a seguir ante la crisis para evitar responsabilidades. VI. Reflexiones)* págs. 192 a 216.

⁷³ Ntos. *El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro; *LA PLANIFICACION PRECONCURSAL (actuando tempestiva y extrajudicialmente)* en libro AAVV “Crisis de la Economía Mundial y Concursalidad” Edición de Fundación de Cultura Universitaria, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, págs. 131 a 166, República Oriental del Uruguay 2008.

⁷⁴ Ntos. “Insolvencia societaria” y demás artículos citados en notas.

II – EL FALLO Y LOS VOTOS.

El Dr. Guibourg, expresó el primer voto en el fallo de la CNTrabajo, Sala III, con fecha Septiembre 22 de 2008, en la causa: “Arancibia Nora y otros contra Rodríguez Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales”.

Recomendamos la lectura del fallo y de nuestros comentarios, de donde resulta que la atribución de responsabilidad se basa en la CONDUCCIÓN FRAUDULENTO, MUDANZA SIN DEJAR RASTROS, CONDUCTA DOLOSA y LIQUIDACIÓN DE HECHO, que trataremos en los apartados siguientes.

III – PATRIMONIO DESAPARECIDO.

La mudanza sin dejar rastros implica que la sociedad quedó sin activos en su patrimonio.

Afirma Nissen que “Basta reparar que nuestro legislador societario, conciente de la verdadera importancia del capital social, incluyó a la pérdida del mismo como causal autónoma de disolución de la sociedad en el artículo 94 inciso 5° de la ley 19550. Ello es sumamente elocuente y quiere significar que la ley no admite sociedades comerciales sin capital social, y no se requiere demasiado esfuerzo de imaginación para concluir que el legislador se refirió en este inciso a la pérdida de la garantía que el mismo implica para los terceros, pues de interpretarse que dicha causal disolutoria se funda en la inexistencia de capital para afrontar nuevos negocios, ello resultaría totalmente sobreabundante, en la medida que, de ocurrir tal circunstancia, la hipótesis quedaría subsumida en el inciso 4° del referido artículo 94, cuando prevé la causal de disolución de la sociedad, por imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto social. - El mejor ejemplo de todo lo expuesto lo brinda el artículo 99 de la ley 19550, cuando dispone que los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haber comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación, disponiendo acto seguido, que *cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. Es de toda evidencia que el legislador, al no hacer salvedades en lo que respecta al tipo de sociedad de que se trata, como lo hace el artículo 106 del mismo ordenamiento legal, consagra la responsabilidad limitada y solidaria de todos los socios o accionistas de una sociedad disuelta, cuando sus administradores ignoran el trámite liquidatorio, solución que encuentra sobrado fundamento cuando la sociedad, cualquiera fuere su tipo, está disuelta por pérdida de su capital social”⁷⁵.

Se impone recordar que ANTE LA CRISIS SOCIETARIA, no puede mantenerse una ACTITUD OMISIVA DE LOS ADMINISTRADORES, quiénes deben actuar con TEMPESTIVIDAD Y RESPONSABILIDAD. Se trata concretamente de apuntar a la responsabilidad ante la insolvencia no asumida de la sociedad⁷⁶. La actividad de los administradores deberá ser calificada de dolosa si continúan operando en cesación de pagos, con causal disolutoria de imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social⁷⁷.

⁷⁵NISSEN, RICARDO AUGUSTO *INFRACAPITALIZACION SOCIETARIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS POR DEUDAS LABORALES. NUEVAMENTE LA JUSTICIA VIENE DE LA MANO DE LOS TRIBUNALES LABORALES* (Comentario al caso “Arancibia Nora y otros contra Rodríguez Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales”). Publicado en La Ley 19 de noviembre de 2008.

⁷⁶ Nto. *Respuestas a la insolvencia societaria* en La Ley On line Ciencias Económicas Nro. 1005.

⁷⁷ *LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA*, comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concurso, en Montepulciano, Italia, 23/25 septiembre 2009, www.acaderc.com.ar

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

La infrapatrimonialización aparece como genética de la insolvencia. La inexistencia de insolvencia ha llevado a rechazar la pretensión laboral contra el administrador por pagos en negro, sin perjuicio de sancionarlo imponiéndole hacerse cargo de las multas previsionales, lo que hemos tratado en “SOBRE EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD A ADMINISTRADORES SOCIETARIOS FRENTE A PAGO EN NEGRO DE SALARIOS”⁷⁸.

La falta de recursos patrimoniales (por ser insuficientes o por sobreendeudamiento) para satisfacer las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario en análisis. De allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social –a veces sin pérdida del capital- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria.

En la insolvencia societaria, creado el patrimonio, generada la persona jurídica, la relación genética intenta el cumplimiento del objeto social con un patrimonio dado. La imposibilidad de cumplimiento del objeto social es causa de disolución e impone la liquidación del ente si no se absuelve la causal.

Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalar: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente.

La normología societaria trae soluciones, las mismas son a cargo de los socios en primer lugar y de los acreedores en segundo lugar. Es la forma de asumir los repartos con justicia ante los acontecimientos. Son los órganos societarios los que deben asumir esa solución en el campo privado, previsto en la normología societaria y sujeto al valor justicia, con equilibrio en los repartos conforme el ejercicio de la capacidad jurigenética y funcional que tienen los socios. Si estos no los asumen, por una regla de equidad –principal equity rule- quedan subordinados y son los acreedores los que deben asumir los riesgos, pero también los beneficios.

Eje de la cuestión es que constituyentes y administradores deberán determinar si la sociedad es patrimonialmente apta para cumplir el objeto social al inicio, anualmente o ante una causal de disolución. Y a su vez lo deberán someter a la consideración de los socios o accionistas⁷⁹. La integral aplicación de las normas sobre sociedades, como de otras del sistema jurídico, debe permitir prevenir su insolvencia e impedir la transferencia de los daños a los acreedores⁸⁰. Si los administradores continúan la operación de una sociedad, y el patrimonio no es apto para el cumplimiento del objeto (empresa), ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales del C.C. y específicos de la ley de sociedades, todos de base subjetiva.

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico,

⁷⁸ En Zeus Córdoba, tomo 15 pág. 365, 6 de octubre de 2009.

⁷⁹ Nto. *Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía! (En torno a la insolvencia societaria)* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires diciembre 2005, n° 217, tomo XVII pág. 1532.

⁸⁰ Nto. *Insolvencia societaria y responsabilidad* pág. 380 y ss. en JA libro en Conmemoración de su 80º Aniversario, 1918-1998; y en “Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado”, Córdoba 2000, ed. Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss..

la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Estos aspectos han motivado exteriorizar nuestra posición recientemente en ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligenacias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores)⁸¹.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Recuérdesse que la ley de sociedades argentina autoriza el aumento de capital, la capitalización del pasivo -que es una forma de superar las dificultades y que en tal caso se extinguen las fianzas y garantías personales de terceros, impone la reintegración del capital social⁸², y soluciones liquidatorias privadas al no poder alcanzarse el cumplimiento del objeto social -empresa-, si los socios no deciden remover el obstáculo, y otorga amplias formas y técnicas de reorganización y reordenamiento del negocio. Con Ángel Rojo mantuvimos muchas conversaciones sobre el punto antes de la formulación de los proyectos españoles, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un proyecto novedoso en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños⁸³.

Una de las crisis de las sociedades es su infrapatrimonialización⁸⁴, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad. La aplicabilidad del art. 54 de la ley 19.550 requiere -en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso Daverede comentado al final del capítulo anterior-, como presupuesto indispensable que la sociedad "manipulada" sea insolvente⁸⁵, ya que,

⁸¹ Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, 2009 tomo XXI pág. 983, septiembre 2009.

⁸² RICHARD, EFRAÍN HUGO, SILVA OROPEZA, ANTONIO *EL AUMENTO DE CAPITAL COMO SOLUCIÓN A LA CRISIS*, Comunicación al II Congreso Mexicano de Derecho Concursal, Guadalajara 2008, en Revista Electrónica "Via Crisis" Lima, 20 de agosto de 2008, Año 3 n° 40.

⁸³ En "DE LA INSOLVENCIA, In Momorian de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia: *En torno a responsabilidad y concurso. Un "embrión" de proyecto*. T. III pág. 313, *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* T. III pág. 549, y *Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II)*. Tomo III pág. 579.

⁸⁴ La aplicabilidad del art. 54 ter de la ley 19.550 requiere -en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso Daverede-, como presupuesto indispensable que la sociedad "manipulada" sea insolvente, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma.

⁸⁵ La "doctrina de la penetración" o "teoría de la desestimación de la persona jurídica" puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la "teoría de la penetración" implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad "pantalla" del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma....La aplicación de la "teoría de la penetración" requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un "socio controlante" de la sociedad "interpuesta", porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al socio controlante en la medida que ha utilizado una "pantalla" para evadir sus responsabilidades (art. 14, ley de contrato de trabajo) (Adla, XXXIV-D, 3218 ; XXXVI-B, 1175) aunque, de cualquier forma, su situación no puede ser más grave que la de un socio colectivo, resultando responsable previa efectiva ejecución de los bienes sociales: CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 989. - Aguirre, Simeón L. c.Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolventación. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia ; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCom. ,SALA B , diciembre 6 - 982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B. 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165.

sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación.

El recaudo de la insolvencia es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos, como hemos ya comentado..

IV - RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES

¿Cómo asegurar esa actuación temprana, prejudicial, privada, de bajo coste de transacción desde las sociedades en crisis?

Si los administradores societarios no formularan un plan para afrontar la crisis y de ello resultara daño, podrían ser responsabilizados, incluso ante la posterior homologación de un acuerdo⁸⁶.

Sin duda la insolvencia –la mera crisis- genera daños en el entorno de la sociedad en crisis. Hasta aquí hemos tratado las referencias a un *plan de negocios* dentro de la insolvencia declarada, para lograr soluciones. Afrontamos ahora un análisis de la insolvencia desde el derecho de daños. Consideramos que operar en insolvencia genera daños. Los incumplimientos dañan, inclusive contagian el incumplimiento y potencian los daños, multiplicándolos.

Se afirma⁸⁷ que “El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad por daños...: cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño. Para decirlo simplemente, la posibilidad de verse enfrentado al deber de resarcir constituye una amenaza menos seria cuanto menor es la solvencia del potencial dañador... La denominación inglesa “judgment proof” precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia nula los convierte en sujetos “a prueba de condenas”. Esto explica a lo que se refería Alberti, a la insolvencia planificada⁸⁸, y –obviamente- a la necesidad que se piense en un plan de recuperación ante lo constatado negativamente.

A la postre, se enfatiza⁸⁹ “... pasar a ser un agente insolvente no es más que una decisión”. Decisión que muchas veces se adopta en la constitución misma de una sociedad, o traspasando los riesgos a otros agentes –p.ej. obligacionistas- y luego manteniendo conductas

⁸⁶ Nta. posición sobre este y otros aspectos puede verse en *Invalidez societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; *Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia*, pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006. *Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia* en “Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en Sociedades Anónimas”, AAVV, directores José M. Embid Irujo y Daniel Roque Vítolo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005 pág. 165. *RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO POR OMISIÓN (no liquidarla ni presentarla en concurso y no llevar contabilidad en forma)*, en Revista de las Sociedades y Concursos, Ricardo Nissen Director, n° 43 año 2007 noviembre-diciembre año 9, pág. 127. *Respuestas a la insolvencia societaria* en La Ley 24 de septiembre de 2007 pág. 1 y ss..

⁸⁷ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema de la insolvencia en el Derecho de Daños. Un aporte para su análisis económico* en Jurisprudencia Argentina 2008-1 Número especial “Derecho y Economía” coordinador por Hugo A. Acciarri, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, doctrina, pág. 10 y ss.

⁸⁸ PALACIO LAJE, Carlos *Delitos de vaciamiento de empresas*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002, refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo” (p. 54), “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido operando en insolvencia, lo que como vimos el A. califica como “ardid”, con un análisis minucioso de la figura del art. 174 6° CP. un delito penado con 2 a 6 años que determina en su primera parte “el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinada a la prestación de servicios”, como afectación al patrimonio como prenda común (pág. 85 y ss.), para más adelante (Capítulo 5) tomar la segunda parte de ese art. 174 art. 6° (pág. 105) “destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital”, donde reflexiona que la norma sólo se refiere a la “cuantía del activo” (pág. 109), “de ese patrimonio sólo se alude a la disminución del activo y no al aumento del pasivo” amplia.

⁸⁹ ACCIARRI, Hugo A.; CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea *El problema ...* citado.

para maximizar las ganancias haciendo soportar el riesgo de la insolvencia a los acreedores, “... entendemos que el agente en cuestión decidirá ser insolvente cuando ello le sea más beneficioso que no serlo”, tal situación se advierte en las sociedades cuando no adoptan los administradores y los socios si son llamados a hacerlo, las medidas societarias para paliar la crisis, que las hay y muy buenas.

Actuando como buen hombre de negocios, se impone al administrador societario, como deber de lealtad, informar a los socios para que estos colaboren en la asunción de la crisis. Cumpliendo ese deber, no omitiendo diligencias propias de un buen hombre de negocios no asumen responsabilidad.

Si se constata que no hay planificación, que no existieron previsiones, que no se formuló ningún plan de empresa, que no hay dotación patrimonial suficiente, que no puso la cuestión a decisión de los socios⁹⁰ para que realicen aportes y aseguren la patrimonialización para enfrentar la actividad social, se genera responsabilidad por los daños que se acrediten por tales actos u omisiones causados. Conforme la ley actual, si se ha abusado del medio técnico, los controlantes deberán dotar a los liquidadores para satisfacer el pasivo o deberá abrirse la quiebra con responsabilidad para los que agravaron el estado de cesación de pagos. Una norma expresa en tal sentido, eliminaría la mayoría de las quiebras –incluso de los concursos–.

V – LA LIQUIDACIÓN DE HECHO –DESAPARICIÓN O TRASVASAMIENTO- Y LA APLICACIÓN DEL ART. 54 TER LSA.

La liquidación de hecho, tal como la desaparición sin dejar rastros, son elementos imputativos de responsabilidad a administradores.

El Tribunal Superior de Córdoba, a través de su Sala Laboral, con fecha 4 de junio de 2008 en la causa “Luchéis, Atilio Domingo c/ Hotel Residencial Plaza y otros – Ordinario – Despido – Recurso de casación⁹¹”, expresó en un caso de trasvasamiento “el desconocimiento de los derechos adquiridos por el trabajador, lo que define un fraude a las leyes que no puede ser convalidado (art. 14 L.C.T.). A mayor abundamiento viene al acaso recordar que la legislación laboral busca evitar el perjuicio, estableciendo la responsabilidad como sanción **cuando se verifican maniobras que tienden a eludir la observancia de la ley**” (el destacado nos pertenece).

“La indebida utilización del contrato de sociedad para encubrir fines ilegítimos o contrarios al espíritu del legislador explica la necesidad de poner límites a los beneficios de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales ... Se encuentran acreditados los extremos que tornan aplicable lo dispuesto por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550, cuando, además de encontrarse consentida, firme e impaga la sentencia dictada en sede laboral, el socio gerente de la sociedad de responsabilidad demandada ha admitido expresamente haber realizado el patrimonio de la sociedad que conformaba, olvidando la existencia del procedimiento para la disolución y liquidación de sociedades que disponen los artículos 94 y siguientes de la ley 19550. Ello resulta suficiente para responsabilizar a ambos codemandados, en forma solidaria e ilimitada, puesto que no sólo han frustrado los derechos de terceros a través de la actuación societaria, sino que además no han cumplido con el “estándar” de conducta marcado por el art.59 de la Ley 19.950, y por ello, resultan responsables en virtud de lo normado por el art. 157 de aquél cuerpo legal. ... La omisión de los trámites liquidatorios de una sociedad – que no implica otra cosa que “desaparecer fácticamente de un determinado lugar - no puede dejar subsistente, para los socios de la misma, los beneficios del tipo de sociedad elegido, y mucho menos, la limitación de la responsabilidad de aquellos por las obligaciones de la sociedad. La aplicación

⁹⁰ Como apuntan BARREIRO y TRUFFAT en *Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores* citado.

⁹¹ En Zeus Córdoba, n° 316, año VII, 4 de noviembre de 2008, tomo 13, pág. 512.

para estos casos de la norma prevista por el art.54 in fine LSC, no deja lugar a dudas. Así lo resolvió la CNTrabajo, Sala I, Mayo 23 de 2008, “Olivieri Mario contra Menhires SRL sobre ejecución de créditos laborales”, con el voto del DR. VILELA .

Volviendo a un fallo ya comentado sobre la liquidación de hecho, aplicando la teoría de la inoponibilidad: “La excusa ensayada por el presidente del directorio de la sociedad empleadora, a los fines de justificar su omisiva actuación, relativa a su radicación en los Estados Unidos, es inadmisibles, ya que si no podía ejercer la administración de la sociedad a cuyo frente se hallaba, no debió asumir – y mantener- ese cargo - en el directorio, máxime cuando surge de las constancias de autos, que las órdenes e instrucciones provenían del extranjero. ...Un director "inactivo" debe informar sobre lo que sucede en la corporación, por la conducta de aquellos que conocía o debió conocer, examinando la documentación de la compañía....La insolvencia de la sociedad es uno de los elementos a considerar cuando se evalúa la conducta de aquellas personas cuya responsabilidad puede ser decretada con sustento en la normativa societaria, mas no es el único, y en el caso, la situación de quien fuera empleadora de los actores, reitero, sociedad casi absolutamente controlada por la compañía extranjera apelante, y su cesación de actividades de manera abrupta que se revela rayana al vaciamiento y consecuente insolvencia de la primera, enmarca en las prescripciones del art.54 tercer párrafo de la ley 19.550, sin que a ello obste lo expuesto no implica un apartamiento de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas “Palomeque” y “Carballo”, por haberse comprobado en autos extremos fácticos de aristas disímiles. ...No resulta reprochable la existencia de un conjunto económico de carácter permanente, sino las maniobras efectuadas por las sociedades demandadas en torno del cierre de la empresa, que revelan una conducción e intromisión temerarias en el manejo de los negocios, despidiendo a la totalidad del personal sin abonar las indemnizaciones que la propia empleadora reconoce ...Corresponde exonerar de toda responsabilidad al director de la compañía empleadora que además de no percibir honorarios como tal y como resultado de la jerarquía imperante no sólo respecto de la empresa local, sino las estrechas vinculaciones derivadas de la participación accionaria prácticamente excluyente de esta sociedad extranjera en el capital social de aquella, los controles y la permanente auditoría llevada a cabo por la primera sobre la segunda, así como el cumplimiento de instrucciones emanadas de la controlante, revelan que aquel director era solo un empleado de la firma local y contaba con un estrecho margen de acción para apartarse de esos mandatos, máxime cuando revestía el carácter de dependiente de la sociedad local siendo uno mas de los perjudicados por el cierre de esta última compañía. Todos estos elementos mitigan su obligación de dejar constancia escrita de su protesta en los términos del art.274 in fine de la ley 19.550, para ser eximido de responsabilidad....La función del director es remunerada, de acuerdo a los parámetros máximos y mínimos que prevén las normas societarias, extremos en los cuales se computan las remuneraciones que pudieran percibir los miembros del directorio por el desempeño de funciones técnico administrativas de carácter permanente y guardan relación con la distribución de dividendos para los accionistas ...Si de la prueba aportada se desprende la consumación de una maniobra de cierre y vaciamiento de la sociedad formalmente empleadora en la República Argentina, que resulta asimilable a una situación de insuficiencia económica – financiera indudablemente perjudicial para los trabajadores y que es imputable a su sociedad controlante y al presidente del directorio de la compañía local, corresponde extenderle la condena solidaria a los mismos corresponde descorrer el velo de la personalidad jurídica de la sociedad empleadora y responsabilizar solidariamente a la sociedad controlante y al presidente del directorio de la empresa local, pues tanto una como otro se han valido de la figura societaria creada en la Argentina para el logro de fines puramente individuales ajenos a los objetivos de la referida sociedad. Tal conclusión debe entenderse sustentada en la expresa directiva que emana del art.54, 3er. párrafo de la ley 19.550 y de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Parke Davis y Cía.

de Argentina” (31-7-73, ED 49-480); “Cía. Swift de la Plata s/quebra” (4-9-73, ED 51-223) y “Mellor Goodwin” (18-10-73, ED 51-344) (del voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo)...El presidente del directorio de la sociedad empleadora local, totalmente controlada por una sociedad extranjera y que fue objeto de una maniobra de cierre y vaciamiento, resulta responsable solidario de las obligaciones contraídas por aquella con los actores por aplicación de las previsiones contenidas en los arts.59 y 274 de la ley de sociedades frente a actos ilícitos como el vaciamiento, dirigidos a perjudicar a los terceros que contrataron con la sociedad (del voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo)”. CNTrabajo, Sala I, Septiembre 17 de 2008, “Mena Norma Cristina y otros c/CW Comunicaciones S.A. y otros s/despido”.

VI - MEDITACIÓN

Se trata, frente al uso antifuncional de una sociedad persona jurídica, de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros, socios o acreedores (de la sociedad o de los socios), distinguiendo entre las técnicas de imputación aditiva o de responsabilidad de integrantes de órganos y de controlantes, socios o no, además de la posible responsabilidad de todos los socios.

En el caso la extensión de responsabilidad esta determinada sobre base subjetiva de la conducta de los administradores y socios, pues descartamos en tales supuestos la aplicación de teorías objetivas.

La axiología esbozada, la vinculación a la “conservación de la empresa” impone una vinculación principista a un “plan de negocios”, impuesto incluso por el bien jurídico a tutelar⁹².

Los administradores pueden ser responsabilizados por no haber actuado conforme las previsiones de un buen hombre de negocios, atendiendo a la regla general del art. 59 LSA, con previsiones específicas según los tipos societarios. La vía de responsabilizar a los socios es la de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, centrada fundamentalmente en el art. 54 ter LSA.

La jurisprudencia laboral ha echado mano repetida a este recurso para responsabilizar a socios y controlantes, incluyendo la técnica del conjunto económico⁹³.

⁹² Nto. *AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL* (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008), puede verse en www.acadaerc.org.ar ; *NOTAS EN TORNO A LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA: ¿principio concursal o del derecho societario?* en “Ensayos de Derecho Empresario”, tomo 4, Ed. Advocatus, Córdoba 2008, publicación de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba y de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, número en homenaje a Francisco Quintana Ferreyra.

⁹³ Entre otros podemos ver: La teoría de la penetración de la desestimación de la personalidad societaria ha sido elaborada a propósito del uso desviado de ésta como cuando, prevalidándose de dicha sociedad, se afectan los intereses de terceros, de los mismos socios y aun de carácter público, resultando aplicable en materia laboral cuando se trata de remediar una situación de fraude a los derechos de los trabajadores: CNTrab., sala V , febrero 18 - 985 - Insfran Román y otros c.Arroyo, S. R. L. y otro)DJ, 985-49-607 - DT, 985-A, 651. Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido, al otorgársele esa prerrogativa debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal y patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara: CNTrab. ,sala V , julio 31 - 985 --- Cuellar Maldonado, Dionisio de Jesús, c. Calzados Zellarrayán, S. R. L. y otro) DT, 985-B, 1615. La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades, la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes, principio que debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el art. 2º de la ley 19.550 (Adla XXXII-B, 1760) pero ello no impide que se aplique la doctrina de la penetración de la persona jurídica cuando se advierte la utilización abusiva de tal ficción en perjuicio de los trabajadores....Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido al otorgársele esa prerrogativa, debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara: CNTrab., sala V, octubre 6 - 988. - Pacheco de Pugliese, Amelia R. y otro c. Abreviar Editores, S. A. y/u otros) DT, 988-B, 2147. La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades (art. 2º, ley 19.550 -ADLA, XXXII-B, 1760-), la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes. Este principio legal, debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores de ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado en la citada norma legal. CNCom. , Sala A ,

Claro que existen situaciones donde el daño puede evitarse con la mera imputación del acto y su cumplimiento –incluso forzado- por el imputado. Por ejemplo cuando el controlante dispone del bien que la sociedad abusada tuvo o debió tener en su patrimonio, para responder a un contrato.

Se trata, frente al uso antifuncional de una sociedad persona jurídica, de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros, socios o acreedores (de la sociedad o de los socios), distinguiendo entre las técnicas de imputación aditiva o de responsabilidad de integrantes de órganos y de controlantes, socios o no, además de la posible responsabilidad de todos los socios.

La conservación de la empresa como expresión significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto.

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales o la insuficiencia patrimonial constitutiva o acaecida en la funcionalidad de la sociedad. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

¿Pero a cargo de quién esta conservar la empresa? La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Tal reorganización sólo podría ser asumida directamente por la sociedad. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento.

Como recomendación estratégica final resulta fundamental tener en cuenta las distintas herramientas que brinda el derecho para afrontar una cuestión dañosa, determinando causalmente al responsable del daño y fijando el factor de atribución y conducta que impone que asuma la reparación.