

DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA
LEGITIMADOS PASIVOS

Autor: Dr. E. Daniel Balonas

65º ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL
DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

San Isidro, Mayo de 2017.

PONENCIA:

EL PRINCIPIO DE QUE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD NO PROCEDE CONTRA ADMINISTRADORES LEJOS DE SER ABSOLUTO COMO LO PROPONEN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ENCUENTRA EN LA PRÁCTICA NUMEROSOS SUPUESTOS EN QUE DEBE SER DEJADO DE LADO, CUANDO PUEDE ADVERTIRSE QUE SON LOS ADMINISTRADORES LOS VERDADEROS CONTROLANTES DE LA VOLUNTAD SOCIAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Hace tiempo que pareciera que ya se ha escrito todo en relación al instituto de la desestimación de la personalidad. La reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación con su art. 144 –de redacción algo más completa que el 54 ter de la Ley 19550- generó alguna discusión en cuanto a su aplicabilidad –o no- a las sociedades comerciales. Pero no mucho más.

Sin embargo, lo resuelto recientemente en autos “Barreto, Juan Marcelo c/ TSB NET S.A. s/ EJECUTIVO”¹ () lleva a replantearnos la cuestión de los sujetos a los que se puede imputar la actuación social en el marco de la aplicación del instituto.

¹ CNCom, Sala F, Diciembre 29 de 2016

2. ANTECEDENTES DEL INSTITUTO.

Ya hemos desarrollado los antecedentes del instituto en estos encuentros², por lo que nos limitaremos aquí a recordar que a partir de finales del siglo XIX nació primero en el derecho anglosajón y luego en el continental la corriente conocida como *disregard of legal entity* por la cual, cuando “*el concepto de persona jurídica se utiliza para defraudar a los acreedores, para sustraerse de una obligación existente, para desviar la aplicación de la Ley, para constituir o conservar un monopolio, o para proteger fascinosos o delincuentes, los tribunales pueden prescindir de la personalidad jurídica y considerar que la sociedad es un conjunto de hombres que participan activamente de los actos societarios, justificándose entonces considerar que se trata de un negocio convenido entre personas reales*”³.

Mientras en el derecho anglosajón el principio de la equidad bastó como todo fundamento, en nuestro medio –y en el resto del derecho de origen continental- fue necesario acudir a la figura del abuso del derecho, que con su desarrollo en el siglo XX abasteció también al instituto de la desestimación.

Serik, citado por Colombres⁴, afirmaba ya en el año 1958 y fundado en el derecho alemán, que “*existe abuso cuando con la ayuda de la personalidad jurídica se trata: a) de burlar una Ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros*”, agregando que también “*corresponde la desestimación de la personalidad separada, cuando sin darse un de los tres supuestos contenidos en la primera regla, se hubiese desnaturalizado un principio fundamental del derecho societario*”

En la Argentina, ya desde fines de los años 70 se comenzaron a ver fallos que resolvían las cuestiones desestimando la personalidad de sociedades. Marcelo López Mesa⁵ hace una sinopsis de los fallos más relevantes, dividiéndolos en cinco grandes grupos: i)

² Ver ponencia presentada en el 43 Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, realizado en San Martín en abril de 2006.

³ Wormser, jurista americano que sintetizó en 1912 la ya aceptada corriente jurisprudencial en tal sentido, citado por LÓPEZ MESA, “El abuso de la personalidad Jurídica de las Sociedades Comerciales”, Depalma, Bs. As., 2000, pág. 113.

⁴ COLOMBRES, Gervasio R., Curso de Derecho Societario Parte General, Abeledo Perrot, Bs. As, 1972, pág. 47.

⁵ Obra citada, pág. 133.

constitución de sociedades para violar la legítima hereditaria⁶; ii) violación al régimen de la sociedad conyugal transfiriendo bienes a sociedades; iii) Insolvencia fraudulenta transfiriendo bienes a una S.A.; iv) Fraudes impositivos mediante participaciones u operaciones entre sociedades que representan a los mismos accionistas y v) Constitución de sociedades para violar prohibiciones, especialmente competencia desleal, participación en licitaciones, etc.

Como justamente de lo que se trataba era de dejar de lado la estructura que los verdaderos sujetos procuraban antijurídicamente interponer, ni la doctrina ni la jurisprudencia se sujetaban al carácter que tales personas podían asumir en la sociedad interpuesta, sino a su participación activa en la misma.

3. SU RECEPCIÓN LEGISLATIVA EN LA L.S.C.

En el año 1983, la comisión redactora de la reforma a la Ley 19550 tomó la decisión, acertada, de regular el instituto ya ampliamente difundido en la jurisprudencia y que para ese entonces contaba con una innumerable cantidad de precedentes.

Se dispuso así en el párrafo incorporado al art. 54 de la Ley que en ciertos supuestos⁷ la actuación social se imputaría directamente a socios y controlantes⁸.

Hay dos formas de leer la norma:

- (i) Entendiendo que ha restringido notoriamente los supuestos de aplicación del instituto y sus legitimados pasivos ó
- (ii) Entendiendo que la actuación que persigue fines extrasocietarios es suficientemente amplia para encuadrar casi todo supuesto de mal uso de la figura societaria y que al referirse a “controlantes” la Ley incluye a toda persona que en la actuación cuestionada controla o domina, en los hechos, la voluntad social

⁶ “Brave, Luis s/ Sucesión” CNCiv Sala C, 27/4/1981 y otro en CNCom Sala A, LL 1978-B-196; “Gurevich, de tabú, Flora c/ Gurevich, Jose y Otro”, CNCIV Sala E, 5/2/1979

⁷ Que aunque en su enumeración aparecen como mucho más limitados que aquellos a los que la jurisprudencia ya aplicaba el instituto, al referirse a la actuación que encubre la persecución de fines extrasocietarios podría, con una adecuada interpretación, llegarse a un catálogo mucho más amplio de aplicación.

Aclaran los redactores en la exposición de motivos que los fundamentos de esta norma, en realidad, ya estaban en la Ley, cuando el Art. 2º dispone que la sociedad es un sujeto de derecho “con el alcance fijado en esta Ley”, lo que a nosotros nos lleva a la segunda opción de las planteadas.

Es decir que lo que busca evitar esta doctrina, devenida ahora en norma positiva, es que la personalidad de que se dotó a las sociedades comerciales, con su consiguiente división de patrimonios e incluso limitación de responsabilidad de los socios, sea utilizada para fines contrarios a los que tuvo el legislador al crearlas.

Sin embargo, la redacción no fue del todo feliz, y ha dado lugar a distintas interpretaciones, tanto en los supuestos que permiten su aplicación, como en los efectos que la misma trae aparejados, al punto que entre quienes la interpretaron en sentido restringido se llegó a decir que el último párrafo del Art. 54 no receptó dicha doctrina sino que, sobre su base, estableció un sistema de responsabilidad por daños causados mediante el uso de sociedades. Esta última posición la explica, entre otros, Rubín⁹.

Pero con los años la jurisprudencia se ha ido restringiendo a los supuestos expresa y taxativamente enumerados por el art. 54, y aplicado el instituto a los legitimados pasivos allí mencionados, en ambos casos, con una interpretación restrictiva de los sentidos de cada término empleado por la Ley.

Con ello han quedado fuera de la aplicación de la Ley numerosos casos a los que la jurisprudencia previa al año 1983 no dudaba en aplicar el instituto fundado en otras normas que aún hoy se encuentran vigentes¹⁰, borrándose así la construcción jurisprudencial anterior y llevando a que la consagración legislativa del instituto haya sido más un retroceso que un avance.

⁸ Legitimados pasivos que en una rápida lectura podrían también reducir los supuestos de aplicación del instituto, a menos que controlantes se interprete en el sentido amplio acorde a la aplicación anterior del instituto, como toda persona de que algún modo, controle la voluntad social en el marco de la actuación cuestionada.

⁹ RUBÍN, MIGUEL E. “La responsabilidad de los directores socios y controlantes por las obligaciones laborales y provisionales de la sociedad empleadora”, ED 18/3/2005.

¹⁰ Léase art. 2 de la hoy LGS, o el abuso del derecho, regulado de hecho hoy en forma mucho más amplia que en aquel entonces.

4. LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO. EL ESPECTRO DE SUJETOS A LOS QUE SE PUEDE IMPUTAR LA ACTUACIÓN SOCIETARIA.

La personalidad jurídica no es más que la creación de un centro diferenciado de imputación de derechos y obligaciones, o, citando la exposición de motivos de la Ley 22903, *“un mero recurso técnico para tratar en forma unitaria a ciertos efectos y dadas determinadas hipótesis, a un sustrato pluripersonal”*.

Vimos que en la doctrina y jurisprudencia previa a la incorporación del instituto a la hoy L.G.S., los efectos de la aplicación del instituto eran el desconocimiento de ese centro diferenciado de imputación de derechos y obligaciones, y la consiguiente imputación de los actos a las personas que utilizaban a la sociedad en forma desviada.

En consecuencia, no caben dudas de que los efectos de la desestimación de la personalidad implicaban imputar la relaciones jurídicas que motivaron la misma, directamente a los socios y, -aunque eventualmente-, a administradores e incluso terceros que utilicen a la sociedad en forma desviada.

Sin embargo, en este aspecto, la redacción del último párrafo del Art. 54 de la L.S.C. no fue del todo feliz, y dio lugar a diferentes interpretaciones. En concreto, la norma dispone que *“[la actuación]... se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible...”*.

De allí que gran parte de la jurisprudencia actual –como ocurre en el fallo que mencionamos al comienzo- imputa las consecuencias sólo a socios –y no a administradores-

Y también es conteste la doctrina en cuanto a la limitación en lo que hace a legitimación pasiva, a la imputación a socios o controlantes que lo hicieron posible, incluyendo en ello al socio aparente¹¹, pero en ningún caso a directores u otras personas que no puedan ser calificados de controlantes societarios con los alcances del art. 33 LGS.

Para ello se fundan en que desestimado el negocio societario, los administradores no serían más que mandatarios de los socios y estarían actuando en su nombre. Si bien tal cosa podría ocurrir, lo cierto es que –por aplicación del derecho común- incumbe a quien se

identifica como administrador probar que ello es así y que su actuación no es a nombre propio, mas no puede presumirse *ab initio* que esa es la realidad sobre la base de la instrumentación del negocio societario que se ha desestimado.

5. EL CASO EN ANÁLISIS.

De cuanto surge del fallo que citamos, en el marco de un juicio ejecutivo, el acreedor pretende aplicar el art. 54 ter y así obtener condena no solo contra la sociedad deudora, sino también contra su presidente y su directora suplente.

Funda su pretensión en que la sociedad tiene librados setenta y dos cheques sin fondos por más de \$ 4.000.000 y carece de todo patrimonio.

Desconozco el resto de las constancias de la causa –con lo que el análisis podría resultar parcial-, aunque tal circunstancia parece ser suficiente para dar por probado que al menos el firmante de los cheques ha utilizado a la sociedad –y en este caso su cuenta bancaria- con fines extrasocietarios, desde que la entrega de los cheques claramente no han tenido por contrapartida incrementos del patrimonio social. Esto también descarta el beneficio indirecto de los socios, ya que, reitero, el patrimonio social no ha recibido la contrapartida por los cheques sin fondos librados.

Tanto en primera como en segunda instancia, siguiendo la pacífica jurisprudencia en la materia, se desestima el planteo, explicando que el art. 54 ter solo puede involucrar a socios y que los administradores solo podrían ser condenados personalmente en caso de acción de responsabilidad en el marco de lo dispuesto por los arts. 59 y 274 de la LGS.

Sabido es que la acción de responsabilidad exige diferentes premisas para ser procedente, y esencialmente probar otros extremos. Debe probarse que en el caso concreto de los cheques dados a los actores –y no en los otros- existió un acto cuando menos culpable que haya causado un daño. Decimos esto porque no parece válido como argumento para descartar la aplicación del art. 54 ter el remitir a la posibilidad de aplicar otras normas que

¹¹ ALEGRÍA, citado por BARREIRO, Marcelo en "Tratado de los Conflictos Societarios" (Dir. Diego Duprat), Abeledo Perrot, 2013, t. I, pág. 187.

regulan otro supuesto. Ello aunque esas otras normas efectivamente pudieran ser aplicables.

6. LA APLICACIÓN DEL ART. 54 TER A ADMINISTRADORES.

Como bien cita el fallo en análisis, con referencia a pacífica jurisprudencia, siempre se ha sostenido que la desestimación de la personalidad regulada en el art. 54 ter no puede ser aplicada a administradores, sino únicamente a socios y eventualmente a otros controlantes, interpretado el término controlantes en función del control de hecho previsto en el art. 33 de la LGS.

Pese a que en muchos casos ello es efectivamente así, desde que podría asumirse que el desvío de la causa fin del negocio societario suele ser en beneficio de los socios –y no de administradores-, lo cierto es que no compartimos tal afirmación cuando ello se convierte en un dogma irrefutable, aplicado mecánicamente a cualquier caso.

Como explicamos anteriormente, la desestimación de la personalidad es el mecanismo correctivo que se aplica cuando una o más personas utilizan a la personalidad societaria en forma abusiva, desviando la causa fin del negocio.

Si tales personas son los administradores, pues a ellos deberá imputarse la actuación, cosa que la norma no impide, ya que el término controlante admite una interpretación más amplia que incluya a los administradores cuando estos virtualmente controlan la voluntad social por encima de los socios. Esto es lo que ocurre cuando el provecho de la actuación societaria no llega al patrimonio social sino que es desviado por los administradores.

Pero aún si se pretendiera que la redacción del art. 54 ter lo impide –lo que no compartimos-, podríamos obviar la norma y sobre la base de los precedentes jurisprudenciales previos al año 1984, amparados en el art. 2 de la LGS y ahora en el mucho más amplio art. 10 del Código Civil y Comercial, llegar a la misma solución.

Recuerdo que el art. 10 del nuevo código impone a los jueces¹² el disponer lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o la situación jurídica abusiva.

Así podríamos llegar a la imputación de la actuación a administradores, sobre la base de estas normas y con solo demostrar que ellos son quienes desvían el interés social no en beneficio del patrimonio social sino en beneficio ajeno. Y ello aún sería aplicable a administradores de hecho, si se demuestra que ellos son los autores de la actuación desviada e incluso terceros que pudieran haberse valido de la estructura societaria en beneficio propio o ajeno.

Una interpretación contraria lleva a la desactivación del instituto, con solo sindicar a testaferros como socios, cuando los administradores son los verdaderos gestores de la actividad social, o mejor dicho extrasocial.

Por supuesto que siempre podrá el administrador demostrar que su actuación ha sido en favor del patrimonio social, lo que lo excluiría de la aplicación de esta norma, mas no de eventuales acciones de responsabilidad.

7. CONCLUSIONES.

Si bien podría considerarse una regla más o menos general que el instituto de la desestimación de la personalidad ha sido creado para imputar la actuación de la sociedad desviada de su causa fin a los socios, ello no permite dar a tal premisa el carácter de absoluto, que descarte la imputación a otras personas que se hayan valido de la personalidad jurídica en su propio beneficio o al menos no en beneficio social.

Si el o los administradores –de hecho o de derecho- son quienes utilizan la firma social en su propio beneficio –o aún en beneficio ajeno-, puede perfectamente imputarse a ellos tal actuación. Salvo que ellos mismos prueben haber actuado como mandatarios de los socios, lo que los excluiría de la aplicación del art. 54 ter, mas no de la responsabilidad por su actuación.

¹² “El juez debe...” dice la norma.

No entendemos que el texto del art. 54 ter sea un impedimento para ello, pero si así se considerase, basta con olvidarnos de tal norma y fundar la imputación en el art. 10 del Código Civil y Comercial.

Sobre la base de esas premisas, entendemos que, en el caso que comentamos hubiese correspondido desestimar la personalidad e imputar el libramiento de los cheques rechazados, en forma personal, cuando menos al firmante de los mismos.