

LA INSOLVENCIA COMO PRESUPUESTO DE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA-ASPECTOS PROCESALES

POR PEDRO GREGORIO MADRID¹

Sumario

1. Introducción
2. Presupuestos para la aplicación del *disregard*
3. Análisis artículo 54 Ley de Sociedades-Interpretación
4. Aspectos procesales
5. Conclusión

Abstract

La presente ponencia tiene como objetivos efectuar una crítica a la doctrina sentada por el Dr. Lorenzetti en el fallo "DAVEREDE contra Mediconex S.A. y otros"; como también ofrecer un análisis desde el derecho comercial acerca de la aplicación indiscriminada del artículo 54 "in fine" de la Ley 19.550 por parte del fuero laboral.

El voto referido reviste importancia, al plantear como novedad la insolvencia de la sociedad como presupuesto necesario para la "Aplicación" de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica.

Este nuevo presupuesto planteado es resultado directo, a nuestro entender, de la ya mencionada aplicación indiscriminada por parte del fuero laboral de la doctrina del "*disregard the legal entity*".

¹ Aspirante a la Docencia de la Cátedra de Derecho Societario y Cambiario de la UNT. Mail: pedrogmadrid@hotmail.com,

Sin que sea oportuno efectuar un detalle de los precedentes que sobre el tema existen en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, resulta útil dejar sentado al menos por una cuestión de honestidad intelectual, que la doctrina mayoritaria estima adecuada la aplicación de la doctrina del “corrimiento del velo” solo como excepción y con carácter restrictivo.

Es nuestra opinión que el Dr. Lorenzetti idea en los votos que hicimos mención en defensa del sistema legal, especialmente de los artículos 2 (Ley 19.550), 33 y 39 (Código Civil), cimientos éstos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico en la materia; surge una nueva “exigencia” para la aplicación de la teoría de la desestimación de la persona jurídica, la insolvencia.

La cuestión adquiere aún mayor trascendencia si valoramos sus efectos en el ámbito procesal.

Su ubicación dentro del proceso, entendiendo esto como el momento en el cual quedará habilitada la vía, como así también la manera de ejecutar la inoponibilidad, da lugar al debate pero primordialmente llevan a un necesario análisis del mismo tanto por el derecho procesal como el derecho comercial.

1. Introducción

La presente ponencia tiene como objetivo inmediato efectuar una crítica a la doctrina sentada por el Dr. Lorenzetti en el fallo “DAVEREDE contra Mediconex S.A. y otros”; como objetivo mediato ofrecer un análisis desde el derecho comercial acerca de la aplicación indiscriminada del artículo 54 *in fine* de la Ley 19.550, por parte del fuero laboral.

Entendemos que el análisis del voto referido reviste importancia, entre otras cosas porque plantea como novedad la insolvencia de la sociedad como presupuesto necesario para la “Aplicación” de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica.

Reafirma esta postura un nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde encontramos una similar disidencia del Dr. Lorenzetti referida a la aplicación de la teoría de la inaplicabilidad en la que dice “... 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 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 demandada, y a los efectos de la aplicación del artículo 54 *in fine* de la Ley 15.550 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” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de mayo de 2008, “Funes, Alejandra Patricia contra Clínica Modelo Los Cedros S.A y otros”).

Este nuevo presupuesto planteado es resultado directo, a nuestro entender, de la ya mencionada aplicación indiscriminada por parte del fuero laboral de la doctrina del “*disregard the legal entity*”.

Sin que sea oportuno efectuar un detalle de los precedentes que sobre el tema existen en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, resulta útil dejar sentado al menos por una cuestión de honestidad intelectual, que la doctrina mayoritaria estima adecuada la aplicación de la doctrina del “corrimiento del velo” solo como excepción y con carácter restrictivo.

En defensa del sistema legal, especialmente de los artículos 2º de la Ley 19.550, 33 y 39 del Código Civil, cimientos éstos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico en la materia, el Dr. Lorenzetti idea en los votos que hicimos mención, una nueva “exigencia” para la aplicación de la teoría de la desestimación de la persona jurídica, la insolvencia.

Esta nueva “exigencia” adquiere aun mayor importancia al entrar en el ámbito procesal. Es justamente aquí donde puede originar mayores problemas.

La determinación de su ubicación dentro del proceso, entendiendo esto como el momento en el cual quedará habilitada la vía, como así también la manera de ejecutar la inoponibilidad, serán temas de necesario estudio por parte del derecho procesal como del derecho comercial.

2. Presupuestos para la aplicación del *disregard*

En esa línea doctrinaria, y quizás con ánimo de desalentar la reiterada aplicación del corrimiento del velo –sobre todo por la Justicia Laboral en gran parte del país–, o quizás para preservar la importancia que el reconocimiento de la Persona Jurídica tiene como eje sobre el que se asientan las sociedades comerciales, principales motores de la economía, el Dr. Lorenzetti resalta como presupuestos para la aplicación del *disregard* los siguientes:

- a. “La existencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado”
- b. “El uso abusivo de la personalidad”
- c. “La insolvencia de la sociedad”

Respecto de los primeros requisitos, pronunciamientos como “Carballo Atilano contra Kanmar S.A. y otros” (Fallos 325:2817) y “Palomeque Aldo René contra Benemeth S.A. y otro” (Fallos 326:1062), han postulado una interpretación restrictiva de la aplicación del corrimiento del velo societario, limitándolo a las hipótesis en que se verifique la existencia de “una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley”.

Respecto del requisito de la insolvencia, destacada doctrina nacional tiene dicho –en armonía con el criterio sostenido en su voto por el Dr. Lorenzetti–, que la aplicabilidad de la inoponibilidad tiene como presupuesto indispensable que la sociedad sea insolvente. De lo contrario no podría predicarse la utilización abusiva de la misma con virtualidad de violar la ley, la buena fe, el orden público y/o frustrar derechos de terceros². Así mismo, parte de la doctrina hace mención a los orígenes de la insolvencia, considerando que ésta debe surgir de causas ajenas al “riesgo empresarial” propio del emprendimiento llevado a cabo por la sociedad.

A su vez, se aclara que la exigencia de dicho presupuesto no resulta absoluta. Es decir, si bien no es exigido por la norma, resulta obvio para ciertos supuestos por cuestiones prácticas.

Resaltamos la opinión de parte de la doctrina local quien afirma que la insolvencia no puede configurarse como un presupuesto necesario para la inoponibilidad de la persona jurídica. Ello, considerando que existen diferentes hipótesis de corrimiento del velo societario donde nada tiene que ver la solvencia de la sociedad³.

Por nuestra parte, conscientes de la trascendencia del tema, como de la solidez de cada una de las posiciones oportunamente

² RICHARD, Efraín Hugo. “Inoponibilidad de la Persona Jurídica-Imputabilidad y Responsabilidad”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, n° 2008-3, ps. 191 a 246.

³ ROUGES, Julio, en *Desestimación de la Personalidad. Desestimación Horizontal*, expone distintos supuestos en los que la inoponibilidad no tendría como presupuesto necesario la insolvencia. Allí remitimos.

citadas, adherimos a la postura esgrimida por el Dr. Richard por considerarla cuanto menos prudente y conciliadora.

Prudente porque reconoce como principio a la insolvencia como presupuesto de aplicación de la inoponibilidad. Conciliadora, desde que permite como excepción que la doctrina del *disregard* pueda invocarse en algunos casos, sin que exista infra capitalización.

3. Análisis artículo 54 LS. Interpretación

De origen jurisprudencial, la teoría de la desestimación surge como respuesta a la necesidad de impedir ardidés abusivos o simulados, efectuados al amparo de las figuras dispuestas en la Ley 19.550.

La teoría del *disregard* encuentra su fundamento en las soluciones propias al vicio en la "causa" del negocio jurídico característico de los negocios simulados e ilícitos, artículo 959 del Código Civil, abuso del derecho -artículo 1071- y fraude -artículo 971-.

Siguiendo a Manóvil, consideramos que la desestimación de la personalidad tiene como finalidad principal posibilitar que se atribuyan relaciones jurídicas, obligaciones y derechos a otros sujetos que a los que son formalmente titulares de aquéllos⁴.

Resulta indispensable recordar los propios términos del artículo 54 LS que contempla como presupuestos para la aplicación de inoponibilidad los siguientes:

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

Es indudable que la enumeración del artículo en comentario, no es taxativa. En cualquier caso, la aplicación del *disregard* deberá efectuarse haciendo siempre una interpretación comprensiva o integradora de otros supuestos no dados por la ley pero que

⁴ MANÓVIL Rafael Mariano. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998, p. 1011.

en definitiva permiten que la voluntad social afecte derechos de terceros, el orden público o la buena fe.

El corrimiento del velo societario, dándose los presupuestos necesarios para su aplicación, produce un doble efecto: el de la imputación diferenciada, imputándose la actuación a los socios o controlante en su propia persona; y el del alcance de la responsabilidad, inculpándose responsabilidad solidaria e ilimitada a los socios o controlantes por los daños causados.

Como ya mencionamos, es criterio de la doctrina como así también de la corte, la aplicación restrictiva del referido instituto, dada la trascendencia económico-social de su uso⁵. Prueba de esto son las palabras del Dr. Lorenzetti en el voto en el fallo "DA-VEREDE contra Mediconex S.A. y otros", donde plantea que 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 ley.

4. Aspectos procesales

No podemos dejar de resaltar tampoco, que la cuestión adquiere aún mayor trascendencia si valoramos sus efectos en el ámbito procesal.

En comunión con calificada doctrina consideramos que la acción judicial para atribuir responsabilidad patrimonial en los términos del artículo 54 de la LS por aplicación de las reglas generales que determinan los tipos de proceso, como por las previstas en la propia Ley 19.550, debe tramitar por medio de un procedimiento de conocimiento pleno, ya se trate de un juicio sumario u ordinario⁶.

Para los casos donde la inoponibilidad no exija dicho presupuesto, entendemos que la acción –sea cual fuere la vía procesal idónea para intentarla– estará habilitada desde el primer momento.

⁵ El mecanismo de la imputación normativa limitada a un patrimonio constituye una técnica jurídica sofisticada y valiosa en cuanto facilita las inversiones de riesgo indispensable para generar prosperidad y empleo. (PALACIO, Lino A. "Responsabilidad de los socios por multas laborales a la sociedad: una peligrosa generalización", *La Ley*, 2002-C-1191).

⁶ ALONSO, Juan Ignacio; GIATTI, Gustavo Javier. "Aspectos procesales de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica".

Ahora bien, innegable es que incorporación de la insolvencia como presupuesto, generaría mayores inconvenientes.

En los casos donde la insolvencia se presenta como presupuesto de la acción para lograr la extensión de responsabilidad, entendemos que esta última solo quedaría habilitada recién en la etapa de ejecución de sentencia. Recién allí la insolvencia adquiere relevancia y puede invocarse.

El hecho de determinar la acción como la vía adecuada para probar la insolvencia, nos lleva necesariamente a reflexionar sobre la trascendencia del tema. Indudablemente, el tener en cuenta el "riesgo empresarial" como factor en la posible insolvencia, lleva necesariamente a tramitar ésta por medio de un procedimiento de conocimiento pleno.

Las hipótesis planteadas lejos de propiciar certezas generan interrogantes de difícil solución.

¿Cómo debe intentarse la inoponibilidad de la persona jurídica, según sea o no presupuesto la insolvencia de la Sociedad? ¿Cuándo debe intentarse la inoponibilidad de la persona jurídica, según sea o no presupuesto la insolvencia de la Sociedad? En caso de aceptar el presupuesto en cuestión, ¿desde cuándo debe computarse el plazo de prescripción de la acción?

5. Conclusión

Los recientes pronunciamientos del fuero laboral relativos a la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica han causado una necesaria reacción por parte de la doctrina como así también de nuestra Corte Suprema de Justicia.

En defensa de principios de orden económico-jurídicos encarnados especialmente por los artículos 2 (Ley 19.550), 33 y 39 del Código Civil, adherimos a gran parte de la doctrina como así también al Dr. Lorenzetti en pugnar por una aplicación restrictiva del *disregard*.

El nuevo presupuesto mencionado en el voto en disidencia en "DAVEREDE contra Mediconéx S.A. y otros", es sin dudas un intento claro del Dr. Lorenzetti por acotar el uso de esta doctrina. No negamos los fundamentos de quienes afirman que la insolvencia no puede configurarse con carácter "necesario" para la inoponibilidad de la persona jurídica, los cuales encuentran fundamentos sólidos, pero seguimos al Dr. Richard quien reconoce a la inoponibilidad como presupuesto sin dejar de lado que la teoría del corrimiento del velo

societario puede, en algunos casos, invocarse sin la existencia de infra capitalización.

Entender que la insolvencia es un presupuesto necesario, nos llevaría a plantearnos sobre cuáles serían los medios procesales idóneos para la aplicación del *disregard*. Resguardando por sobre todo las garantías correspondientes, como así también en búsqueda de una expedita solución, deberemos abogar por definir los mismos.

La insolvencia planteada inicialmente en “DAVEREDE contra Mediconex S.A. y otros” y reafirmada en posteriores votos del Dr. Lorenzetti, acarrea consigo no sólo un posible límite al uso irrestricto de la teoría del corrimiento del velo, sino también incógnitas a la hora de determinar su ubicación dentro del proceso.