LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA, DEBE SER UN RECURSO EXCEPCIONAL Y DEPENDIENTE DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO CONCRETO

JEREMÍAS M. TAURYDZKYJ

Sin lugar a dudas que la aplicación indiscriminada del art. 54 in fine de la ley 19.550 y valorada al solo efecto de la resolución de los casos concretos por parte de los tribunales del trabajo no solo de la Capital Federal sino de muchos de la Pcia. de Buenos Aires nos obliga a analizar y a reflexionar sobre esto que ha dado a llamarse "levantamiento del velo" en materia de sociedades, y que parecería ser que ha creado una crisis fragmentaria de la personalidad societaria, por lo menos en el fuero mencionado, manteniendo incólume sus aspectos de "inoponibilidad", en materia comercial, me refiero concretamente a los fallos que en tal sentido tenemos principalmente en la justicia nacional en lo comercial de la Capital Federal.

Muy pocos, aunque muy distinguidos comercialistas como son los Dres. Martorell y Nissen critican por un lado este "encierro" que tendrían los tribunales comerciales de la Cap. Federal, y en alguna

medida ponderan la postura que han adoptado los tribunales laborales capitalinos.

Vale decir que entre estas dos aristas me moveré en la presente ponencia, no ya para buscar "el justo medio" en el tema sino tratar de volcar para uno u otro lado el peso de los argumentos que nos indiquen cual es la verdadera interpretación del art. 54 in fine de la ley 19.550.

En este orden de ideas me pregunto: ¿ Cuales son los limites de la aplicación de "la teoría de la desestimación " de la personalidad jurídica? Y tal como lo ha señalado la Sala E de la Cámara nacional de Comercio, que su empleo " no puede conllevar una exorbitación de los supuesto de prescindencia o de inoponibilidad que devenga en un estado de inseguridad jurídica, porque esto también está en contra del derecho".

La pretensión de los tribunales laborales de lograr una adecuada justicia material (su justicia material o la de su fuero para ser más exactos) conduce a la prescindencia de otro valor como es *la seguridad jurídica* cuya vigencia deberá defenderse por todos los medios al alcance, de quien tiene la facultad o la obligación de aplicar la ley.

Y coincidimos con Embid Irujo y Fernando Varela (la ley, pág. 1090 y sig. B. 2000) en el sentido que "el levantamiento del velo debe ser una especie de última ratio, como argumento final al que se llega tras una cuidadosa valoración de todas las circunstancias del caso y no, desde luego, como una decisión automáticamente adoptada ante la nueva constatación de determinados hechos, como los expuestos, necesitados de un meditado análisis por parte del juez".

Doctrinarios de uno y otro lado, o mejor dicho que apoyan una u otra postura, la rígida de mantener la inoponibilidad societaria a toda costa, como los que entusiasmados con la teoría, de la "desestimación", la generalizan de una manera notablemente peligrosa, citan en apoyo de sus posiciones una serie de fallos, todos ellos dignos de un amplio debate.

El Dr. Martorell cita entre otros el caso "Duquelsy", a saber: "La actora Silvia Duquelsy no fue registrada en los libros de Fuar S.A (DT, 1998-A, 715), y la condena por despido – originariamente dictada solo contra el sujeto colectivo que oficiara de empleador – fue extendida, por voto de la juez de Cámara Elsa Porta , a Silvia N. Cao, Presidente de la Compañía.

La preopinante, destacó que la conducta actuada por el patrono-

calificada como típico fraude laboral y previsional- tiene por objeto y efecto disminuir en forma ilegitima la incidencia de salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de seguridad social.

En posición que no puede sino compartirse, se puso de relieve que el pago en negro, causa un triple perjuicio:

- Al trabajador, que se ve privado de aquella incidencia;
- Al sector pasivo, que es víctima de la evasión y, finalmente
- A la comunidad comercial en cuanto, al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado, que aquella en que se encuentran otros empleadores respetuosos de la ley.

La Alzada, tras ponderar la normativa del art. 54 de la ley 19.550, consideró que si bien es cierto que no puede decirse que el pago en negro hubiese encubierto en el sub examine intereses extrasocietarios, - puesto que la principal finalidad de una sociedad comercial es el lucro – no era menos cierto que el mismo constituye un recurso para violar la ley, el orden publico (en la especie, el laboral, protegido por los art. 7, 12, 13 y 14, ley de contrato de trabajo), la buena fe (siendo claro que se había hecho "tabla rasa" con el art. 63 de la ley 20.744 (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175), que habla de los deberes del buen empleador , y para frustrar derechos de terceros por medio de la triple violación mencionada anteriormente.

Se destacó lüego que, aun cuando no se había probado que la Presidente de Fuar S.A fuese socia de la Compañía, razón por la cual- según se dijo- no le era aplicable el art. 54 de la ley 19.550, le cabría la responsabilidad ilimitada y solidaria frente a terceros emanada de la violación del art. 274 del precitado cuerpo legal, por no encontrarse acreditado que aquella se hubiese opuesto a dicho obrar societario, ni anoticiado del mismo al síndico, cerrándose así la única vía de eximición de responsabilidad con la cual contaba."

Otro de los fallos que citare y el cual a mi criterio se encuentra en una línea menos radical que el anterior es el de "Crespi Karina Verónica c/ Instituto del Centenario y otros s/ Despido" en el cual se sostuvo lo siguiente: "... Estamos en presencia de incumplimientos a las obligaciones registrales, previstas por la ley 24.013 (Título II, cap I, empleo no registrado, arts. 7 y 17), la que determina las sanciones que corresponden aplicar. No se ha invocado en la demanda, no acreditado en este juicio, la insolvencia de la sociedad, ni la existencia de

las maniobras de la socia gerente de la SRL tendientes a disminuir la solvencia patrimonial de la persona jurídica. En tales condiciones, la solidaridad que se reclama en base a diversas disposiciones de la ley 19.550 no resulta procedente...El art. 31 de la LCT se refiere a solidaridad del conjunto económico de carácter permanente, en los casos en que haya mediado "maniobras fraudulentas o conducta temeraria" y el art. 14 declara "nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o cualquier otro medio...". (CNTrab., sala I, causa nº 35.913/96-21/9/99).

Reitero, en el tema caímos en extremos tan típicos de los argentinos. En defensa de esa "justicia material" los tribunales del fuero laboral están llegando a generalizar el descorrimiento del velo societario en todos los casos en que descubran violaciones a las leyes laborales y/o previsionales. Vemos como en casi todos ellos se castiga al trabajo en negro, con una condena solidaria sea a los administradores, controladores e incluso a los socios en general. Peligrosa postura ya que están agregando una no querida ley castigo como lo seria la ley 19.550, art. 54 in fine. Parecería ser que ya no basta con la ley 24.013 para disuadir a quienes entiendo, llevados por las circunstancias se han vistos obligados a tomar parte de su personal en condiciones no del todo ajustadas a la ley. Desde ya que esta postura no puede ser defendida, sin embargo como el empresariado en general se encuentra en una llamada "ley de la selva " en la que encontramos empresas en grado de competitividad -desleal- totalmente marginadas, mercaderías que llegan de países en los cuales los obreros no ganan más de U$S 40 ó 50 por mes entre otras exquisiteces que deben soportar nuestros industriales todos ellos, dentro de las estructuras societarias buscan, lo que entiendo, un respiro a su agobiante tarea de sobrevivir.

Como verán la presente es más pragmática que doctrinaria, pero esto en el entendimiento que tanto juristas, jueces y doctrinarios en general tienen que vivir, primero la realidad diaria, para opinar después con más propiedad.

Esto es como en alguna oportunidad me ha pasado que en un juicio de divorcio contradictorio que abarcó alrededor de cuatro cuerpos, con siete años de trabajo continuo e incesante, con infinidad de audiencias e incidencias, el juez actuante me reguló la *friolera* de $300 .- Sin lugar a dudas este juez debió vivir, dormir y comer en el palacio de tribunales y jamás conoció la realidad tribunalicia diaria

léase no hizo "pasillo" ni colas, ni viajó en el transporte público desde Quilmes a audiencias fijadas a las 8,00 hs en la Capital Federal (exquisiteces de la vida del abogado), dado que si así fuere el sentido común lo haría reflexionar sobre su "generosa" regulación.

Pretendo decir con esto que si bien la *justicia material* comercial y laboral marchan contrapuestas, como lo extraemos de los múltiples fallos sobre el tema de la presente ponencia, debería existir un "patrón o parámetro" para evitar reales injusticias como ser la condena solidaria hacia los integrantes o participes de la conducción de una sociedad, en todos los casos en que existan trabajadores "en negro" lo cual reitero es una peligrosísima generalización del instituto, como también caer en algunos los otros extremos como a mi entender adoptan los tribunales comerciales, invocando el carácter restrictivo de las medidas cautelares en materia societaria, y en tal tenor deniegan la mayoría de los pedidos de intervención judicial con desplazamiento del directorio, o rechazan también medidas preliminares para sustanciar incidentes reservados de información "...para con ello obtener elementos imprescindibles para solicitar luego, medidas cautelares previas al "vaciamiento de empresas" tan común en la vida diaria de los argentinos. Cuantas de estas empresas –generalmente y en principio pequeñas y medianas- resultan vaciadas literalmente los fines de semanas largos, en los que estos "pícaros" (léase estafadores) cargan en camiones casi siempre de color negro para crear el "clímax" de la realidad del acto en si, toda la mercadería de sus locales o la maquinaria de las fábricas, Oh¡ perdón toda la "prenda común" de sus acreedores. O también se deniegan sistemáticamente medidas que impidan licuar las tenencias de los socios minoritarios.

Pero reitero me preocupa la seguridad jurídica, no la defensa de la "quintita" de cada cual, por más respetable que sea la misma, y aunque ya sea una chacra. Me inclino por ello –reitero- a favor de una prudente aplicación, en todos los fueros, del art. 54 in fine de la ley 19.550, pero NO desprendido del resto de la legislación societaria ni del Código Civil, como ser el art. 59 de la L.S. en conjunto con el art. 1198 del Código Civil, deber de lealtad que se conforma con la defensa de los intereses de la sociedad, y también del art. 248 y 274 de la ley de Sociedades.

Y reitero, intento ser pragmático en la presente, por lo que analizo también la gran cantidad de sociedades "off shore" instaladas en la vecina orilla, 85.000 de las cuales están operando sólo en el estado

de Rio Grande do Sul y más de 100.000 de este lado del "charco", porqué: precisamente por la inseguridad jurídica que impera en nuestro medio, en el que hoy día no sabemos, en el momento de constituir una sociedad si somos o no somos responsables a nivel personal –y ya no digo en calidad de controladores o Presidentes de una S.A.- sino como simples socios ¿ Qué es lo que pretendemos , que quien asuma la calidad de socio de una sociedad anónima por ejemplo, tome los recaudos de encontrarse en total estado de insolvencia al momento de su ingreso, *por si acaso.* No digo que todos los males que describimos se lo debemos a la pretensión de los laboristas y de unos pocos comercialistas de "descorrer el velo societario" o de hacerlo más permeable. Pero todo suma. ¿O no?

Existen casos, y no lo niego, y por más que sean muchos, en los que nacen sociedades al sólo efecto de delinquir, o lo que es lo mismo, que encubran bajo una estructura societaria lícita (siempre será lícita dado que de otra manera no obtendría el conforme de Personas Jurídicas) actividades que, inclusive "ab initio" sean contrarias a la ley. Pero no por ello, si en uno, muchos o muchísimos casos se creen sociedades con tales fines, debemos sospechar de toda sociedad o mejor dicho encasillar a toda la estructura societaria del país en un manto de sospecha previa, porque convengamos, que de eso se trata.

Por ello me permitiré finalizar la presente ponencia con un muy moderado y bien fundado fallo del Tribunal Supremo de España (Sala I) de fecha 28 de mayo de 1984, que aun hoy día conserva una frescura digna de ser resaltada: "Desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y Justicia, se ha decidido *prudencialmente, y según los casos y circunstancias,* por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el subtratus personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás, o contra el interés de los socios, en decir, de un mal uso de su personalidad." (en bastardilla J.T.).

La jurisprudencia española, si bien consolidada, conforme la

proclama del Tribunal Supremo debe ser aplicada prudencialmente y atendiendo siempre a las circunstancias de cada caso concreto, tiende a impedir la *inseguridad jurídica*. Enjuiciar e introducirse en el interior de la persona jurídica siempre que existan elementos concretos que lleven a ello como ser el perjuicio de terceros, el fraude a la ley o el interés público y otros intereses legítimos de protección.

Es probable que Martorell tenga razón al opinar que la "desmitificación" del fenómeno societario o sea las decisiones mucho más agresivas de nuestra justicia comercial, asustarían a los delincuentes o por lo menos les desagradaría, pero me pregunto ¿no encontrarán éstos, otros medios o formas para eludir la ley, utilizando "ab initio" cualquier estructura, societaria o no, para delinquir?

Con tal argumento, me refiero al de este prestigioso doctrinario, damos por sentado que la mayoría de quienes hoy día, conforman sociedades de todo tipo, *por si acaso*, los encasillamos entre los pícaros –rayanos con la delincuencia- o delincuentes directamente, con lo que no estoy de acuerdo.

Quien se defiende o adopta remedios preventivos, y me refiero a quien crea una estructura societaria con el único fin de no arriesgar sus pocos bienes personales, y de trabajar algo más tranquilo, sin estar todos los días con la "espada de Damocles" sobre su cabeza, no puede ser perseguido sin más. Las reglas de juego en nuestro país, cambian todos los días, "quien apuesta al dólar, pierde", "no habrá más inflación" , " pondremos barreras arancelarias para defender la producción nacional" (que lo digan los textiles en nuestro país), por lo tanto, ante tamaña inseguridad en las reglas de juego del mercado, apoyada, tal inseguridad, la mayoría de las veces, desde las propias estructuras gubernamentales ¿puede achacárseles, a quienes buscan un mínimo refugio en una personalidad jurídica, que son, a priori delincuentes? De ninguna manera creo que esto es así.