

OTRA VUELTA DE TUERCA AL ARTÍCULO 54 LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES: LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA COMO TÉCNICA DE IMPUTACIÓN¹

POR FRANCISCO GONZÁLEZ CASTILLA²

Sumario

I. Planteamiento y objetivos del trabajo. II. Funciones y disfunciones de la personalidad jurídica: algunas ideas fundacionales sobre el levantamiento del velo y su recepción en el artículo 54, III. Ley de Sociedades Comerciales (LSC). III. El carácter de *última ratio* del artículo 54, III LSC. IV. La posibilidad de la imputación directa del acto abusivo como alternativa al levantamiento del velo.

I. Planteamiento y objetivos del trabajo

En el momento de escoger un tema para responder a la amable invitación a participar en este Congreso, me extrañó que se reservara una sesión completa para tratar la problemática de la personalidad jurídica societaria. Conocedor de que la Ley de Sociedades Comerciales argentina regulaba expresamente el tema de la *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, creí que la práctica societaria de este país estaría libre de las dificultades, vaivenes e imprecisiones inherentes

¹ Debo agradecer a mis queridos amigos, los doctores Laura FILIPPI y Fernando G. D'ALESSANDRO, la ayuda que me han prestado facilitándome el acceso a los textos y jurisprudencia que necesitaba para poder entrar en este *jardín* con las herramientas doctrinales imprescindibles. Los deméritos del resultado son, evidentemente, sólo míos.

² Profesor Titular de Derecho mercantil, Universidad de Valencia (España).

a aquellos sistemas –como el español– donde el remedio ante las situaciones de abuso de la personalidad jurídica tiene una raíz puramente jurisprudencial.

Nada más lejos de la realidad. Como el lector de estas páginas conoce más que yo, la discusión sobre *cuándo* y con *qué límites* pueden los tribunales argentinos penetrar en el sustrato de la sociedad para hacer responder a los socios (o controlantes) por los daños causados mediante la utilización torticera de la *alteridad* societaria, está más viva que nunca. En estos momentos de crisis económica la polémica doctrinal y jurisprudencial se ha centrado en la responsabilidad de los socios, administradores y controlantes por las deudas laborales³, pero en general la cuestión del *levantamiento del velo* o de la *inoponibilidad de*

- 3 La preocupación en tiempos recientes ha estado centrada en la responsabilidad por la retribución en negro a los trabajadores (aunque no sólo). Alrededor de la sentencia *Palomeque* la polémica sobre la imputación a socios y controlantes de la responsabilidad laboral se ha perpetuado en casos como *Arancibia, Villafañe, Lencinas, Duquelsy, Davedere*, etc. (SANTICCHIA, G. D. “La desestimación de la personalidad de las sociedades comerciales con particular enfoque en el ámbito del derecho del trabajo”, *Revista Electrónica de Derecho Societario*, número 20, marzo de 2005; VITOLO, D. “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, *Revista Electrónica de Derecho Societario*, número extraordinario en homenaje al Dr. Enrique Manuel Butty). En cuanto a la doctrina jurídica, puede constatarse una evidente preocupación por esta materia, habiéndose producido una intensa polémica sobre la aplicación (o no) del levantamiento del velo en el ámbito laboral, como puede contrastarse en las sucesivas ediciones del Congreso Argentino de Derecho Societario. En la literatura más reciente –asequible desde España– nos remitimos, por todos, a D’ALESSANDRO, F. G. “Un fallo bien intencionado que justifica necesarias precisiones. Comentario al fallo de la C. N. Trabajo, “Arancibia, Nora y otro contra Rodríguez, Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales”, *Revista Electrónica de Derecho Societario*, número 37, abril de 2009; MACAGNO, A. G. “Inoponibilidad de la persona jurídica, con especial referencia a una sana hermenéutica práctica jurisprudencial”, en *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa*, II, p. 475; PERCIAVALLE, M. L. “Estado actual de la extensión de responsabilidad a socios y directores en forma personal, luego del fallo ‘Palomeque’ (estamos peor que antes)”, en *Errepar, Doctrina Societaria y Concursal*, XVI, número 198, 2004, p. 527; RICHARD, E. H. “Responsabilidad de administradores y socios por pagos en negro y trabajo clandestino”, *El Dial –DC6EC*, 23 de septiembre de 2005; SANTICCHIA, G. D. “La desestimación de la personalidad de las sociedades comerciales con particular enfoque en el ámbito del derecho del trabajo”, *citado*; VITOLO, D. “Generalización y confusión en la aplicación por parte de ciertos tribunales del régimen de inoponibilidad de la personalidad jurídica frente a reclamos laborales”, *II Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocio*, 01 de junio de 2009; y, especialmente el ya citado “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”.

la *personalidad jurídica* no ha alcanzado el título de cosa pacífica a pesar de su consagración negro sobre blanco en la Ley de Sociedades Comerciales tras la reforma efectuada por la Ley 22.903.

En este trabajo vamos a reflexionar brevemente sobre el artículo 54 LSC, sus límites y correcta aplicación, *a la luz de su propósito íntimo que, en nuestra opinión, es simplemente la imputabilidad de un acto abusivo a su agente real*. Como siempre en la literatura jurídica –pero en este caso con mayor razón, siendo un *extraño*– estas páginas deberán tomarse a beneficio de inventario. Escribo desde España, con limitado alcance a la doctrina y jurisprudencia argentina y con el equipaje de la propia polémica jurisprudencial española. Estas circunstancias deberían quizá haberme hecho renunciar, pero también era interesante acercarse a un precepto legal *virgen* de prejuicios. Me explico: siempre recomiendo a los jóvenes que se inician en la investigación que vuelvan una y otra vez a la “lectura desnuda” de la ley. En muchas ocasiones el estudio de la doctrina y la jurisprudencia, aun siendo imprescindible y enriquecedor, nos impide un contacto directo, incontaminado, fructífero con la ley. Y así he planteado estas páginas, partiendo de un análisis puramente legal del artículo 54, III LSC, aunque sin olvidar contrastar (lamentablemente de forma limitada) la doctrina y jurisprudencia argentina, conocedora de la realidad jurídica y social a la que debe ser aplicado el artículo en cuestión. Mis objetivos son limitados, pero aun entre errores –ineludibles cuando se analiza un Derecho que no es el propio– espero introducir alguna intuición, alguna idea que pueda resultar de interés al lector. En especial, creo que es posible llegar a un cierto consenso en la polémica sobre la extensión amplia o estricta del artículo 54, III LSC si se atiende a *la idea de la imputabilidad de la conducta abusiva y se parte de la crítica a la teoría orgánica* de la sociedad.

II. Funciones y disfunciones de la personalidad jurídica: algunas ideas fundacionales sobre el levantamiento del velo y su recepción en el artículo 54, III LSC

La Ley 19.550 se abre con una Sección de título revelador: *de la existencia de sociedad comercial*. La sociedad comercial, pues, existe. Lógicamente con las exigencias y límites establecidos

por el legislador⁴, pero existe. No desconocemos la interesante y profunda polémica doctrinal sobre el fundamento y realidad de la personalidad jurídica: su creación por la *pandectística* alemana, su desarrollo por la *doctrina del formalismo jurídico*, la posterior crítica del *mito* desde las *tesis positivistas que propugnan una revisión* del concepto mismo de personalidad jurídica y su reducción a un *nomen iuris*⁵... pero nada de esto incumbe al operador jurídico que se enfrenta a la ley argentina. Fuera de discusiones teóricas, el legislador argentino ha asumido el *vehículo societario como instrumento fundamental de la economía moderna, reconociendo personalidad jurídica al ente resultante de la voluntad de los socios fundadores (siempre que se acojan a los tipos previstos y cumplan los formalismos exigidos)*⁶. Se tratará de una persona de existencia ideal (artículos 31 y 32 Código Civil) pero, a fin de cuentas, reconocida por el legislador como sujeto de derechos y obligaciones⁷ con patrimonio propio y diferenciado del de sus socios con el que responderá ilimitadamente frente a sus acreedores⁸.

- 4 No creemos que la llamada del artículo 2 LSC ("con el alcance fijado en esta ley") suponga realmente una restricción *ab initio* del reconocimiento legal de las sociedades comerciales como sujetos de Derecho (en este sentido, sin embargo, véase VÍTOLO, D. "La personalidad jurídica de las sociedades comerciales", *Revista Electrónica de Derecho Societario*, número extraordinario en homenaje al Dr. Enrique Manuel Butty, ps. 4-5). El artículo 2 no deja de ser una fórmula retórica, donde nos parece más importante el reconocimiento como sujeto de derecho que la referencia a sus límites, pues lógicamente las instituciones jurídicas viven en el marco establecido por la ley que las crea y regula: las personas jurídicas obtendrán su personalidad cuando queden válidamente constituidas de acuerdo a lo que la ley establezca. Sobre el tema, v. también MACAGNO, A. G. "La personalidad jurídica de las sociedades comerciales" -con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y provisional-, *Revista electrónica de Derecho societario*, 2003, número 15, ps. 2-3.
- 5 Por todos, v. CAPILLA RONCERO, F. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, 1984, ps. 39-78.
- 6 VÍTOLO, D. (últ. loc. cit., p. 9) recordando a HALPERÍN, señala que la atipicidad "es contraria a la seguridad de los negocios por las dificultades a que daría lugar su funcionamiento. Consecuentemente, y en protección haz de relaciones jurídicas y del andamiaje estructurado por la ley, se sanciona la atipicidad con la nulidad".
- 7 "Capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones", ex artículo 34 Código Civil.
- 8 Además del artículo 2 LSC, puede recordarse el artículo 101 de la misma Ley, según el cual la sociedad en liquidación "conserva su personalidad a ese efecto"; o, en sentido contrario, cuando al referirse a la sociedad accidental

En definitiva, *el punto de partida legal en esta problemática es la consideración de la sociedad como un centro de imputación jurídica, la separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad de los socios*. Estos presupuestos son opciones legalmente previstas y responden a razones de eficiencia económica, como mecanismo para organizar una colaboración permanente entre distintos sujetos y servir de instrumento para reunir el capital necesario para abordar determinados proyectos. No se trata de que la limitación de responsabilidad sea un “principio absoluto” sino de que es *la primera regla del juego de las sociedades capitalistas*, puesto que el legislador ha asumido la tesis del realismo de la personalidad jurídica. Esta primera conclusión nos parece ineludible.

Ahora bien, la atenta observación de la realidad nos demuestra día a día que ese *“hermetismo de la personalidad jurídica”* puede servir de cobertura jurídica para la comisión de actuaciones abusivas. Incumplimientos contractuales propiciados mediante la interposición de una sociedad, *vaciamiento del patrimonio social en perjuicio de los acreedores* (sea el fisco, los trabajadores o terceros)... bien desde el propio momento fundacional, bien a posteriori, la posibilidad de *jugar con la personalidad de la sociedad* brinda la oportunidad de utilizarla como instrumento de innumerables conductas en fraude de ley o de terceros⁹.

Desde hace décadas los tribunales encontraron en la llamada *doctrina del levantamiento del velo* la piedra filosofal para penetrar en el sustrato de la persona jurídica con el objetivo hacer recaer en el verdadero sujeto activo del abuso las consecuencias de esos actos abusivos¹⁰. Por levantamiento del velo o

se subraya en el artículo 361 que “no es sujeto de derecho” (a diferencia, se induce, del resto de tipos regulados).

⁹ En la literatura más reciente, ofrece una amplia categorización de los “grupos de casos” BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 4ª edición, Aranzadi, 2006, ps. 272-436. Los supuestos usuales son la confusión de patrimonios, especialmente en el caso de las sociedades unipersonales; la infracapitalización; la desviación de patrimonio de una sociedad a otra constituida por las mismas personas; el fraude de ley; las personas jurídicas ficticias o aparentes, sin actividad empresarial; y los casos de autocontratación entre la persona física y su sociedad (CAVAS MARTÍNEZ, F. “La responsabilidad patrimonial de los socios y administradores sociales en el ámbito laboral”, *Aranzadi Social*, número 9/2002).

¹⁰ Sobre las raíces americanas de la doctrina del *disregard of legal entity*, su recepción y difusión en Europa con la obra de SERICK y las diversas críticas y contracriticas sobre sus fundamentos y límites nos remitimos, por todos,

inoponibilidad de la personalidad jurídica se conoce la potestad judicial de adentrarse en la interioridad de la forma jurídica y, prescindiendo de ella, *imputar responsabilidades a sus miembros, que de forma arbitraria causan un perjuicio a los legítimos acreedores societarios*¹¹.

Ahora bien, como institución sustentada en la equidad, esta doctrina jurisprudencial tiene una *debilidad dogmática inherente*, pues su planteamiento es puramente teleológico, finalista, funcional, atiende a la justicia del caso concreto y eso hace que las innumerables sentencias que en el Derecho comparado han ido acogiendo esta técnica, adolezcan en su mayor parte de una firme fundamentación dogmática, de un criterio rector firme que indique en qué casos puede prescindirse o no de la persona jurídica. Dicha inseguridad es fuente de incertidumbre, lo que amenaza directamente el principio de seguridad jurídica, tal y como han formulado los críticos con esta corriente jurisprudencial¹².

Aunque la técnica del levantamiento del velo continúa viviendo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en el limbo de la creación judicial del Derecho, la normativa societaria argentina ha recogido esa posibilidad de transgredir la

a BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, citado, ps. 37-174.

En la doctrina argentina, entre los primeros trabajos sobre la recepción jurisprudencial de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica se puede ver OTAEGUI, J. C. "Desestimación de la personalidad societaria", *Revista de Derecho comercial y de las obligaciones*, 1971. Un elenco de las primeras resoluciones judiciales en AMADEO, J. L. *El abuso de la personalidad de las sociedades. La penetración de la persona jurídica en la jurisprudencia argentina*, Universitas, Buenos Aires, 1974; *vid.* también DOBSON, J. M. *El abuso de la personalidad jurídica en el Derecho privado*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

¹¹ Como señalara SERICK al comentar la jurisprudencia norteamericana, "en toda *corporation* rige el principio de que debe ser empleada para fines negociales legítimos y no puede quedar desvirtuada. Si se abusa de una sociedad para fines ajenos a su razón de ser, la *disregard* doctrine evita que el derecho tenga que sancionar tan temeraria empresa (...) Según los principios del derecho norteamericano, toda ficción sólo debe ser mantenida mientras sirva a la finalidad para la cual ha sido creada" (SERICK, R. *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles -el abuso de derecho por medio de la persona jurídica-*, Ariel, Barcelona, 1958, p. 133). Sobre la técnica y sus aplicaciones en este sentido, *vid.* *Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 1998, p. 134.

¹² Sobre estas ideas, BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, citado, entre otras en ps. 45 y siguientes.

personalidad jurídica societaria en el párrafo tercero del artículo 54 Ley 19.550. Sin embargo *la positivación no ha eliminado los problemas inherentes a esta doctrina* pues –como no podía ser de otra manera– sigue anclada en conceptos jurídicos más o menos indeterminados (*fraude, abuso, buena fe*) que deben ser aplicados por el juez al caso concreto. Ciertamente el amparo legal permitirá la aplicación sin reparos de la inoponibilidad (lo que no quiere decir, en nuestra opinión, que se haya convertido en un remedio *general*), pero continuará existiendo un amplio margen de discrecionalidad judicial, semillero de inseguridad jurídica y polémica.

Conviene en estos momentos, aun con brevedad, volver a *leer* el precepto antes de encuadrarlo en el marco de la legislación societaria:

1. “La actuación de la sociedad”

Para que exista aplicación del artículo 54, III debe concurrir una actuación de la sociedad que lo desencadene. El supuesto de hecho del precepto *no se refiere, prima facie, al abuso de la personalidad societaria por los socios, sino al desarrollo por parte de la sociedad de alguna de las conductas sancionadas, cuya comisión determina que ha existido un comportamiento abusivo*. Lo que es relevante mencionar –como veremos más adelante– es que el precepto no sanciona la conducta de los *órganos sociales*, sino de la sociedad como persona. O, dicho de otro modo, la actuación fraudulenta de los administradores en el desenvolvimiento de sus funciones debería ser reprimida por otras vías.

2. “Que encubra la consecución de fines extraordinarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros”

En segundo lugar, se debe tratar de una actuación de las tipificadas por la Ley. Desde este punto de vista, una vez *normativizada* en el Derecho positivo la inoponibilidad de la persona jurídica, debe mantenerse que se trata de un *numerus clausus*, pues los tribunales no podrían extender un precepto “sancionatorio” o restrictivo más allá de lo establecido en la norma. Ello no obstante, el elenco del precepto es suficientemente amplio, de forma que incluirían los que siempre han sido casos típicos en el Derecho comparado: *violación de la Ley, quebranto de obligaciones contractuales y perjuicio fraudulento de terceros*.

El precepto añade la referencia a la “consecución de fines extraordinarios”. Este inciso se ha identificado con la búsqueda de fines ajenos al objeto social recogido en el instrumento constitutivo, pero no compartimos dicha tesis que supondría una extensión de la institución a conductas que pueden no ser abusivas. Quizá la interpretación de *fines extraordinarios* como *fines ilícitos en sentido amplio* sería más adecuada, encajando además con la regla del artículo 18 LSC, según el cual en el caso de sociedades de objeto ilícito, “los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad”¹³.

Sobre este elemento sólo queremos destacar que no es necesaria la actuación dolosa o culposa. De hecho, aunque en la mayor parte de los asuntos resueltos en los tribunales subyace una conducta torticera, en otras ocasiones puede no existir un propósito de fraude perseguido directamente por los socios, sino que el abuso de la personalidad puede derivar de la dinámica de la realidad, de situaciones en que *el fenómeno es un resultado, no un objetivo* de la constitución del ente¹⁴.

3. “Se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”

Finalmente, acogiendo los efectos sobradamente conocidos de esta técnica, el legislador establece que la actuación de la sociedad será *imputada* a quienes de facto la desarrollaron mediante el instrumento societario¹⁵.

A estos efectos, la doctrina argentina ha mantenido que el tercer inciso de este párrafo produce dos efectos distintos: uno, la imputación de la conducta social; otro la responsabilidad por

¹³ En contra, MACAGNO, A. G. “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales –con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y provisional–” citado, p. 6.

¹⁴ DE ANGEL YAGÓEZ recuerda la emblemática STS de 28 de mayo de 1984, la primera que recogió en España la formulación acabada y actual de la técnica, en la que una sociedad municipal pretendía que se declarara que la reclamación administrativa interpuesta frente al Ayuntamiento (socio único de la sociedad) no interrumpía la prescripción de la acción contra ella. Es evidente que en este caso la constitución de la sociedad pública no pretendía una actuación ilegal, pero el Tribunal Supremo aplicó la doctrina del levantamiento del velo societario (DE ANGEL YAGÓEZ, R. *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1990, p. 20).

¹⁵ Insistiendo en su naturaleza de mecanismo de imputación, VIROLO, D. “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales” citado, ps. 8-9.

los perjuicios causados¹⁶. Sin embargo, creemos que a efectos prácticos el resultado de la aplicación del precepto es único y simple: *la imputación de la conducta abusiva a su agente real*.

Conviene recordar que el *daño no es un factor esencial a la idea de abuso sino* —como señalara DIEZ-PICAZO—, un *presupuesto del efecto indemnizatorio*¹⁷. *Esto es, que debe distinguirse entre el abuso de derecho en sí y aquel que al producir un daño da lugar a indemnización. No creo que el legislador argentino quiera decir que los efectos naturales del contrato o de la prestación realizados por la sociedad deben cumplimentarse por los socios o controlantes, sino más bien que los efectos de la violación legal o del orden público les deben ser imputados. En efecto, existen numerosas ocasiones en las que los socios o controlantes han desarrollado una conducta a través de la alteridad societaria que les debe ser imputada aunque no tenga efectos indemnizatorios directos. Por ejemplo, supuestos en que han desarrollado una actividad empresarial que tenían vetada legalmente (extranjeros que realizan una actividad reservada a nacionales por motivos de seguridad pública; sociedades constituidas por profesionales —abogados, economistas, médicos, ingenieros— que desarrollan una actividad ilegal conforme a su normativa profesional, aun en el caso de que no exista daño indemnizable, etc.). En estos supuestos no estaríamos ante la nulidad del artículo 18 LSC, que determina legalmente que los socios no puedan alegar la existencia de la sociedad, puesto que el objeto social no es ilícito sino que lo es la conducta de quienes utilizan la pantalla de la personalidad societaria.*

En este sentido, como se ha señalado, penetrar en el *substratum* de una sociedad, a través del levantamiento del velo jurídico, no supone desconocer su personalidad jurídica ni declarar su nulidad¹⁸. Puede citarse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de enero de 1998. En este caso se había desestimado una tercería de dominio formulada por una sociedad anónima frente a la Hacienda Pública respecto de determinados bienes inmuebles embargados. El Tribunal Supremo afirma que

¹⁶ Por ejemplo, MACAGNO, A. G. *últ. loc. cit.*, ps. 6-7.

¹⁷ DIEZ-PICAZO, L. "El abuso del Derecho y el fraude de la Ley en el nuevo título preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones", *Revista de Documentación Jurídica*, n° 4 (octubre-diciembre 1974), p. 1333.

¹⁸ La cita sería extensa, por todos, MACAGNO, A. G., "La personalidad jurídica de las sociedades comerciales —con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional—", *cit.*, págs. 4-5.

“desestimada la tercería de dominio por aplicación al supuesto contemplado de la doctrina jurisprudencial que, en determinados casos, permite penetrar en el *substratum* de la persona jurídica, tal aplicación no requiere negar la personalidad jurídica de la persona jurídica actora a la que han sido aportados los bienes objeto de tercería por el deudor apremiado ni declarar la nulidad de la sociedad, sino que se trata, pura y simplemente, de declarar la inoponibilidad de ese acto de aportación de los bienes al acervo social frente a los acreedores del socio aportante que ven así alterado el régimen de responsabilidad universal de su deudor que establece el artículo 1911 Código Civil, quedando dicho deudor, como consecuencia directa de ese negocio jurídico de aportación, en una situación de insolvencia intencionalmente provocada. No se desconoce, por tanto, la personalidad jurídica de la sociedad, distinta e independiente de sus socios, ni se declara su nulidad, ya que aquélla continúa subsistiendo como tal en el tráfico jurídico que en nada resulta alterado por la sentencia desestimatoria [sic] de la tercería”.

Como apoyo del hecho de que la doctrina de la inoponibilidad es sobre todo un criterio de imputación, pueden traerse aquellas sentencias que tienen que enfrentarse con la alegación de que su aplicación viola el *principio de relatividad de los contratos*¹⁹ (consagrado en el artículo 1257 Código Civil español). Así, señala la STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1998: “Resulta harto dudoso que la aplicación –que el recurrente juzga abusiva– de la doctrina del levantamiento del velo pueda combatirse en casación alegando ‘transgresión’ del artículo 1257 del Código Civil

¹⁹ Según el artículo 1.257, I CC: “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”. Como suele decirse, el negocio es para los terceros *res inter alios acta*, por eso no puede desplegar eficacia en su esfera jurídica, ni en su beneficio, ni en su perjuicio (*nec prodest, nec nocet*). El principio de relatividad constriñe el límite subjetivo de la eficacia del contrato a las partes contratantes y sus herederos. El contrato es, en este sentido, un acto de ejercicio de un poder de la autonomía privada y ésta consiste en dictar la ley que rige la propia esfera jurídica. En consecuencia *un contrato con eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino una invasión de la esfera jurídica ajena*. Por todos, traemos el magisterio al respecto de DIEZ-PICAZO, L. “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, *ADC*, 1961, pp. 809-833 [p. 814]. *Ídem*, “Comentario al artículo 1257” en AA.VV. *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, ps. 434-436; *Fundamentos del derecho civil patrimonial I*, citado, ps. 526-527. Véase también el tratamiento monográfico de RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I. *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, 2000, *passim* y ps. 31-32.

que se refiere a la eficacia de los contratos respecto a las partes que las otorgan, sus herederos y terceras personas. Máxime si la jurisprudencia que cita el propio recurrente (STS de 22 de junio de 1956 y posteriores) declara que *el levantamiento del velo más que una teoría es una técnica para evitar los abusos de la personificación* y no supone la derogación singular del artículo 1257 del Código civil, sino *la apreciación de que el sustrato personal de la sociedad no es tercero en relación al negocio de que se trate*, de acuerdo con los principios de buena fe y equidad, para evitar el abuso de derecho o su ejercicio antisocial”.

III. El carácter de última ratio del artículo 54, III LSC

Visto el precepto, y aun en el ámbito limitado de estas páginas, queremos argumentar su carácter de *última ratio* en el sistema de reconocimiento de personalidad jurídica: tenga su fundamento en la práctica de los tribunales o en un precepto legal, *la inoponibilidad de la personalidad jurídica es una técnica ontológicamente excepcional*. No estamos diciendo que el artículo 54 LSC deba interpretarse *restrictivamente*, sino *estrictamente*. La razón, obvia, es que se trata de una excepción legal al propio régimen general societario. La sociedad inscrita en el Registro Público de Comercio es sujeto de derecho y se desenvuelve en el mercado desarrollando su objeto social. Su responsabilidad es ilimitada, pero circunscrita a su propio patrimonio, y por tanto, la seguridad jurídica sólo puede quebrarse cuando la forma ampara una ficción. De acuerdo con su carácter de cierre o de “válvula de escape” del sistema legal de atribución de personalidad jurídica, *su aplicación debe ser subsidiaria: si hay otros remedios legales previstos expresamente, deberán aplicarse preferentemente*²⁰.

²⁰ En sentido similar al expresado, MACAGNO, A. G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales –con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y provisional–” citado, p. 12, según el cual la expresión *última ratio* supone que:

“1) Existiendo otra vía que posibilite el cobro del crédito laboral, menos gravosa para la institución de la personalidad jurídica, la inoponibilidad debe ser desechada. 2) Optada por la vía de la inoponibilidad se debe realizar una argumentación que respete su carga. Razonando sobre dos puntos: por la necesidad de la vía –lo que tienen relación directa con el punto 1– y de por qué no son suficientes los medios menos gravosos. Cumplido dicho requisito, analizar bajo qué supuesto es aplicable la normativa de excepción.

No creemos, aunque reconocemos que puede ser opinable, que la normación del levantamiento del velo suponga que deba prescindirse de su carácter excepcional y subsidiario. Para que se mantenga la seguridad jurídica, la solución excepcional (no reconocer que la sociedad es un sujeto de derecho independiente) debe utilizarse cuando no quede más remedio, so pena de afectar al tráfico mercantil y resentir la publicidad derivada del propio Registro de Comercio.

A estos efectos, en muchas de las resoluciones recaídas en supuestos de hecho laborales, los tribunales pretenden resolver –de forma errónea, en nuestra opinión– el perjuicio causado por la mala administración por la vía de la negación de personalidad jurídica a la sociedad. En otros casos, se mezclan los preceptos relativos a la responsabilidad de los administradores (artículos 59, 274) y la inoponibilidad de la persona jurídica; así por ejemplo, por citar un caso reciente, la sentencia del caso *Gaviola* (S. C. N. Trabajo, Sala VII, de 31 de mayo de 2010)²¹, pero también

g) La subsunción del artículo 54, a nuestro entender, como toda norma de excepción: debe además de comprobar que el hecho en cuestión es sustancialmente igual que el hecho establecido en la norma; debe previamente justificar su uso, sobre la inutilidad de los restantes medios legales. Tal requisito no viene dado simplemente por lo dicho por la Corte, sino por una razón simple: debemos tener en cuenta la utilidad social de la personalidad jurídica como institución jurídica.”

²¹ Se señala en esta resolución que “el armónico juego de los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades es muy claro en cuanto contempla la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, representantes y directores que a través de sus conductas u omisiones, al margen de su comportamiento en relación con la normativa interna del ente societario, violen la legislación vigente.”

He señalado antes que ahora que la forma societaria es una suerte de cobertura otorgada como técnica jurídica a la empresa y que la misma la torna a esta última, un sujeto de derechos condicionado al cumplimiento de sus fines y respeto de su objetivo social. En los últimos tiempos se ha podido observar un alto índice de incumplimientos y, en algunos casos, se puede advertir claramente el uso de las sociedades comerciales, no orientadas a la realización de su objeto sino como medio de incumplimiento de obligaciones laborales derivadas de leyes imperativas, con un cierto desdén por el orden público: El tercer párrafo del artículo 54 de la Ley de Sociedades hace mención expresa a la inoponibilidad de la persona jurídica y se refiere concretamente a las actuaciones de la sociedad que encubran la consecución de fines extrasocietarios, constituyan un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, y determina que, en el caso se imputará directamente a los socios o a las controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Algunas veces no será fácil demostrar que la sociedad fue utilizada con el fin de no cumplir o de violar la ley. En rigor de verdad no sería necesaria la prueba

en otros emblemáticos como el fallo *Duquelsy* (sobradamente comentado por la doctrina argentina), donde la sentencia, tras sostener aparentemente la *ratio decidendi* sobre el artículo 54, III LSC, reconoce que una de las codemandadas no era socia, para acabar haciéndola responder igualmente en su calidad de Presidente del Directorio ex artículo 274 LSC²².

Quizá cabe deslizar aquí alguna reflexión sobre *el problema de la infracapitalización* que en Argentina ha dado lugar a un *activismo* de la justicia laboral²³ y a una fuerte corriente doctrinal que entiende que constituye un supuesto automático de inoponibilidad de la personalidad jurídica, en cuando conducta abusiva²⁴. La idea esencial sería que el principio de limitación de la responsabilidad solo tiene vigencia si la sociedad está suficientemente capitalizada. Si no lo estuviera estaríamos ante un abuso de derecho porque “los socios que pretenden constituir una sociedad comercial, eligiendo un tipo social que se caracteriza por la limitación de su responsabilidad ante las deudas sociales, mediante el aporte de escasísimos fondos a la caja social, no constituye una actuación de buena fe, pues nadie

de la intencionalidad de utilizar la sociedad como escudo de incumplimiento, sino que es suficiente por ejemplo, con la demostración de la violación de las normas de orden público por parte de la sociedad”.

²² En sentido similar al expresado en el texto, D'ALESSANDRO (“Un fallo bien intencionado que justifica necesarias precisiones. Comentario al fallo de la Cámara Nacional de Trabajo, “Arancibia, Nora y otro contra Rodríguez, Ricardo Marcos y otro sobre ejecución de créditos laborales”, *Revista Electrónica de Derecho Societario*, número 37, abril de 2009), que señala que “la yuxtaposición en cabeza de los mismos sujetos de la doble condición de socios y administradores sociales y una eventual similitud de los efectos extensivos de responsabilidad en uno y otro caso, no justifican conceptualmente el encuadre indiscriminado de la actuación de aquéllos en normas dirigidas a regular la conducta de socios y administradores *en forma separada y distinguida*, aplicadas en forma “aluvional”.

²³ Véase el comentario en extenso de RICHARD, E. H. en “La institución jurídica sociedad (sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)”.

²⁴ Quizá, por todos, cabe traer aquí la doctrina de NISSEN, R. A., desarrollada en diversos trabajos como “La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los Socios”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, número 1, p. 22; “Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la persona jurídica. Nota al fallo *Duquelsy, Silvia contra Fuar S.A. y otro*, de la C. N. Trabajo, Sala III, *La Ley* 1999-B, p. 4; “Infracapitalización 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*)”, *La Ley*, 19 de noviembre de 2008.

puede ignorar que esa manera de proceder implica el traslado del riesgo empresarial, que constituye una de las tantas alternativas que implican frustración de los derechos de terceros (acreedores laborales, proveedores, etc.)²⁵.

Ahora bien, en coherencia con la opinión expuesta, nos parece aventurado mantener que la insuficiencia patrimonial constituya *en sí misma* un abuso de la personalidad jurídica que justifique *per se* la aplicación del artículo 54 LSC. Presupuesto el respeto de las exigencias legales, el levantamiento del velo ante la *infracapitalización material –no nominal–* deberá atender a *quiénes sean los acreedores concretos perjudicados* por la insolvencia, observando en qué medida han podido tener en cuenta la situación patrimonial de la sociedad a la hora de contratar. Así se mantiene en aquellos ordenamientos que acogen este remedio ante el fenómeno de la *infracapitalización* (otros lo solucionan con la responsabilidad de administradores o en sede concursal). Por ejemplo, en Alemania o Estados Unidos donde se distingue entre los acreedores “*financieros*” y contractuales que pudieron asegurar su riesgo y los llamados acreedores ignorantes (extracontractuales, pequeños acreedores) que son los protegidos por esta medida.

En definitiva, es cierto que la responsabilidad limitada no es un dogma, sino una regla de asignación de riesgos, pero no deberá caer de forma automática ante cualquier estimación de *infracapitalización* (que puede resultar opinable en un caso concreto) sino en aquellos supuestos excepcionales en los que se rompe el equilibrio de intereses establecido en torno a ella²⁶.

IV. La posibilidad de la imputación directa del acto abusivo como alternativa al levantamiento del velo

Una de las razones por las que la inoponibilidad de la personalidad jurídica es considerada como el único instrumento para alcanzar a los autores de la conducta social abusiva radica en que la construcción legal de las sociedades mercantiles está anclada en la llamada “*teoría orgánica*”²⁷. *La relación*

²⁵ NISSEN, R. A. “Infracapitalización societaria y responsabilidad de los socios y accionistas por deudas laborales. Nuevamente la justicia viene de la mano de los tribunales laborales”, citado en nota anterior.

²⁶ En este sentido, específicamente, MENÉNDEZ/VAQUERIZO ALONSO, “Sociedad anónima: excepciones al principio de responsabilidad limitada”, Westlaw, BIB 2007\3253.

²⁷ Lo recordaba con acierto RUIZ-RICO RUIZ, C. “El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad”, ADC, 2000-II, p. 926.

*orgánica es el procedimiento por el cual ciertos sujetos quedan encargados de regir los destinos de la institución, de forma que los actos realizados por las personas integrantes de los órganos se imputan directamente a la persona jurídica*²⁸. En efecto, en la *Ley de Sociedades Comerciales se identifica la voluntad social con la voluntad orgánica*, prescindiendo de los individuos que han conformado esa voluntad social que generó el acto abusivo. Esa construcción de la representación societaria aparece como un obstáculo que sólo podría superarse aparentemente con la técnica del levantamiento del velo societario. Por otra parte, la relación orgánica determina la introducción del juego de las mayorías, de forma que individuos (socios en Asamblea de accionistas, administradores en el Directorio) no conformes con una decisión se vean sometidas a ella, que se impone porque es considerada decisión de la persona jurídica.

No obstante ello, en el ámbito del Derecho público la teoría orgánica presenta recientes matices. Por ejemplo, en los ordenamientos en los que se recogen los llamados “delitos societarios” los Códigos penales imputan directamente a los administradores las conductas tipificadas que en puridad, serían conductas atribuibles a la sociedad por haber sido adoptadas por sus órganos.

Pero es que en el propio Derecho de sociedades argentino encontramos numerosos ejemplos de la superación de la teoría orgánica en preceptos que reconocen la separación subjetiva entre la sociedad y sus gerentes, o entre la sociedad y sus socios.

Así, en sede de diligencia del administrador, como es sabido, el artículo 59 LSC señala que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, y que los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. De acuerdo con este artículo, si la sociedad está legitimada activamente para reclamar la responsabilidad de sus propios gestores, quiere decirse que el Derecho de sociedades distingue subjetivamente la sociedad de sus administradores. Conforme a ello, *si al abuso social subyace un abuso de poder orgánico, en base a este último, concebido como un acto contrario a los fines*

²⁸ Véanse las reflexiones de CAPILLA RONCERO, F. *La persona jurídica: funciones y disfunciones* citado, ps. 99-101.

de representación, cabría imponer una responsabilidad directa a los gestores sociales sin necesidad de acudir a la técnica de inoponibilidad de la personalidad²⁹. Lo que queremos expresar, en primer lugar, es que para conseguir la responsabilidad personal de los gestores sociales no resulta necesario alterar el esquema de concesión de personalidad jurídica societaria. Si las conductas abusivas proceden, como parece indudable, de un abuso del poder orgánico (puesto que los administradores al adoptarla no se han sujetado a las exigencias legales en el desenvolvimiento de su función), el acto abusivo por el que deberían responder ante la sociedad puede ser imputado directamente a su concreto autor en todos los ámbitos.

Continuando en esta línea, y teniendo presente el artículo 157 LSC, en caso de pluralidad de gerentes, el juez podría fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal.

Por otra parte, según el propio artículo 54 en su párrafo primero, la sociedad está legitimada activamente para resarcirse del daño que se le haya ocasionado por parte de sus socios o controlantes. La obligación de indemnizar por dichos daños se predica no de los socios en general, sino de "sus autores". Donde la ley no distingue no deberíamos distinguir y, por consiguiente, en este precepto se habilita a la sociedad frente a cualquier tipo de daño que se le haya ocasionado la conducta de sus socios (o controlantes).

Conforme a ello nos encontramos con que ante el abuso del poder orgánico de los administradores la sociedad tiene acción, que contra el acto abusivo (generador de daño) de sus socios la sociedad tiene acción... ¿no sería posible la imputación directa del acto abusivo? Lo que se quiere expresar es que si el Derecho societario ofrece supuestos de responsabilidad individual de titulares orgánicos que permiten la imputación directa con carácter solidario de las consecuencias de conductas abusivas, parece razonable sostener que independientemente de que el demandante sea un tercero, y no la sociedad, la acción de imputación directa pueda prosperar, sin necesidad de desconocer la personalidad jurídica: cualquier actuación de la sociedad habrá pasado previamente por el *filtro orgánico*; si la actuación

²⁹ Ruiz-Rico Ruiz, C. "El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad" citado, p. 929.

es abusiva, será consecuencia de un abuso del poder orgánico, y en base a él cabría recurrir a la responsabilidad directa de los gestores sociales³⁰. El levantamiento del velo quedaría caracterizado como último recurso y no como el *cajón de sastre o herramienta para todo* en que se ha venido convirtiendo. Aunque probablemente en estas reflexiones tiene mucho que ver el hecho diferencial de que en el ordenamiento jurídico español la inoponibilidad de la personalidad jurídica sea una técnica de construcción puramente jurisprudencial³¹.

³⁰ De nuevo, RUIZ-RICO RUIZ, *ult. loc. cit.*

³¹ En cierta forma, esta línea de pensamiento subyace en las palabras de Vítrolo cuando afirma que en el levantamiento del velo no existe una responsabilidad refleja, sino una *responsabilidad propia y derivada de actos propios*, y que “el socio no responde como derivación de la activación de un mecanismo societario que inhibe el límite de su responsabilidad, sino que el socio responde por un *acto propio* e imputado directamente al sujeto *persona-socio*, independientemente del sujeto *persona-sociedad*, pues este último –como tal– le resulta inoponible (...) [*de forma que*] la *responsabilidad generada derivará –justamente– de esa imputación, y no de una presunta descomposición de la tipicidad*”. No obstante, el autor citado parece mantener la necesidad del recurso al artículo 54 LSC como único fundamento para conseguir dicha imputación (Vítrolo, D. “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales” citado, p. 11).