

DIALÉCTICA FALENCIAL DE LA DOCTRINA DE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA

POR MARISOL MARTÍNEZ

Sumario

La convergencia del derecho societario y el derecho falencial en la temática de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad societaria ha suscitado su análisis y tratamiento desde antiguo en nuestro derecho.

La aplicación de la teoría societaria de marras fue decepcionada jurisprudencialmente aun antes de su incorporación legislativa justamente en materia falencial.

No existe impedimento legal para la aplicación de la norma y acción de corte societario en un procedimiento de quiebra.

La herramienta legal de control societario en estudio demuestra ventajas sobre la aplicación del instituto de extensión falencial, el cual se encuentra en franca declinación en nuestro derecho positivo vigente.

Desarrollo

La relación entre los institutos objeto del presente trabajo ha sido abordada recurrentemente por nuestros autores. Nuestro señero Maestro Otaegui, en el mismo prólogo de su clásica obra sobre extensión de la quiebra, recuerda que en nuestro ordenamiento (como en el italiano, según cita a Pajardi) “implica la extensión de la quiebra la conjunción de principios del derecho falencial y en particular la tutela de los terceros con soluciones propias del derecho societario que apuntan al mismo fin como la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

Extensión de quiebra. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. Simulación ilícita

Así vincula la desestimación o inoponibilidad tanto con “reglas” clásicas como la falencia del socio con responsabilidad ilimitada convencional cuanto con “reglas” modernas como la quiebra del socio con responsabilidad ilimitada infraccional, la quiebra del dueño del negocio, la quiebra del controlante torpe motivada por el ejercicio indebido del control y la quiebra de los comuneros en los supuestos de confusión patrimonial.

Adelanta, respecto de la quiebra del dueño del negocio, que dadas las observaciones que mereciera el régimen de masas separadas, se ha sostenido como solución la posibilidad de recurrir a la inoponibilidad de la personería jurídica regulada en la Ley de Sociedades.

Así en materia falencial la primera regla específica proveniente de la desestimación habría sido el artículo 165 Ley de Concursos (artículo 161 Ley de Concursos y Quiebras [LCQ]), lo que importante parte de la doctrina (Rouillon) afirma no tratarse necesariamente de un caso de desestimación, en tanto no interesaría si la sociedad quebrada fuera real o ficticia para subquebrar al dueño del negocio.

Se ha destacado como antecedente de este supuesto de extensión, a la ley francesa de quiebras bajo la figura del “*maitre de l'affaire*”.

“... la utilización de la sociedad como un mero recurso para procurar fines extrasocietarios (artículo 54 LSC, “Inoponibilidad”) coincide con la actuación bajo la apariencia de la actuación de la fallida, cuando esta es una sociedad (artículo 161, inciso 1° LCQ, y 165-1, LC), por lo que este supuesto es una aplicación de la doctrina de la desestimación”, así de claramente nos enseña el autor citado.

Alguna doctrina (Rouillon) descarta el caso de desestimación de personalidad entendiendo que ésta requeriría la simulación de la respectiva sociedad, no requiriéndolo el tipo de extensión de referencia, por lo cual no sería necesario indagar si la sociedad en quiebra tendría o no una existencia real o sería pura apariencia.

Otaegui sostiene que la desestimación de la personalidad por simulación ilícita (artículo 957 Código Civil), constituiría el “procurar fines extrasocietarios” de la norma del artículo 54 LSC) y que procede, tanto si la persona societaria es simulada como si es real pero su actuación es simulada por ser un testafierro. En

ambos casos correspondería imputar la actividad de la sociedad al negociante oculto.

A su vez, la imputación al negociante oculto no implicaría que la sociedad quedara liberada de sus obligaciones. Esto como consecuencia del criterio de separación de masas en salvaguarda de los terceros, que sólo cede frente a la confusión patrimonial.

La figura de la actuación en interés personal requeriría:

- ejecución de actos (lo que excedería la mera ocultación pasiva de bienes);
- actividad comercial en interés del subquebrable, como distinto al interés del quebrado;
- disposición de bienes del quebrado como si fueran propios del subquebrable;

Este respetabilísimo autor sostiene que el subquebrable es un negociante oculto que ha causado con sus negocios la insolvencia del negociador ostensible, y que esta insolvencia es también la suya, porque los negocios del prestanombre son suyos.

En puridad no se trata del mismo concepto de cesación de pagos presupuesto de procesos concursales, ya que en realidad este negociante oculto normalmente tiene otros negocios y otros activos, por lo cual sostener *a priori* que esa insolvencia que es tal respecto del prestanombre lo es también respecto del dueño del negocio podría resultar un sofisma.

La contundente conclusión: **“cuando el testafarro es una sociedad, la solución es una aplicación particularizada de la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria... fundada en la simulación ilícita, sea la sociedad testafarro simulada o real (artículo 54 LSCL, “Inoponibilidad”)”**.

Éstas y otras disquisiciones acerca de los requisitos, interpretación y aplicación de la figura legal de la extensión de quiebra fundamentan su calificación como de más estricta que la herramienta legal de control societario del artículo 54 LSC, por lo cual, *prima facie*, si bien la norma falencial tendría su origen en tal doctrina, pareciera, en su caso, ser una especie más restringida de la misma (en los casos en que encuentra fundamento en la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria).

Debate de actualidad, el propio Dr. Lorenzetti –actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– ha apreciado

en sus votos que la insolvencia es un requisito que debe existir a los fines de resolver la aplicación del artículo 54 ter LSC, así textualmente dice "... su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad que en el caso no se ha probado..."

La mayoría de la doctrina especializada no ha coincidido, explicitando la Dra. Boquín que se considera "una verdadera imputación de conducta la cual implica que la misma deberá adjudicarse junto con sus consecuencias a los socios y controlantes que la hicieran posible en forma principal, directa y no subsidiaria. La insolvencia entonces no es un requisito para declarar la inoponibilidad de la persona jurídica".

No existe fundamento para excluir la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de la personería jurídica en la situación de insolvencia, la cual no es, si bien, reiteramos, existen opiniones contrarias, requisito para su procedencia.

El íter lógico jurídico debería conducirnos ante la existencia de insolvencia con caracteres de estado de cesación de pagos a la aplicación de las normas de la Ley de Concursos y Quiebras pertinentes, y por lo tanto al instituto de la extensión de quiebra y, justamente, en ausencia de la situación de insolvencia adquiriría soberanía el instituto de la desestimación de la personalidad jurídica.

Aplicación falencial de la doctrina de inoponibilidad de la personalidad jurídica

Molina Sandoval califica a la acción basada en el artículo 54 ter como societaria, accesoria y declarativa ya que la misma persigue la imputación de la actuación de la sociedad a un sujeto distinto (socios y controlantes que la hicieran posible).

Viene al caso recordar que la doctrina tuvo su debut en nuestro derecho jurisprudencialmente. En el caso "Swift", fallo del 8 de noviembre de 1971, el magistrado interviniente, Dr. Salvador María Lozada, rechazó el concordato preventivo presentado por la concursada, Compañía Swift de La Plata, a la que declaró en quiebra, extendiéndole la falencia a otras sociedades del mismo grupo económico por entender que existía subordinación de la voluntad y abuso de la personalidad. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Debemos destacar que antes de la reforma de 1983 que introduce el artículo 54 ter LSC, cuando se daban supuestos de interés personal de los socios o **abuso de la estructura**

societaria en el marco de la quiebra, la jurisprudencia no vaciló en aplicar la teoría de la penetración, corriendo el velo societario, fundada en los artículos 953 y 1071 del Código Civil (caso "Swift de La Plata S.A. sobre quiebra", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4 de septiembre de 1973).

El artículo 54 ter de la LSC recogería los criterios jurisprudenciales relativos al fraude a la ley, al abuso del derecho y a la afectación de los derechos de terceros en una fórmula particular que permite predicar la inoponibilidad de la sociedad, realizando una co-imputación del ente social y de los socios o controlantes que hicieron posible la actuación abusiva.

Los profesores Junyent Bas y Richard sostienen respecto de la herramienta de derecho societario que la descripción del fenómeno que origina las sanciones no se ha limitado al acto de constitución de la sociedad, ni se remonta al origen del ente para tornar aplicable la norma, sino que, la expresión "actuación" debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias.

En una palabra, el vicio de la causa del negocio societario, sea en su constitución o durante su actuación, es el fundamento del artículo 54 ter LSC en cuanto permite la desestimación de la personalidad en caso que se encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros:

La inoponibilidad de la personalidad tiene repercusión en el derecho societario pero también incide en otras ramas del derecho con el fiscal, laboral y concursal, por tratarse de derecho de daños. Así calificada doctrina, entre ellos los autores citados se preguntan si realmente tiene entidad propia la teoría de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica o se trataría de una visión más integral de la teoría general de responsabilidad vinculada a las múltiples expresiones de las relaciones de organización.

Desde la óptica concursal también Antonio Tonón sostuvo que se trataba de la aplicación del artículo 1109 del Código Civil, imponiendo el deber de reparar el producido del daño.

Junyent Bas, por su parte sostiene que el artículo 54, en su primer párrafo, contempla la responsabilidad solidaria e

ilimitada de indemnizar a la sociedad por los daños causados, con dolo o culpa, por sus socios o por quienes, no siéndolo, la controlen. En su segundo apartado, el mismo dispositivo obliga al socio o controlante a restituir a la sociedad los beneficios que distrajo, debiendo asimismo soportar personalmente las pérdidas que se pudieren producir. El tercer párrafo introduce la desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica mediante la imputación directa de la actuación de la sociedad en los supuestos previstos en la norma a los socios o a los controlantes que lo hicieron posible. Para este autor, la desestimación de la personalidad implica una acción singular que sanciona a los socios y controlantes que han dañado a terceros, bajo la actuación de la fallida, por lo que es una acción singular que no legitimaría al síndico, en los términos del artículo 175 de la Ley de Concursos y Quiebras; asumida en la legislación concursal como una alternativa de extensión de la quiebra, de conformidad con los artículos 161, incisos 1) y 2), de la Ley 24.522, en cuanto reflejan los efectos de la falencia en aquéllos que han abusado de la personalidad o desviado el interés social de la controlada.

Al referirse a la extensión de la quiebra en caso de abuso de la personalidad, Francisco Junyent Bas destaca que cobran especial relevancia los dos primeros incisos del artículo 161 de la Ley de Concursos y Quiebras, en cuanto tiene un contenido sancionatorio, tipificando ciertas conductas reprochables e imputándoles la grave consecuencia de la declaración de quiebra.

Es ostensible en la realidad concursal actual la debilidad que ha demostrado la aplicación del instituto de extensión de la quiebra, y la propia normativa positiva vigente, en aras a una adecuada protección del patrimonio de la fallida.

Se ha cuestionado sin embargo la aplicabilidad de la doctrina en materia falencial.

Así E. Daniel Truffat, analiza sobre la viabilidad de una acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la propia sociedad dentro de su proceso concursal, como punto capital si la misma se encuentra subsumida por la previsión normativa del artículo 161 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Sólo excepcionalmente la previsión del tercer párrafo del artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales resulta una vía idónea para intentar la recomposición patrimonial dentro del proceso falencial. Sería así, en hipótesis específicas, tales como el trasvasamiento empresario mediante interposición simulada de personas, en cuyo caso debe ponderarse la conveniencia de

esta acción accesoria y societaria respecto de la acción principal y típicamente concursal de extensión de quiebra (artículo 161, LC).

Esto sienta un principio, puesto que si lo que pretende es la desestimación de la personalidad jurídica de la propia sociedad fallida dentro de la quiebra, Truffat considera que no es posible, ya que la desestimación de la propia sociedad fallida, dentro de su proceso concursal, se encontraría subsumida dentro de la previsión normativa del artículo 161 de la Ley de Concursos y Quiebras.

En su reconocida obra Molina Sandoval adhiere a la posibilidad de aplicar la inoponibilidad de la personalidad jurídica, y funda en:

- No encontrarse prohibida la promoción de la acción (principio de reserva constitucional del artículo 19 de la Constitución Nacional);
- Su aplicación antes de la sanción de la norma específica, lo que fortalecería su aplicabilidad vigente el artículo 54 ter de la Ley de Sociedades Comerciales;
- La falta de cuestionamiento a la aplicación de la acción de simulación (artículo 955, Código Civil) en el proceso de quiebra, relacionada con el contenido simulatorio de la teoría de la inoponibilidad societaria;
- La acción de inoponibilidad no escapa a los requerimientos técnicos del derecho concursal, no existiendo contradicción con las normas concursales, lo que no justifica la exclusión de la aplicación de la figura en el ámbito falencial.
- El artículo 159 de la Ley de Concursos y Quiebras remite en los "Casos no contemplados: reglas", a la aplicación de las normas que sean análogas, atendiendo a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado del concurso y el interés general.

Recordado por los autores (prolijamente por Marcelo Perciavalle) el precedente del Juez Guillermo Mosso que declarara la inoponibilidad de la personalidad jurídica descendente en un verdadero "caso líder" (autos "Sindico en J. 8107, Mazzeo Lavalle sobre quiebra voluntaria sobre extensión de quiebra Ancasti SA",

Tercer Juzgado Comercial y de Registro de Mendoza, 20 de marzo de 1998). Decretada la quiebra individual de Mazzeo Lavalle y sus hijos, se anoticia que tres años antes se había constituido en la Capital Federal la sociedad Ancasti S.A. totalmente fuera de la jurisdicción original de los fallidos que era Tupungato (Mendoza), comprobándose el traspaso de todos los bienes a la misma, y la triangulación de operaciones inmobiliarias, con supuestos compradores parientes de los fallidos, actuando inclusive la misma escribana en todas las operaciones.

La sociedad sólo existente en apariencia, a los fines de asumir los negocios de sus socios, es susceptible del descorrimiento del velo de la personalidad, integrándose la totalidad de su patrimonio a la masa.

El síndico había demandado la extensión de quiebra hacia Ancasti S.A., el Juez Mosso, basándose en el principio "*iura novit curia*", consideró que si bien el Juez no puede modificar la acción deducida, puede sí calificarla, siempre que respete los hechos invocados.

Perciavalle sostiene la posibilidad de que la eventual acción de inoponibilidad se presente de manera conjunta o en subsidio con otras acciones de recomposición patrimonial.

Es de actualidad lo resuelto en los autos "Arrizubieta Fermín contra Calderón Mirta L. y otros sobre quiebra-nulidad", por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, en fecha 06 de octubre de 2009, ratificando con las modificaciones del caso, el fallo de primera instancia que resuelve: I) Rechazar las excepciones de prescripción y falta de legitimación opuestas por los codemandados, con costas; II) Hacer lugar a la demanda de nulidad absoluta promovida por el Síndico, declarando la nulidad de la constitución de la sociedad anónima, reingresando los bienes aportados por Fermín Daniel Arrizubieta a la quiebra y otorgando oportunamente una preferencia especial conforme artículo 120 LCQ a los acreedores representados por la sindicatura, con costas. Así, se sostuvo que decretada la inoponibilidad de la sociedad, en virtud del hecho ilícito en su constitución que importó una simulación defraudatoria, los socios han de responder frente a los acreedores con los bienes que aportaron a la sociedad anónima como si ésta no existiera respecto de la quiebra y respondiendo con ellos por las deudas de la quiebra.

Los beneficios de la acción de inoponibilidad ingresarán a la masa falencial, acrecentando el activo de la sociedad fallida. Además, no es necesaria para su aplicación una relación directa

con la producción, agravamiento, etc. de la insolvencia, mientras que la conducta desviada de la sociedad encuadre dentro de los parámetros del artículo 54, tercera parte, de la ley de sociedades comerciales, esto es, una actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios y constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros.

El síndico y, en su caso, los acreedores, para inclinarse por una u otra acción, deberían ponderar previamente los beneficios que supone la acción societaria del artículo 54 respecto de la concursal (artículo 161, LC) —por ejemplo, requisitos de presentación y prescripción, entre otros—.

Francisco Junyent Bas, por su parte, sostiene que el abuso de la personalidad en perjuicio de terceros, reglada en el artículo 54 ter de la Ley de Sociedades Comerciales, constituye una acción singular que “escapa” a la normativa concursal, y por ende, sólo tendría como legitimados a los terceros perjudicados en forma particular.

En efecto, para dicho autor, la desestimación de la personalidad implica imputar la actuación de la sociedad a los socios o controlantes que dañaron indebidamente a terceros, ya sea violando la ley, el orden público o la relación convencional de que se trate. Por ende, constituye una acción de daños de neto corte singular y, no legitimaría al síndico ni a los acreedores sino, exclusivamente, al tercero que ha sufrido el daño.

Conclusiones

Así como las acciones del derecho común de simulación y fraude no quedan excluidas del derecho concursal —si bien pudiera replicarse que se encuentran indirectamente previstas—, lo cierto es que la ley concursal no excluye expresamente la aplicación de la norma del artículo 54 ter de la Ley de Sociedades Comerciales.

Resulta hoy conteste doctrina y jurisprudencia sobre los paradójales resultados que la dinámica del instituto de extensión falencial arroja en tanto la severidad de la medida no se corresponde con el ingreso efectivo de activos a la quiebra principal en general. Antes bien, los resultados parecieran encontrarse en inversa proporción a la severidad de la medida. Esto es provocado en buena medida en razón de la subsidiariedad que respecto de la atención concurrente

del pasivo de la subquebrada con su propio activo se impone dada la quiebra "subdeclarada".

Parece predominante en el instituto la intención sancionatoria, dado el rigor que la declaración de quiebra bajo distintos presupuestos que aquellos necesarios a la declaración de la quiebra principal, y sin requerir del concreto estado de cesación de pagos de la subquebrable en sí, imprime.

Esto a la luz de la filosofía relevadora de sanciones e inclusive de reproches a las conductas ligadas a los procesos que regulan la insolvencia y la tendencia a la separación de la empresa, de la persona del empresario, bajo la consigna de su salvación por las cuales la Ley de Concursos y Quiebras vigente tomara decidido partido, y las actuales tendencias hacia un pragmatismo que entienda responsabilidad y por tanto reparación y no ya meras sanciones puramente declarativas, han producido una clara devaluación del instituto de la extensión de la quiebra, expresada en serios reparos y reservas de la doctrina e inclusive la jurisprudencia más calificada.

Avallando esta postura, y sin restar importancia al sistema de masas del artículo 168 de la Ley de Concursos y Quiebras, muchas veces el sistema de masa única, cuando exista confusión patrimonial, puede no beneficiar al sujeto extendido, sino perjudicarlo.

En efecto, puesto que la conformación de la masa única integra todo el activo de ambos quebrados (principal y extendido) y todo su pasivo (acreedores de uno u otro), puede suceder que el fallido extendido tenga mayor pasivo que activo, es decir que incorpore nuevos acreedores sin adicionar nuevos bienes, reduciéndose las posibilidades de cobro de los acreedores del quebrado principal.

Fundamentalmente, como nos enseñara el maestro Richard, el efecto de "subsidiariedad" que produce el instituto de la extensión es lo que hace desaconsejable en principio el mecanismo legal de comunicación de la falencia. La subsidiariedad que se produce respecto del pasivo extendido, lo que puede neutralizar el esfuerzo que hubiere implicado llegar a la declaración de quiebra por extensión, y anular todo beneficio a la quiebra principal, benefició -activos- que, en caso de existir podrían ser efectivamente alcanzados vía la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica y con estricto fundamento en normas positivas vigentes.

Dadas entonces algunas de las argumentaciones vertidas en el presente:

- constituir el abuso de la personalidad jurídica sustrato de algunas de las figuras de extensión falencial;
- que la tipología falencial creada responde al reproche sancionatorio inveteradamente mantenido hasta la ley vigente actual;
- los reparos que merece el instituto de extensión falencial y su involución en la práctica;
- la inexistencia de impedimento legal para la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica;
- la conveniencia y practicidad de la imputación por desestimación de la personalidad jurídica;
- etc.
- encontrándose conteste parte de la doctrina;
- habiendo sido así resuelto ya por el legendario Juez Mosso de Mendoza, e inclusive en sonados casos como Arrizubieta en Provincia de Buenos Aires.

Creemos que la aplicación de la norma del artículo 54 ter de la Ley de Sociedades Comerciales no sólo se adecua al proceso falencial, sino que aporta ostensible ventaja sobre el instituto de extensión de quiebra, el que deberá ser reanalizado en futuras reformas legislativas.

Fuentes de información

- BARREIRO, Marcelo Gustavo y LORENTE, Javier Armando. "La desestimación de la personalidad jurídica (artículo 54, Ley de Sociedades Comerciales) y la extensión de quiebra (artículo 161, Ley de Concursos y Quiebras)". *La Ley*, T. 2004-A, Sección Doctrina.
- BOQUÍN, Gabriela Fernanda. "Apostillas sobre la responsabilidad de los administradores y socios frente a créditos laborales".
- JUNYENT BAS, Francisco y RICHARD, Efraín Hugo. "Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios)".
- MOLINA SANDOVAL, Carlos. *La desestimación de la personalidad jurídica*. Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- OTAEGUI, Julio C. *La extensión de la quiebra*. Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- PERCIAVALLE, Marcelo L. "La desestimación de la personalidad jurídica en el proceso concursal". Blog de Sindicatura Concursal (Publicado: 30 de octubre 2009).
- TRUFFAT, E. Daniel. "Sobre la extensión de quiebra". *La Ley*, Tomo 2004-E, Sección Doctrina.