

# **INTERPRETACIÓN INICIAL DE LA REFORMA DEL INSTITUTO DE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES**

MARCELO GUSTAVO BARREIRO

1.- En un primer análisis entendemos que el anteproyecto ha pretendido flexibilizar de algún modo las pautas de aplicación del instituto de la inoponibilidad mediante un aligeramiento de sus recaudos de admisibilidad.

2.- Conforme el texto del anteproyecto de ley, parecería que debe entenderse que si en la actuación de una sociedad “objetivamente”, existen fines extrasocietarios, violación a la ley, el orden público, la buena fe, o se frustran derechos de terceros, más allá de que tal conducta no sea consecuencia de algún factor subjetivo de atribución de responsabilidad (dolo o culpa), la norma igualmente

**debe aplicarse, imputándose la conducta de la sociedad a los socios y/o controlantes que “la hicieron posible”.**

3.- La supresión del modalizador “mero” anteponiéndose a la palabra “recurso” en el texto de la norma, parece indicarnos que el legislador considera que puede existir una sociedad que aún teniendo actividad real propia, destinada a cumplir sus fines, igualmente puede dar lugar a la aplicación del instituto de la inoponibilidad si, además, es usada, entre otras cosas, como recurso para la consecución de la enumeración de conductas que la ley mantiene.

4.- En el anteproyecto, expresamente se prevé que la sociedad puede ser un instrumento utilizado abusiva o desviadamente para perjudicar a cualquier tercero, **incluidos los propios socios de la misma**, otorgándole a éstos legitimación activa para intentar la acción de inoponibilidad.

5.- La legitimación activa referida en el punto anterior será tal, siempre y cuando, el socio de referencia no sea parte responsable de la propia actuación de la sociedad que se pretende castigar, es decir, no sea a su vez uno de los legitimados pasivos de la propia acción.

6.- El anteproyecto de ley ha quitado del párrafo que regula la inoponibilidad de la personalidad jurídica, la frase atributiva de responsabilidad: *“quiénes responderán solidariamente por los perjuicios causados”*, dejando como una única consecuencia del actuar desviado o abusivo, *la imputación de la conducta de la sociedad al socio o controlante directo indirecto “que la hicieron posible”*.

7.- Conforme una interpretación integradora del texto de la norma proyectado, parece razonable considerar que su último párrafo (el quinto) **es un agregado aplicable, únicamente, al supuesto de la inoponibilidad de la personalidad societaria regulado en el párrafo anterior (el cuarto en el texto del proyecto), y es a esta acción – la de inoponibilidad – a la que se refiere al hablar de “lo dispuesto”**.

8.- La norma proyectada parecería ponerle un límite a la posibilidad de plantear una acción de inoponibilidad: ello es posible sólo *“sino se afectan derechos de terceros de buena fe con ello”*.

9.- En caso de que no pudiera realizarse una acción de inoponibilidad porque ello afectaría “derechos de terceros”, entrará a jugar la

posibilidad de que los terceros o socios afectados por la conducta social desviada (que los socios o controlantes hicieron posible) planteen una típica acción de daños contra éstos por su responsabilidad personal en los perjuicios causados.

## FUNDAMENTOS

1.- El anteproyecto de reforma parece, a primera vista, intentar morigerar las condiciones de admisibilidad de la acción de inoponibilidad prevista en el art. 54 de la ley de sociedades siguiendo una tendencia jurisprudencial y doctrinaria reciente.

El único párrafo del Mensaje de Elevación del anteproyecto que se refiere al punto, parece indicarnos que se ha pretendido flexibilizar de algún modo las pautas de aplicación del instituto de la inoponibilidad mediante un aligeramiento de sus recaudos de admisibilidad.

El párrafo del Mensaje de Elevación del anteproyecto antes citado dice: *“Asimismo se ha esclarecido que la prescindencia de la personalidad jurídica no se circunscribe a los supuestos de conductas solapadas que encubren fines torpes, sino que basta con que éstos se configuren objetivamente”*, hacia allí parecen dirigirse las modificaciones analizadas.

El cometido puede ser loable aunque la redacción de la modificación no resulta del todo clara, más allá de que se perciba ese intento flexibilizador:

2.- En punto a las reformas proyectadas en sí, la ley actual al referirse al castigo a los **“fines extrasocietarios”**, lo hacía cuando la actuación de la sociedad los **“encubría”**<sup>1</sup>, y la actuación de la sociedad se imputaba a los socios o controlantes cuando era un **“mero” recurso** para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

---

<sup>1</sup> De donde podía sostenerse que si los fines extrasocietarios eran evidentes no podía aplicarse este instituto, aunque no era esta nuestra posición (ver **“La desestimación de la personalidad jurídica (art. 54, ley de sociedades comerciales) y la Extensión de Quiebra (art. 161, ley de concursos y quiebras)”**, en coautoría con el Dr. Javier A. Lorente, aparecido en el **Suplemento de Concursos y Quiebras de La Ley**, a cargo de Héctor Alegría, del 19 de diciembre de 2003, págs. 1 a 16.

3.- Estos dos modalizadores eran, entre otros, claros modalizadores que servían para fundar y justificar nuestro criterio de aplicación restrictiva del instituto.

La proyectada reforma quita el modalizador “encubría” del texto, lo que importa que en caso de sancionarse, se pretende que la actitud de la sociedad que persiga fines extrasocietarios no sólo debe castigarse a través de *la imputación aditiva que la inoponibilidad importa*<sup>2</sup> cuando **encubre** tal conducta, sino también cuando la **exhiba**, cuando sea evidente y palmaria (recordemos que nosotros entendíamos que esto era así en la hipótesis del texto actual de la ley 19.550).

En punto a quitar el modalizador “encubrir” nada más diremos pues, reiteramos, que en nuestra consideración, aún la actuación no solapada tendiente a obtener fines extrasocietarios a través de la actuación de una sociedad también era alcanzada por la hipótesis del art. 54 *tercer párrafo*. Y esto, más allá de argumentaciones jurídicas, por dos claros principios: (a) porque la actuación desembozada genera una “apariencia” en orden al deber de responder; que no puede sino ser atendida por quien dio lugar a la misma; (b) porque repugnaría a obvios cánones éticos que el desenfado en desvirtuar la ley colocara al infractor en mejor situación que otro sujeto, tal vez más taimado, pero que igual habría perseguido fines extrasocietarios o vulnerado la ley.

4.- Por lo demás, en el anteproyecto la misma conducta de la sociedad puede dar lugar al castigo previsto, cuando es un “recurso” (no ya un “mero” recurso como dice el texto vigente) para violar la ley, el orden público la buena fe o frustrar derechos de terceros.

La idea, en esta hipótesis, también parece dirigirse a definir que el criterio de interpretación con el que debe atenderse la aplicación de este supuesto tiene más que ver con corroborar “objetivamente” la consecución de fines extrasocietarios y/o la violación de la ley, el orden público o la buena fe que con la existencia de una sociedad íntegramente y únicamente desnaturalizada.

---

<sup>2</sup> Como lo define En igual sentido, MOLINA SANDOVAL, Carlos, *La desestimación de la personalidad jurídica*, págs. 75/76 y 133, primer párrafo, con cita de Rafael Manóvil, sosteniendo que éste denomina a tal supuesto *extensión de imputación*, *Grupo de sociedades en el derecho comparado*, Abeledo Perrot. Buenos Aires 1998, pág. 1020.

Creemos ver en el anteproyecto un intento de ampliar el ámbito de aplicación de la norma para castigar conductas desviadas.

Ya no sólo se castiga cuando la sociedad abusada es solamente un recurso para las maquinaciones de los socios o controlantes (no existe en verdad sociedad en sentido estricto), sino también en casos de sociedades que actúan de acuerdo a sus fines y para cumplir su objeto, que además sirven “objetivamente” como recurso para acometer las conductas castigadas.

Según el Diccionario de la Real Academia Española <sup>3</sup>, en su primera acepción, *mero es puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa*.

Por lo que cuando se decía (dice) que el artículo 54 *tercer párrafo* de la ley de sociedades imputa a los socios o controlantes la actuación de la sociedad cuando esta es un *mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros* claramente estamos diciendo que en todas estas hipótesis fácticas **la sociedad debe ser sólo eso, su actuación no podría tener mezcla de otra cosa, es decir parecería dificultoso que una sociedad activa, con actuación propia real, adecuada a sus fines que incurra en un único acto de violación de la ley, el orden público la buena fe o que frustre derechos de tercero de modo alguno podía (ni puede pues el texto referido es el vigente) dar lugar a la aplicación del instituto de la inoponibilidad.**

Ello no importa irresponsabilizar dichas conductas sino tan sólo determinar que éste no es el remedio adecuado para hacerlo.

El pretender la supresión de tal modalizador parece indicarnos que el legislador (si acepta el texto y lo sanciona) está dispuesto a entender que puede existir una sociedad que aún teniendo actividad real propia, destinada a cumplir sus fines igualmente puede dar lugar a la aplicación del instituto de la inoponibilidad si, además, es usada como recurso para consecución de la enumeración de conductas que la ley mantiene.

Allí recurriendo nuevamente al diccionario,<sup>4</sup> vemos que en la

<sup>3</sup> Vigésima primera edición, Espasa Calpe, pág. 1360.

<sup>4</sup> Obra citada, pág. 1746.

segunda acepción (la primera es “acción y efecto de recurrir”), *recurso es medio de cualquier clase que, en caso de necesidad sirve para conseguir lo que se pretende.*

Es decir que este recurso puede tener otros usos y finalidades pero, en algún momento se transforma por decisión volitiva de quien lo usa para conseguir lo que se pretende. En este caso violar la ley, la buena fe, el orden público o frustrar los derechos de los terceros.

Claramente entonces parece que si bien se ha flexibilizado en algo la posibilidad de aplicar el instituto esto no tiene ni remotamente la idea de “objetivización” de conductas que parece atribuirle al texto la propia Comisión Reformadora.

No puede haber imputación aditiva por causal objetiva cuando la propia referencia a la utilización de la sociedad como recurso nos exige la existencia una acción volitiva de los socios o controlantes que hagan posible que la sociedad sea un recurso para que tales conductas se den.

5.- Estas modificaciones, sumadas a la la referencia antes realizada respecto a la única oración dentro del Mensaje de Elevación del anteproyecto que se refiere al punto, parecen indicarnos que se ha pretendido flexibilizar de algún modo las pautas de aplicación del instituto de la inoponibilidad mediante un aligeramiento de sus recaudos de admisibilidad.

6.- No existen dudas en doctrina ni en jurisprudencia que la legitimación activa de la acción de inoponibilidad la poseen los terceros afectados por la conducta societaria instada por el controlante o socio abusador.

Estos terceros podrán instar la acción de inoponibilidad postulando la que el maestro Otaegui <sup>5</sup> ha denominado “**desestimación activa directa**” (es la que se puede realizar en beneficio de los terceros acreedores de la sociedad) o, aún, la que él denomina “**desestimación activa indirecta**”, postulada en beneficio de los terceros

---

<sup>5</sup> OTAEGUI, Julio Cesar, *El art. 54 de la ley de sociedades: Inoponibilidad de la personalidad jurídica*, E.D. 121-805.

acreedores de los socios de la sociedad abusada. <sup>(6)</sup>

Pero largas discusiones se dieron tanto en doctrina como en jurisprudencia en aras de definir la admisibilidad de la que Otaegui denomina *desestimación pasiva* es decir, aquella que es pretendida por los propios socios de la sociedad, o aún por la propia sociedad, cuya conducta da lugar al planteo de inoponibilidad.

Claramente Otaegui sostiene que el art. 54 2º parte LSC (así menciona al que conocemos como tercer párrafo) no contempla, lo que él denomina, **la desestimación pasiva de la personalidad en beneficio de la sociedad o de sus socios**. Es decir, si bien alguna jurisprudencia admitió tal planteo en virtud de principios del derecho común antes del tercer párrafo del art. 54 LS, para el maestro citado, vigente éste tal posibilidad no corresponde <sup>(7)</sup>.

Sobre el punto, el referido autor postulaba la imposibilidad en general de plantear por los propios socios la acción de inoponibilidad, postura que los Dres. Lorente y Barreiro han seguido <sup>8</sup> en donde dijeron (si bien en el contexto de una sociedad abusada **fallida**, pero aplicable a la sociedad *in bonis*) que: “No es posible, en principio, que sean los propios socios o accionistas, ni la propia sociedad, quienes invoquen la norma”.

La posibilidad de desestimación pasiva de la personalidad jurídica societaria en nuestro derecho puede igualmente darse, pero recurriendo a la doctrina del abuso de derecho que tiene su origen en la previsión del art. 1071 C.C. (pautas del derecho común, como sucedió en el fallo “*Astesiano c/Gianina SCS*” <sup>9</sup> y en los fallos de las leyes de emergencia locativa que cita el Dr. Otaegui en el artículo supra citado en la nota al pie nro. 40).

<sup>6</sup> Completando la clasificación propuesta por Otaegui podemos decir que, de acuerdo a la condición de los terceros, la misma puede a su vez subclasificarse en desestimación indirecta, que es aquella en que los beneficiarios son los terceros acreedores de los socios. La desestimación será “pasiva” cuando la misma redunde en beneficio de la sociedad o de los socios.

<sup>7</sup> OTAEGUI, Julio Cesar, *El art. 54 de la ley de sociedades: Inoponibilidad de la personalidad jurídica*, E.D. 121-805.

<sup>8</sup> Ver el trabajo conjunto de Barreiro, Marcelo G. y Lorente Javier A., “La desestimación de la personalidad jurídica (art. 54, ley de sociedades comerciales) y la Extensión de Quiebra (art. 161; ley de concursos y quiebras)”, aparecido en el Suplemento de Concursos y Quiebras de La Ley, a cargo de Héctor Alegría, del 19 de diciembre de 2003, págs. 1 a 16.

<sup>9</sup> CNCom. Sala A, 27/2/1978, *Astesiano, Mónica I, y otra c/Gianina, Soc. en Com. Por Accs.*, L.L. revista del 18/4/1978

Otra parte de la doctrina, Romano <sup>10</sup> entre otros, entiende que existe la posibilidad de plantear dicha desestimación pasiva aún en caso de simulación societaria lícita, y aún cuando hayan prestado expresamente su consentimiento para asumir el rol de socio o accionista. Pero como hemos visto la hipótesis en el caso analizada, es la de la simulación ilícita (cuando hay violación de la ley o perjuicio a terceros) en cuyo caso creemos – con el texto actual - que, en principio, no es posible que los socios o accionistas planteen la desestimación de la personalidad por vía del art. 54 último párrafo LS.

Ello más allá de que existe una tercera posición posible (*un tertius genus*) que sostiene que en principio los socios no poseen legitimación activa para intentar esta acción, salvo aquellos socios o accionistas que “no hubieren participado” de la actuación que da lugar a la aplicación de la norma referida.

Pues bien, este debate doctrinario termina con el anteproyecto en análisis atento la expresa previsión contenida en la norma reformada, al sostener que: *La actuación de la sociedad que esté destinada a la consecución de fines extrasocietarios, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de socios o de terceros.*

Es indudable que ahora sí claramente la sociedad puede ser un instrumento utilizado abusiva o desviadamente para perjudicar a cualquier tercero, incluidos los propios socios de la misma, y en tal sentido estos tendrán, inexorablemente, legitimación activa para intentar la acción de inoponibilidad.

Indudablemente esto será así siempre y cuando el socio de referencia no sea parte responsable de la propia actuación de la sociedad, es decir, no sea a su vez uno de los claros legitimados pasivos de la propia acción.

7.- El anteproyecto agrega un último párrafo al artículo 54 que, textualmente, dice: “*Lo dispuesto se aplicará sin afectar los derechos*

---

<sup>10</sup> Artículo citado, pág. 3, siguiendo a Nissen, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales”, Edit. Abaco, Tomo I, págs. 69 y sgtes. y en el mismo sentido Filippi, Laura, “El art. 54 ter. Párrafo y la consecución de fines extrasocietarios”, en Derecho societario y de la empresa, Tomo II, pág. 634, Ed. Advocatus, Córdoba, 1992.

*de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.*

En este punto la confusión (por lo menos en nuestro concepto es tal, y no la entendemos de modo alguno aclarada por la escueta referencia que al instituto se realiza en el Mensaje de Elevación y que hemos visto *supra*) es mayúscula.

## I.- DUDA INICIAL

La primera consideración que nos merece la norma es si este último párrafo **¿es un agregado a la hipótesis de inoponibilidad del párrafo anterior o el modalizador “lo dispuesto” hace referencia al contenido íntegro de los tres párrafos – es decir, modaliza todo el texto del art. 54 LS - anteriores de la norma proyectada?**

La no distinción dentro del texto respecto de a qué párrafo o a qué hipótesis de responsabilidad de las que contiene el proyectado art. 54 se refiere, parece colocarnos – en una buena hermenéutica - en la consideración clásica de que no debe distinguir el intérprete donde no lo hace el legislador, lo que parecía colocarnos en que el quinto párrafo es aplicable a todo el texto del art. 54 proyectado.<sup>11</sup> Sin perjuicio de ello no es esta la interpretación que propiciamos.

Los otros tres párrafos del art. 54 en su texto proyectado poseen las siguientes características:

Los dos primeros párrafos contienen en sí mismo la hipótesis de reparación que la conducta indebida del socio o controlante que regulan acarrea:

a) En el primer párrafo, referido a la actuación con dolo o culpa del socio o del controlante, específicamente plantea como consecuencia la obligación solidaria de indemnizar los perjuicios, en una aplicación clara dentro de la ley de sociedades de los principios del derecho de daños (el viejo 1109 del Código Civil):

b) El segundo párrafo, determina la obligación del socio o con-

---

<sup>11</sup> Ello más allá de que lo razonable sería exigirle al proyectista que un artículo con varios párrafos que definen institutos o situaciones diversas, al hacer una referencia genérica aclarara a cual de las acciones reguladas se refiere.

trolante que aplicare indebidamente fondos o se valiere de información relevante o de oportunidades de negocio en beneficio propio, de traer a la sociedad los beneficios que de tal negocio resulten (esa es la reparación que la ley determina, mediante una responsabilidad propia, con el daño tasado).

c) El tercer párrafo determina una hipótesis de compensación de beneficios y pérdidas en la aplicación de una política común dentro de un grupo.

Como se ve, las únicas dos hipótesis que determinan acciones tendientes a responsabilizar a socios o controlantes determinan claramente en su texto cuáles son las modalidades responsabilizatorias, así como el daño resarcible en cada caso. En el tercer párrafo no hay hipótesis de responsabilización alguna planteada ni planteable.

Por ello, conforme a lo que entendemos debe realizarse, una interpretación integradora del texto de la norma proyectado, parece razonable considerar que este último párrafo **es un agregado aplicable, únicamente, al supuesto de la inoponibilidad de la personalidad societaria regulado en el párrafo anterior (el cuarto en el texto del proyecto), y es a esta acción – la de inoponibilidad - a la que se refiere al hablar de “lo dispuesto”.**

Ello atento que:

a) parece afirmarse en el hecho de que el cuarto párrafo del art. 54 posee un título que lo separa claramente de los tres anteriores, por lo que el quinto párrafo en análisis parecería una continuación de él, y no una referencia al conjunto de lo normado en el proyectado artículo 54 *in totum*.

b) el contenido de este último párrafo (el quinto), como se ha visto, no parece resultar aplicable a los tres primeros párrafos del anteproyecto de reforma. Ello debido a que, como ya hemos dicho, en el primero y en el segundo párrafo se definen la propia responsabilidad o la propia consecuencia aplicables de darse las conductas que se prevén en cada uno de ambos supuestos, mientras que en el tercer párrafo se habla de una hipótesis de “compensación de daños” en un supuesto de política de grupo.

c) la redacción de este último párrafo al hablar de “las responsabilidades personales de los participantes en los hechos por los per-

juicios causados”, nos trae una clara reminiscencia al actual “*quiénes responderán solidariamente por los perjuicios causados*”, contenido en el actual párrafo tercero del art. 54 LS y aplicable exclusivamente a la hipótesis de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

## II.- DUDA ACTO SEGUIDO

Aclarado que entendemos, no sin dudas, que el último párrafo (quinto) del texto proyectado es continuación del cuarto, es decir pertenece a la regulación de la hipótesis de una acción de desestimación de la personalidad jurídica, queda por aclarar cuál es entonces su contenido.

Para un mejor análisis dividiremos el contenido de este quinto párrafo:

Ila.- “*Lo dispuesto se aplicará sin afectar los derechos de los terceros de buena fe*”:

Ya hemos definido que “lo dispuesto” refiere a lo normado en el párrafo anterior (la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad).

**¿Cómo se afectarán los derechos de terceros?** Parece claro, en el marco de análisis que venimos realizando, que lo dispuesto en el párrafo anterior es la realización de una acción de inoponibilidad, por lo que la única forma de que dichos derechos fueran afectados sería mediante el planteamiento de una acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica, respecto de una conducta social que pretende imputársele a un socio o controlante.

**¿Cuáles son los terceros de buena fe cuyos derechos no pueden afectarse?** Cualquier tercero, incluso un socio siempre y cuando sea de buena fe.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> No siempre el tercero de buena fe está eximido de consecuencias en una hipótesis de inoponibilidad, siendo un ejemplo claro de ello, en nuestro criterio, la ineficacia por conocimiento de la cesación de pagos del art. 119 LCQ. Así, al respecto hemos dicho en su oportunidad (en el capítulo titulado “*Cesación de pagos e ineficacia concursal*”, del libro multiautor “Segundo Anuario de Derecho Concursal”, Ad Hoc, 2002, Año 2, Buenos Aires, octubre de 2003, del ensayo, págs. 65 a 109): “Máxime si se pretende que esa circunstancia sea la existencia o inexistencia de buena fe, siendo que no es la mala fe o el fraude presupuesto de la acción, el sólo conocimiento por parte del tercero del estado de cesación de pagos (aun en la hipótesis de que éste sea de buena fe) coloca al acto en condiciones de ser declarado inoponible. En este

La norma proyectada parecería ponerle aquí un límite a la posibilidad de plantear una acción de inoponibilidad: **ello es posible sólo si no se afectan derechos de terceros de buena fe con ello.**

¿Ello importa que la conducta castigada por la ley quedará impune? De ningún modo, pues ello parece quedar a salvo con la previsión de la norma proyectada que se analiza a continuación.

Ahora bien, si la interpretación que parece surgir de esta norma es tal y como lo entendemos parece razonable reiterar que dudamos respecto de su prudencia. Si tal consideración rigiera, por ejemplo, en las hipótesis de “extensión de quiebra” en muchos supuestos ésta no prosperaría atento que en gran número de casos el extendido tiene sus propios acreedores a los que la propia extensión afectará. En el mismo sentido, si se quería defender a los terceros de buena fe, respecto de ellos rigen la totalidad de las normas del Código Civil que los benefician (vgr.: 970, 1051 y ccs. de dicho cuerpo legal). Además, y perdónesenos el machacar sobre estas dudas: ¿qué terceros de buena fe podrían verse afectados por *la imputación aditiva* de responsabilidad al controlante torpe? ¿A qué tercero podría afectar que haya “otro responsable” fuera de los acreedores de ese novedoso obligado? Esta interpretación esterilizaría el instituto.

II.b.- **“Sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.**

---

caso el mero conocimiento da por cumplido el requisito, no se presume un estado especial subjetivo del tercero respecto del propio hecho del conocimiento del estado, no debe haber una intencionalidad especial, el mero hecho del conocimiento hace entender cumplido el requisito. Esta condición (la buena fe) sí es esencial para imposibilitar la acción respecto de terceros subadquirentes a título oneroso, pero no es esta la hipótesis en análisis. No es este el criterio de alguna doctrina que entiende que esta definición legal (el conocimiento del estado de cesación de pagos por parte del tercero, entre otros requisitos, permite el andamiento de la acción) importa una presunción *iure et de iure* de fraude o mala fe en el tercero que contrata con el fallido (entre otros Di Tullio, Macagno y Lorente). En nuestro apoyo podemos citar la CNCom. Sala B, 17/6/1994, “Flores, Aurelio c/Competrol S.A. y otro”, L.L. 1995-D-3.-, y en especial CNCom. Sala A, 16/11/1984, in re *Togs S.A. s/quiebra c/Banco de la Provincia de Corrientes, L.L., 1985-B. 1982, citado en “Digesto...”, pág. 118, nro. 6958, en donde claramente se indica que no es exigible la existencia de mala fe porque no es ésta la que torna inoponible el acto* No creemos además posible crear esta presunción por vía analógica o extensiva pero, aún más, tampoco creemos que la propia existencia de la presunción resulte necesaria. La ley establece el mero conocimiento del estado de cesación de pagos como requisito no el fraude ni la mala fe, y a ello debemos atenernos”.

La cuestión determina que si la hipótesis de plantear la inoponibilidad de la personalidad societaria no es viable porque ello importaría afectar derechos de terceros de buena fe, ello no importa que la conducta desviada permanezca impune.

**En tal caso entrará a jugar la posibilidad de los terceros o socios afectados por la conducta social desviada (que los socios o controlantes hicieron posible) de plantear una típica acción de daños contra éstos por su responsabilidad personal en los perjuicios causados.**

Allí, claro, regirá la necesidad de que se de, para que esta acción de daños prospere, todo el marco referencial que el derecho común prevé al efecto (conforme la referencia contenida supra): acción antijurídica - factor subjetivo de atribución de la conducta - relación de causalidad - prueba del daño.

Parece entonces que la norma está definiendo claramente que las consecuencias del obrar abusivo de los socios o controlantes, cuando la declaración de la inoponibilidad de la personalidad societaria pudieren perjudicar a terceros, no pueden ser resarcidas por vía de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica, sino a través de un reclamo daños y perjuicios personal contra cada uno de los responsables de las conductas cuestionadas.

La reforma, claramente, importa dejar de lado la hipótesis actual que plantea (en caso de que esta exista según ya vimos) una “responsabilidad solidaria” para todos los actuantes, para pasar a una responsabilidad “**personal**” de cada participante en los hechos causados, donde deberá discriminarse en cada caso la magnitud, alcance y extensión en que dicha eventual responsabilidad alcanza a cada uno.

Esto nos acerca, claramente, a la responsabilidad típica del derecho de daños y no a una objetiva (como parecía según lo dicho más arriba) o a una propia del derecho societario, en donde deberá demostrarse en cada caso concreto de qué modo la conducta “personal” de los socios o controlantes a los que se les imputará la actuación social, han generado además perjuicios distintos de la propia imputación, probando además la existencia de la actuación, la relación de causalidad entre esta y el perjuicio, y la existencia de un perjuicio real que no es enjugado por la propia imputación aditiva que la norma postula.

Ello importa, además, apartarse de cierta pretensión de “objetivar” la responsabilidad derivada de la inoponibilidad de la personalidad jurídica que parece plantear el cuarto párrafo proyecto – según lo que ya hemos visto -, y que cierta doctrina y jurisprudencia actuales venían intentando concretar con el texto vigente.

Esto, obviamente, exige además la existencia de una presupuesto subjetivo de responsabilización (culpa o dolo) que no es exigido, en apariencia en la aplicación de la consecuencia “imputación” en el párrafo cuarto del anteproyecto.

Allí entonces podrá darse el caso de que algunos de los actantes tengan responsabilidad en estos términos y otros no, aún cuando resultará que todos podrían ser imputados de la conducta societaria en caso de prosperar una eventual acción de inoponibilidad societaria, inviabilizada por existir eventuales perjuicios a terceros como plantea este quinto y último párrafo.

Como vemos, la norma es confusa, y en tal confusión parece desvirtuarse, al menos en parte la intención de flexibilizar la aplicación del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Seguramente el debate doctrinario y la eventual jurisprudencia (en caso de que el anteproyecto sea ley en alguna oportunidad) irán definiendo el perfil de aplicación del instituto.