

**LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN EN
GENERAL Y SU PARCIAL RECEPCIÓN EN EL
ART. 54 3º PARR. DE LA LEY 19.550 ,
NO RESULTAN APLICABLES A CUALQUIER
VIOLACIÓN AISLADA A LA LEY, COMO LA
QUE SE PRETENDE HACER ANTE EL
INCUMPLIMIENTO DE LEYES LABORALES
CON LA EXISTENCIA DE ALGÚN TRABAJADOR
DE LOS LLAMADOS “EN NEGRO” DENTRO
DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIA.**

JOSE MARÍA CRISTÍA
MARIA ISABEL FERESÍN
JAVIER PRONO

1.- Es indudable que la existencia de prestadores de trabajo de los denominados “negro” es un dato de la realidad social, no solo en Argentina sino en todos los países del mundo, incluso de los más desarrollados o del primer mundo. Aunque desde luego en los países con menor desarrollo económico el fenómeno es más frecuente.

2.- La mayoría de las veces en éstos últimos, (sin perjuicio de la existencia como siempre en toda actividad humana de actitudes inten-

cionadas y aprovechadoras de empresarios deshonestos), con elevado grado de desempleo y subdesarrollo, con altísimas cargas fiscales y sociales, donde las más de las veces estas situaciones se presentan como ineludibles para subsistir en un mercado donde el empresario aparece encadenado por una perversa serie de eslabones externos ajenos a él como son, por no poner sinó algunos de los ejemplos más notorios: la apertura indiscriminada de la economía con ingreso de productos subsidiados, con mano de obra subsidiada, caída de los precios de los productos primarios, altísimas tasas interés generadas por un Riesgo País del que el empresario es ajeno, fuerte presión fiscal para mantener un Estado deficitario, imposibilidad de competir en los mercados externos por los altos costos generados por el mismo Estado o empresas de servicios, por no mencionar inestabilidad política, jurídica e inseguridad de los bienes y las personas etc.

Esta realidad es palpable por todos aquellos que abogamos en el **interior del país.**

Frente a la cruda realidad social, el dilema es de hierro, **o se sigue trabajando en estas condiciones** que se pueden llamar sub-intencionales, por cuanto falta la verdadera intención de violar la ley, con voluntades viciadas por circunstancias que vienen impuestas de afuera, o se **cierran las empresas** generando más desempleo, crisis, etc.

3.- Esto no significa que el ideal de justicia imperativamente no nos lleve a buscar el **debido respeto de todas las normas jurídicas**, ese es el anhelo de todos y la lucha en la cual se encuentra el hombre de derecho, pero no nos podemos apartar de una realidad innegable: la imposibilidad en la más de las veces del cumplimiento de las pesadas cargas sociales.

4.- Esto no significa de manera alguna promover ni el incumplimiento ni la violación a la ley, sino en la necesidad de legislar primero para una realidad ubicada en un tiempo y lugar, e interpretar después las leyes, no solamente con malabares jurídicos del texto normativo propio de un cerrado ambiente académico, sinó observando el campo de la realidad, y es en esto donde queremos ser particularmente claros y enfáticos.

No es admisible la crítica generalizada que en algunos ambientes venimos escuchando de la clase empresarial argentina, como si el incumplimiento fuera una epidemia que obligue incluso al recurso cuasi heroico, de forzar la ley para hacerle decir lo que ella en ningún

lado dice y para lo cual fue ni siquiera pensada.

5.- Por eso nos parece severamente preocupante aquellas posiciones doctrinarias, sin dudas con sana intención, que sostienen junto con algunos fallos jurisprudenciales de los tribunales laborales,⁽¹⁾ que la existencia de un trabajador en negro, hace aplicable sin más la consecuencia de la inoponibilidad de la persona jurídica, imputándole o intentando imputarle las responsabilidades a los **socios o controlantes**.

6.- Ello implica una interpretación que no condice con el origen de la llamada Teoría de la Desestimación, nacida a la luz de casos particulares provenientes del derecho extranjero, de difícilísima interpretación, como así también la correcta interpretación del Art. 54 3º párrafo de la Ley 19.550.

Debe partirse de la base que la desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica, como lo llama la Ley de Sociedades, siendo un capítulo dentro del régimen de la invalidez, debe ser de interpretación restrictiva y aplicada al caso con suma cautela, prudencia y excepcionalidad, rechazando absolutamente cualquier aplicación analógica o extensiva.

En estos casos de un trabajador en negro, no nos encontramos frente a la concepción general de un sujeto creado expreso con la finalidad de defraudar derechos de terceros, violar la ley o las normas de orden público o la buena fé en la cual la sociedad haya sido un mero recurso a esos fines, o para vulnerar los intereses públicos ó del Estado para abarcar la mayoría de los casos que se han entendido como suficientes para levantar el velo de la personalidad.

Del análisis del texto del Art. 54 3º párrafo de la Ley 19.550, tampoco advertimos que el caso encuadre de manera alguna ni en la primera ni en la segunda parte del mismo. Es evidente que no constituye una "actuación", que encubra la consecución de fines extrasocie-

(1) Casos.

- a) Delgadillo Linames Adela c. Shatell SA y otras s. Despido. CNT, Sala III 11-4-97
- b) Ibelli Emiliat c. Dam SRL c. Despido. CNT, Sala III 4-11-97.
- c) Duquelsy Silvia c. Fuar SA y otro . CNT Sala III 19-2-98. Fallo ftrmdado en el Art. 274 de la LS.
- d) Walter Nelson e. Masri David y otro s. Despido. CNT Sala X 30-6-98.
- e) Vazquez Jorge c Pagnuco Juan y otro. CL Santa Fe Sala 1, 15-6-2000.
- f) Puente Greciela y o. e. Ohann eses Djivelekian y o. C. NT, Sala 1, 29-2000.
- g) Lencinas Jose c. Intercambio SRL y o. CNT, Sala VII 7-8-2000.

tarios, no hay encubrimiento porque no existe un acto aparente y otro acto real.

En la violación, como hemos dicho subintencional en cuanto la mayoría de las veces, el empresario actúa sin verdadera libertad, constreñido por la situación macro-económica, es un acto abierto, declarado.

Tampoco persigue la consecuencia de fines extrasocietarios, si entendemos a éstos como vinculados a la causa fin del contrato social, que no es otro que el de obtener beneficios para repartir, alcanzados mediante el desenvolvimiento de un objeto social contractualmente fijado, y que cumple una función instrumental.

Desde otro punto de vista tampoco constituye un MERO recurso para violar la ley, el orden público o la buena fé o para frustrar derechos de terceros, acá si hay una violación a la ley, no es la consecuencia ni el aprovechamiento abusivo del tipo societario y mucho menos que tanto la sociedad como su actuación puedan calificarse de meros recursos, o de puros y simples recursos, (ya que no otra cosa significa mero), para violar la ley laboral.

Para violar la ley laboral no se necesita de ningún tipo societario, ni de ninguna limitación de responsabilidad, hasta el hartazgo puede examinarse en la realidad que un empresario individual, o las personas que usen cualquier forma asociativo (inclusive cooperativas, asociaciones, fundaciones etc.), pueden incurrir en actos de violación a la ley, y ello no configurarían MENOS recursos sino actos que deben sufrir los efectos propios de su violación, pero no la inoponibilidad de las personas y sus efectos a los socios.

No cualquier acto aislado constituye una actuación de la sociedad en el sentido de la Ley de Sociedades y ésta ha sido prolija, no ha hablado de actos sino de actuaciones, lo que significa una serie de actos con esa finalidad violatoria.

7.- De sostenerse la posición contraria que sustentamos, (por más moralizante que sea, y eso no se pone en duda), permite que cualquier violación aislada a la ley como pueden ser el libramiento de un cheque sin fondos, la falta de pago de un impuesto, el incumplimiento de una norma aduanera, o el lesionar una persona en la calle con un rodado de la sociedad, por no mencionar los múltiples ilícitos que encontramos a diario, con las interpretaciones extensivas que se pretenden, podrían llegar a sostenerse que son meros recursos de la actuación de la sociedad para violar la ley.

8.- La imputación directa de responsabilidad al socio o controlante del Art. 54 exige, para poder atribuirlo como acto de su obrar intencionalidad en el actuar, con conocimiento de la antijuricidad del acto, exigencia que se refleja en la ley con las expresiones "lo hubiera hecho posible", actitud dolosa con comprensión de la antijuricidad que importa el saber del daño que se provoca a otro lo que nos lleva al problema del dolo delictual (Llambias J, Manual de Derecho Civil, pág. 589).

9.- La solución a las violaciones a la ley laboral no pueden encuadrarse en el Art. 54 3º párrafo, ni dentro de la Teoría de la Desestimación, salvo casos de sociedades en fraude a la ley laboral, ficticias, creadas expreso para burlar la ley de trabajo, y que se encuentran contempladas desde hace muchos años (recordamos la Ley 16.593) sino en **LA RESPONSABILIDAD DE SUS ADMINISTRADORES Y EVENTUALMENTE DE LOS INTEGRANTES DE LOS ÓRGANOS DE FISCALIZACIÓN** (Arts. 59, 274, 280, 284 y conc. L.S.). Si existe violación a la ley laboral, los administradores deben responder en plenitud por esa situación, como así también los integrantes de los órganos de fiscalización, si omitieron los deberes a su cargo.

10. Mucho menos aceptable nos parece la distinción que se hace entre las sociedades abiertas y cerradas, para excluir eventualmente a las primeras de tales responsabilidades para no perjudicar al socio mero inversor. Ambas son sociedades a las que la ley les confiere a todos sus socios una determinada responsabilidad en razón del tipo, nada las autoriza a apartarse de tal manda legal. Una distinción en este sentido, aunque sea involuntaria, tiene una interpretación objetable, axiológicamente disvaliosa, ya que implica castigar a las pequeñas y medianas empresas con formas de anónimas, que se constituyen como grandes dadoras de trabajo y de sostenimiento (y en épocas pasadas de crecimiento) del país.

11.- Finalmente estas interpretaciones que tanto objetamos, y que pueden ser valiosas para la solución de un caso particular, en su aplicación tienen consecuencias macrojurídicas disvaliosas ya que desalientan la actividad económica, aumentan el riesgo de la misma, y constituyen en la mayoría de los casos un nuevo ataque a la **mediana y pequeña empresa nacional** sumamente afectada en esta última década en nuestro país.