

LA EXCEPCIONALIDAD DE LA DEROGACION DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL, UNA LINEA ORIENTATIVA EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

Ariel Angel Dasso

Sumario

La responsabilidad limitada en la sociedad de capital es considerada su nota esencial y caracterizante. Su derogación es de carácter excepcional, y aún en los sistemas en que adolece de regulación positiva, la doctrina y la jurisprudencia la ha elaborado aplicando criterios de equidad.

Las vías derogatorias son: a) en caso de sociedad *in bonis* la *piercing the veil of limited liability* o desestimación de la limitación de la responsabilidad y, b) en caso de concurso, la subordinación de los créditos.

En el derecho continental europeo, y en el derecho latinoamericano, se advierte la clara prevalencia de la técnica de la legislación positiva dirigida a la determinación de los específicos supuestos de la exención de la responsabilidad.

Como es notorio en el caso de la legislación argentina la ley de sociedades comerciales acoge la teoría de la *disregard legal entity* en el art. 54 párrafo 3º L.S., en tanto la derogación de la responsabilidad en hipótesis de insolvencia del deudor se manifiesta los extremos de extensión de la quiebra y la responsabilidad de administradores y terceros en los arts. 162 y 173/174 respectivamente de la L.C.Q..

En la reciente reforma introducida en el sistema societario italiano el nuevo art. 2497 (D. Lgs. del 17 de enero de 2003 n. 6) establece un régimen de acciones de responsabilidad, en virtud del cual las sociedades o entes en actividades de dirección y coordinación de sociedades, que actúen en interés propio o ajeno violando la correcta gestión, son directamente responsables frente a los socios de estas por los perjuicios a la renta y al valor de la participación y frente a los

acreedores por la lesión al patrimonio de la sociedad extendiendo la responsabilidad solidaria al partícipe en los límites del beneficio obtenido a sabiendas.

La primera doctrina comparando el texto con el del art. 54 L.S.A encuentra en el factor de imputación referido genéricamente a la violación de los principios de correcta gestión una regulación que supera las dificultades que la LSA art. 54 propone en cuanto al alcance de la "actuación" de la controlante y a la de la prueba de los siempre discutibles abusos o desvíos indebidos que tanta controversia doctrinaria y jurisprudencial provocan en sede societaria nacional.

La influencia notoria del derecho societario norteamericano respecto de las regulaciones societarias extrañas a la órbita del *common law* han sido trasplantadas a través de multiformes diseños jurídicos, todas dirigidas a poner límites a las conductas antifuncionales, abusivas, fraudulentas o en algunos casos meramente perjudiciales, de terceros, realizadas al amparo de la limitación de responsabilidad, que para terminar como empezamos, al decir de Galgano, no existía en el mundo precapitalista, pero que en el consenso doctrinario del derecho societario de hoy, constituye un elemento esencial, inmanente a la sociedad de capitales.

I. Introducción y evolución del principio de responsabilidad limitada

La responsabilidad limitada estaba prohibida en el precapitalismo: cualquiera fueren la forma asociativa, la empresa ya fuera individual, ya fuere colectiva o la del colectivo de una sociedad comanditaria imponía al empresario responsabilidad ilimitada. Fue un reconocimiento a favor de las clases terratenientes detentadoras de riqueza mobiliaria la consagración a favor del socio comanditario de la limitación de la responsabilidad al aporte, con lo cual el terrateniente podía invertir en actividades comerciales sin involucrar la totalidad de su patrimonio ⁽¹⁾.

(1) Galgano, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista, sociedad anónima. Estado y clases sociales*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 28.

Los vestigios de la responsabilidad limitada se remontan a la aparición de las primeras compañías difundidas a comienzo del Siglo XVII que surgían a favor de actos particulares que en cada caso otorgaba el Rey por medio de una carta de incorporación, que la convertía en "corporación", las cuales fueron el instrumento de la vinculación de las metrópolis con sus colonias y en las que se aprecian los trazos del instituto que en el capitalismo moderno tomó auge hasta convertirse en su médula la sociedad anónima.

Sus principios característicos eran: a) la dependencia del poder que les otorgaba el carácter de corporación; b) su organización administrativa de tipo oligárquico; c) la división del capital social en acciones libremente transmisibles, y d) la responsabilidad limitada al monto del aporte.

El concepto de sociedad anónima aparece en el Código Napoleón supeditada su naturaleza jurídica a los principios del contrato de sociedad del Código Civil. El especialísimo ámbito político y las necesidades del desenvolvimiento conforme las ideas económicas de esa época generan la estructura de la organización sobre el principio democrático de la regla mayoritaria y se afirman los ya afiatados principios de la limitación de la responsabilidad y transmisibilidad de las acciones que luego queda difundida como prototípica del derecho continental europeo como instrumento de la forma jurídica de empresa en la que subyacente la noción contractual, se instala en las ideas de libertad y organización democrática y se afirman las antiguas y caracterizantes notas de limitación de responsabilidad y negociabilidad de los títulos ⁽²⁾.

Es el advenimiento de la sociedad anónima que convierte la excepción en regla en cuya virtud *todos* los socios, y no solo una parte de ellos, asumen responsabilidad limitada al aporte lo que significa en términos económicos sociales la obtención del beneficio de la responsabilidad limitada para la clase empresaria.

Sin embargo el principio de limitación de la responsabilidad constituye una prerrogativa que, no ha podido despegarse nunca de una subyacente crítica social, ideológica y, casi siempre, también

(2) Solá Cañizares, Felipe de, *Tratado de sociedades anónimas en el derecho español y en el derecho comparado*, Barcelona, 1953, p. 37.

política. La limitación de la responsabilidad es conceptuada por una gran parte de doctrina como la más grande innovación y aporte jurídico a la era industrial en medida tal que sin el advenimiento de la sociedad anónima, se conceptúa que no hubieran sido posibles ninguna de las excepcionales empresas que a través de la colección de capitales de sujetos cuya responsabilidad queda limitada al aporte la acumulación de una fuerza económicamente capaz de concretar emprendimientos que de otra manera no podían haber sido acometidos, dado que particularmente aquellos de investigación y consecuente riesgo, están lejos de garantizar el éxito, estrella polar de toda empresa.

La labor de las compañías de responsabilidad limitada en la creación de riqueza en los sistemas económicos no puede ser negada, y no alcanza a desdibujar su tremenda trascendencia la circunstancia de que frecuentemente hayan sido utilizados con propósitos que exceden claramente las finalidades del instituto.

Tempranamente los detractores de la responsabilidad limitada predicaron que serviría como una forma de posibilitar el abuso de transferencia de los recursos del crédito a los accionistas beneficiados por el principio limitativo⁽³⁾.

Las críticas han aparecido y potenciadas, como un reclamo de la doctrina disparada al conjuro de escándalos financieros que treparon los niveles internacionales. Los recientes casos que como "Enrom" o "World Co. Trade" en Estados Unidos y en Europa, "Parmalat" o "Ciro", han concitado la atención de todos los medios y han reclamado al dogma especializado paliativos, los que se supone deben encontrarse en la imposición de limitación a la responsabilidad ilimitada.

Los abusos en la utilización de la sociedad como tipo asociativos son tan antiguos como todos aquellos que alcanzan a cualquier instituto que constituidos en útil instrumento, con reflejos benéficos a la comunidad, en cambio proyectan a través de sus excesos deterioros, particularmente a los recursos económico-financieros que sólo proporciona el crédito.

(3) Mc. Cahery, Joseph y otros, *Corporate Governance and Innovation: Venture Capital Joint Venture and Family Business*, Tilburg University, 2006, p. 15 y ss..

Son precisamente los acreedores quienes, frecuentemente perjudicados, postulan institutos excepcionales que tienden a comprometer a los asociados por las obligaciones sociales. Esto acontece a través de un doble andarivel que, como común denominador, clama por la extensión de responsabilidad a los accionistas de las sociedades de capital. Uno de los caminos es la dilución del principio cuando la limitación de responsabilidad afecta a acreedores sociales como consecuencia del uso antifuncional, o lisa y llanamente abusivo, de la estructura y normas de la sociedad de capitales.

El otro, de más reciente data, pone el acento en las hipótesis de acreedores en hipótesis de responsabilidad civil extracontractual es decir de créditos causados por actividades de la sociedad al margen de los negocios económicos directos: tales los daños ecológicos, accidentes de tránsito, etc..

La defensa del principio de limitación de responsabilidad contractual encuentra hoy un sólido bloque frente a aquella inveterada pretensión de dilución de la regla pero se registran permanentemente nuevas convulsiones y reiterados embates cuando aparece patente la indefensión de los terceros ante la insolvencia de la sociedad. En estas situaciones, el análisis se proyecta directamente a la conducta de los sujetos que la han determinado, en vista a propagar a los mismos la entera responsabilidad patrimonial que no alcance a ser satisfecha por el patrimonio social.

Cuando se trata de responsabilidad *extracontractual* se sostiene que los terceros que no han contratado con la sociedad no tuvieron libertad para exponer su consentimiento, ni evaluar las consecuencias del principio en orden a las responsabilidades subsiguientes y por ello su situación merita trato y solución diferente.

Estos terceros, están afectados por la limitación de responsabilidad en mayor grado que los que contractualmente se vincularon a aquella, pues la suficiencia de la satisfacción de su crédito no dependerá ya de las contingencias de una interacción negocial evaluada por las partes, ni de las prestaciones que pudieron haber tenido en cuenta sino que quedará reducida a la mera suficiencia o insuficiencia de los activos porque, en tanto el sujeto que asume la calidad de acreedor en virtud de un negocio jurídico tuvo oportunidad de evaluar ventajas y riesgos y consecuentemente asumir los resultados del negocio; esa situación no puede ser equiparada a la de quien tiene un crédito en función de las consecuencias de un hecho dañoso totalmente ajeno a su voluntad como puede ser daño ecológico o el generado al

consumidor por un producto nocivo o cualquier otro en el que no pudo ni tuvo ocasión de manifestar consentimiento.

La doctrina que justifica la responsabilidad limitada, encuentra su fundamento y explicación en la deliberada asunción del riesgo que el tercero asume al contratar con la sociedad lo que significa la distribución de ese riesgo entre todos los acreedores y los asociados en la forma en que ellos consideren más eficientes ya que cada una de las partes pueden evaluar al contrato el álea y aún las contingencias que siempre tienen un margen de previsibilidad ⁽⁴⁾.

La doctrina de la limitación de la responsabilidad sufre a su vez un severo contraste cuando se trata de sociedades abiertas pues su reconocimiento recaería sobre el mercado de valores con el consecuente daño por la disminución de la negociabilidad de las acciones de las sociedades que perdieran el beneficio de la responsabilidad limitada.

II. Los acreedores contractuales y extracontractuales

Los acreedores contractuales negocian con la sociedad con pleno conocimiento de los riesgos o, por lo menos, con la posibilidad del pleno acceso al conocimiento de antemano respecto de las perspectivas que son consecuentes a una relación negocial.

Pero además la excepción a la regla de la limitación de la responsabilidad en la sociedad de capitales impone también entonces realizar una diferenciación que corresponde distintos vínculos de la relación negocial contractual (y no sólo respecto de la responsabilidad extra contractual), y esto no es de ninguna manera simple cuando, como en la hipótesis de las relaciones laborales o las del consumidor por productos defectuosos, aunque puede hablarse (en ambos casos) de un contrato entre la sociedad y el tercero, los perjuicios guardan una marcada analogía con los de los de naturaleza extra contractual.

Y esto guarda relación con la apertura y transparencia del mercado. Dificilmente puede, v.gr., el trabajador elegir al empleador ni disentir las condiciones, del contrato de trabajo. Esto no es en teoría imposible, pero no fácilmente pensable en la mayoría de los escenarios

(4) Hansmann, Henry y Kraakman, Reinier, *Toward unlimited shareholder liability for corporate torts*, The Yale Law Journal, volume 100, May, 1991, p. 1.919.

económicos. Lo mismo puede decirse de los productos dañosos cuando se trate de aquellos que han logrado a través de la publicidad una ubicación preferente cuya adquisición, ante la inexistencia de productos en competencia, puede aparecer coactiva. En ambos casos la libertad en el consentimiento no existe en forma pura..

En cada caso sería menester determinar si el tercero pudo o no evaluar los riesgos inherentes a la relación social. Si pudo conocerlos. Y en estas hipótesis la apariencia engañosa podrá generar la idea de la derogación de la responsabilidad limitada.

Sin embargo, contra todas las críticas, lo cierto es que el beneficio de la responsabilidad limitada también es útil a los acreedores porque les permite acceder a la óptima distribución de sus riesgos y también a la reducción del coste de ejecución de las obligaciones a cargo de la sociedad. El traslado del riesgo de los inversionistas a los acreedores, que es precisamente la consecuencia de la limitación de responsabilidad debe ser considerado como económicamente eficiente porque son los acreedores quienes así están en mejores condiciones para analizar los riesgos financieros y *a priori* negociar una rentabilidad proporcionada al riesgo que están dispuestos a afrontar, lo que significa la obtención de mejor rentabilidad, en tanto mayor fue el peligro en la frustración del negocio.

La responsabilidad ilimitada disuade la elección que es inmanente al negocio y coloca inversor en una igualdad de situación que va en contra de la eficiencia de su inversión. Es por ello que la responsabilidad limitada es la que hace que los acreedores procuren y exijan al mejor nivel de información.

Si existiera una responsabilidad ilimitada, el acreedor debería reclamar en forma individual a cada accionista que hubiere incumplido sus obligaciones por lo que la ejecución coactiva sería, además de costosa, prácticamente imposible, especialmente en el caso de sociedades abiertas. Se concluye entonces que la responsabilidad limitada facilita la ejecución forzosa de los créditos de los acreedores y es más eficiente para la solución de los conflictos crediticios con la sociedad ⁽⁵⁾.

(5) Engracia-Antunes, Jose, *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU, an Internacional and Compartive Prespective*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 129.

Visto el tema desde el prisma intrasocietario, la derogación de la limitación de responsabilidad sería injusta para el socio más solvente, respecto de aquel que no lo es, pues el acreedor elegirá a aquel en la ejecución de responsabilidad lo que implica, por lo demás, un desestímulo de la asociación bajo la forma capitalista porque, el socio-accionista con mayor capacidad patrimonial cargará con igual responsabilidad personal por los hechos del socio-accionista (administrador o no) autor del comportamiento dañoso, sin que mediara otro factor de imputación que un disvalioso criterio objetivo de pertenecer o integrar un único, sujeto de derecho.

Se puede afirmar hoy, sin hesitar, que la abolición de la limitación de responsabilidad aparece claramente minoritaria, insuficiente en sus predicados para derogar un principio que, sólidamente establecido desde los albores de la sociedad anónima está constituido en instrumento medular del capitalismo y se encuentra afiatado con la clásica perdurabilidad de los principios e instituciones, cuya conveniencia está sedimentada a través del tiempo. La idea de una sociedad comercial vehículo fundamental del capitalismo tiene un incentivo imprescindible en la inderogabilidad del riesgo del inversionista que va ínsito en la limitación de responsabilidad.

Sin embargo, el grado de responsabilidad comunitaria de la sociedad-empresa no puede ser de ninguna manera soslayado y aparece potenciado en la misma medida en que esta se convierte en protagonista excluyente de la vida económica moderna. Digamos aquí que distintas soluciones entonces procuran, sin daños traumáticos a su esencia al sistema, paliar sus desvíos y estos son: la capitalización mínima, el seguro mínimo obligatorio y la responsabilidad del *management*, lo que no es materia de este ensayo, por lo que basta aquí con enunciarlos.

III. La desestimación de la personalidad jurídica

El primero de los límites a la teoría de la responsabilidad limitada al aporte corresponde a una trabajosa elaboración de las Cortes Norteamericanas que en múltiples oportunidades, todas patológicas, determinaron casos en los que los socios responden por las obligaciones que originariamente se imputan a la sociedad.

En tal sentido resultan vectores dos remedios: la denominada desestimación de la personalidad jurídica (*piercing the corporate veil*)

y la subordinación de los créditos en hipótesis de concurso (*equitable subordination*).

En el derecho norteamericano se pone énfasis en desvirtuar el equívoco que surge de la expresión “desestimación de la personalidad jurídica” porque los únicos atributos de los que se prescinde con esta doctrina son los de la separación del patrimonio respecto de algún socio, en forma singular o plural, pero la sociedad, su personalidad jurídica, subsiste con una clara diferenciación que la hace inconfundible de cada socio individualmente conceptuado. Técnicamente no existe desestimación de la personalidad jurídica ni pérdida de sus atributos, sino la extensión de la responsabilidad respecto de aquellos socios que singularmente, o en conjunto, hubieren caído en causas de reestablecimiento de su responsabilidad personal (individual).

Esto ha llevado a que con preferencia a la llamada desestimación de la *personalidad jurídica* se aluda, con mayor precisión, a la desestimación de la *limitación de la responsabilidad* (*piercing the veil of liability*) ⁽⁶⁾.

El instituto se ha mantenido en los Estados Unidos ajeno a la regulación legal. Para explicar sus alcances se advierte que se trata de decisiones judiciales conceptuadas como recursos en equidad (*equity*) que, como es notorio, no constituyen un típico “derecho” del sujeto sino una especie de concesión discrecional al funcionario judicial que le permiten adoptar resoluciones que van más allá de los simples resarcimientos económicos (*damages*), subyacente siempre una amplísima evaluación de circunstancias de hecho.

Entre los cincuenta Estados de la Unión Americana sólo recientemente el de Texas ha incluido normativa expresa respecto de la teoría de la limitación de responsabilidad en el art. 2.21 A (2) de su ley societaria, con causa en el fraude de los socios cuando el acreedor pruebe que se utilizó la sociedad en beneficio directo y personal del socio imputado.

De todas maneras es consenso en doctrina que la desestimación de la personalidad ya está consolidada en la conciencia jurídica y va

(6) Solomon, Lewis D. y Palmiter, Alan R., *Corporations, Examples and Explanations*, Second Edition, Little Brown and Company, Boston, 1994, p. 69.

ganando paulatinamente sistematización en el derecho positivo comparado, pero aún a pesar de sus dos siglos de antigüedad y de su aplicación en formas distintas de extensión de responsabilidad a los asociados por obligaciones de la sociedad en más de dos mil casos, el derecho societario estadounidense se muestra hasta hoy adverso a quedar atrapado por las fórmulas duras de la legislación positiva ⁽⁷⁾.

Tampoco la Unión Europea no ha expuesto ninguna directiva comunitaria al respecto, sin embargo las legislaciones continentales han adoptado la doctrina con distintos matices y variada intensidad.

Curiosamente, el instituto que nació en el derecho societario norteamericano no tiene consagración en sus distintos ordenamientos estatales, ha sido traspolado a la órbita de los países de tradición romano-germánica, con una prolijidad en algunos casos muy puntillosa y son muy pocos aquellos que no lo incorporan a su legislación.

El sistema societario estadounidense, no obstante ser calificado como carente de coherencia, es a su vez reconocido de la suficiente flexibilidad para que la perforación del velo acontezca en caso de responsabilidad extra contractual en mayor medida que en los incumplimientos de contratos ⁽⁸⁾.

Debe acotarse también como nota fundamental la inexistencia de casos de desestimación en hipótesis de compañías cotizadas: con ello se pretende evitar el desestímulo que significaría la aplicación de la doctrina en quienes invierten en las bolsas de valores en razón de la lógica económica distinta que se advierte en las compañías cerradas respecto de las cotizadas, lo que obedece a la participación con mayor o menor grado de intensidad de los socios en la administración de estas últimas y en la ausencia de los accionistas en el manejo de las cotizadas.

Así como en la doctrina estadounidense se admite la conveniencia de la no codificación de las distintas figuras en tanto a que por su

(7) Rate, Howell y otros, *Business Law*, Third Alternate Edition, Chicago, The Dryden Press, 1986, p. 25. Confr. Capítulo I, *Supra*; Thompson, op. cit., p. 1.042.

(8) Easterbrook y Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, M.A., Harvard University Press, 1996 categóricamente afirman que "las cortes son más propensas a levantar el velo societario en casos de responsabilidad extracontractual" (*Foundations... cit*, p. 58).

naturaleza es inconveniente su reducción a rígidas fórmulas, en cambio en la Europa continental de la misma manera que en América latina, particularmente en Brasil, Argentina y Colombia se ha concretado una regulación destinada a aprender en la norma conductas típicas que autorizan a la desestimación de la responsabilidad limitada.

Reyes Villamizar ⁽⁹⁾, pone de relieve las discrepancias de la doctrina cuando se trata de determinar las concretas causas o hipótesis del levantamiento del velo e intenta, entre los distintos autores, buscar aquellas en las que aparece coincidencia:

a) Operaciones del socio controlante: Se trata de realización reiterada de operaciones con la compañía que revelan en esta un mero instrumento subordinado para su propio interés. No interesan los beneficios económicos de la sociedad sino el valimento de la misma para otros fines usualmente críticos.

b) La violación reiterada de la ley o de los estatutos, falta de convocatoria a asambleas o de directorios, carencia de contabilidad, o de actas, o de auditorias estatutarias requeridas. Sin embargo dos caracterizados autores afirman que esta hipótesis es desventurada puesto que el desconocimiento de la forma rara vez tiene relación con el cumplimiento de las obligaciones, y son solo prueba indirecta de abusos de los accionistas ⁽¹⁰⁾.

c) Confusión de activos y pasivos: Se trata de una interacción y comunicación de los patrimonios que impide la distinción del socio y el de la compañía, lo cual priva de contenido económico fundamental a la consecuencia de la personificación jurídica que es la independencia patrimonial.

d) Reestablecimiento de la equidad. Ya hemos dicho *supra* que se trata de un concepto diverso al derecho del sujeto y para ejercicio del mismo el afectado debe exponer la violación a su buena fe corazón puro y manos limpias: (*pure heart and empty hands*).

e) Fraude a la minoría. Se cita el voto del juez Keating de la Corte de Nueva York: "La cuestión que debe desentrañarse en esta

(9) Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada*, Ed. Legis, 3ª ed..

(10) Solomon, Lewis D. y Palmiter, Alan R., ob. cit., p. 73 cit. por Reyes Villamizar, op. cit..

acción es si la política de este Estado, que garantiza a quienes desean participar en una sociedad comercial el privilegio de la limitación de responsabilidad, es tan fuerte como para permitir que tal beneficio se mantenga sin importar qué tanto se abuse del él, cuán irresponsablemente se ha manejado la compañía o qué tan alto sea el costo que el público deba asumir “(caso “Walkovsky v. Carlton”, 18 N.Y. 2d 414, 276 N.Y. S. 2d 585, 223 N.E.2d 6 (1966)).

f) Infracapitalización

Como es notorio esta hipótesis constituye el motivo de mayor preocupación de la doctrina del último lustro en nuestro país. Se trata de la insuficiencia del capital para afrontar la actividad económica o en otra manera de decir, la insuficiencia de los medios económicos en forma de justificar la estructura jurídica que centra su aspecto dirimente en la responsabilidad limitada de la acción del socio.

Es claramente prevalente en las Cortes Norteamericanas la aversión a conceptuar como fundamento de la derogación de la responsabilidad limitada al aporte, la constitución con capital insuficiente.

Y es que el principio de la responsabilidad limitada resulta fundamental al funcionamiento societario estadounidense y se aplica con igual severa impronta, que impide filtraciones frecuentes en medida que aún en casos extremos, y hasta de responsabilidad extracontractual, ha sido negado.

En el citado caso “Walkovsky v. Carlton”, el actor fue investido por un taxi de propiedad de una compañía en la que el demandado actuaba como socio controlador.

Carlton constituyó diez sociedades con dos taxis destinados al transporte de pasajeros, en todos los casos con un capital mínimo, limitándolos a cubrirlos con un seguro mínimo obligatorio de accidentes exigida por la ley de diez mil dólares por siniestro.

El actor alegó que cada sociedad, a pesar de actuar en forma independiente, constituía con las otras una única empresa porque sus suministros, reparaciones, empleados, financiación eran comunes y dirigió la demanda a las diez compañías. El máximo tribunal de Nueva York, la Corte de Apelaciones, denegó la desestimación de la personalidad y afirmó que la infracapitalización no es suficiente para hacerlo: “Los operadores del servicio de taxi tienen el derecho de formar sociedad y, como bien lo ha afirmado la Corte, si la cobertura del seguro exigido por la ley no es adecuada para la protección del público, el remedio debe buscarse ante el órgano legislativo y no ante la Corte”.

Sin embargo, en el caso extremo de la carencia total de capital en “Minton v. Cavaney”, una sociedad constituida para administrar una piscina destinada al servicio público en el que resultó ahogada una menor, la responsabilidad directa del socio director y el fundamento fue que “el capital aportado para el negocio era irrisorio en comparación con el riesgo asumido”.

El caso es conceptualizado disvalioso por la jurisprudencia norteamericana que rechaza todo enfoque referido a la infracapitalización, salvo que, como en la hipótesis del caso “Minton”, aparezcan extremos de patología societaria inconcusos⁽¹¹⁾.

La teoría de la desestimación de la limitación de la responsabilidad no sólo ha sido aplicada en defensa de los acreedores sino aún de los mismos socios. Así en Inglaterra es frecuente en doctrina la cita del caso “DHN v. Tower Hamlets” LBC: tres compañías eran propietarias de tres partes integrantes de un solo terreno sujeto a expropiación⁽¹²⁾. Si el inmueble era considerado como de propiedad de personas jurídicas distintas, el valor de la expropiación habría sido inferior al correspondiente si se lo conceptualara como de propiedad del grupo, en forma independiente de las sociedades en particular.

Lord Denning magistrado siempre recordado por sus fallos, decidió que correspondía perforar el velo societario y decretó el pago de la indemnización más alta, que correspondía al grupo⁽¹³⁾.

IV. La subordinación de los créditos de los socios

Aditada a la desestimación de la personalidad jurídica aparece, como otra defensa de los acreedores en hipótesis de insolvencia de la sociedad cuando los administradores o socios actúan en fraude de terceros, la postergación de créditos, conocido en doctrina estadounidense como “*equitable subordination*” o bien “*deep rock doctrine*”.

(11) Reyes Villamizar, Francisco, ob. cit.:

(12) “DHN v. Tower Hamlets” [1976, 1 WLR 852, CA] 174.

(13) El caso es citado por Reyes Villamizar Francisco, en ob. cit., p. 175 con cita de Bons, Elen J. y otros en *Business law*, London, Blackstone pres limited, 1990.

Se trata de una de las construcciones jurisprudenciales que postula la sustitución de los indemnización de perjuicios por una subordinación o degradación en el orden de preferencia de los pagos que le habría correspondido al acreedor. Su antecedente es la causa "Taylor v. Standard Gas & Electric Co." (329)

Deep Rock era el nombre de una sociedad vinculada, filial de su matriz Standard Gas & Americana Electric Co. La filial, próxima a la insolvencia, necesitaba fondos y su matriz, que pudo haber acudido a una capitalización, decidió la vía de una emisión de acciones preferidas a terceros. La capitalización no fue suficiente para superar la crisis y determinó un proceso de liquidación en bancarrota cuyo pasivo incluía los créditos de la propia sociedad controlante Standard Gas & Electric Co. la que tiene, conforme al ordenamiento general, en su carácter de acreedor, un rango de cobro preferente respecto a las obligaciones provenientes de pasivo interno esto es por concepto de capital, categoría esta que involucra a las acciones preferidas emitidas por decisión de la sociedad matriz.

Aparecía patente que los suscriptores de las acciones emitidas en razón de la capitalización quedaban reducidos a una remota posibilidad de recupero en atención al grado de endeudamiento de la sociedad.

Aplicando el criterio de *equity* el *truste in bankruptcy* decidió la subordinación de los créditos con la matriz al total reintegro del capital de los accionistas preferidos, cuyo título accionario estaba causado en la capitalización.

El precedente doctrinario quedó luego plasmado en norma positiva la Sección 510 de la *Bankruptcy Code* ⁽¹⁴⁾.

(14) **Art. 510.- Subordinación:** (a) Un contrato de subordinación es aplicable a una causa conforme a este título, si el mismo es ejecutable según el derecho no concursal que se aplique. (b) A los efectos de la distribución conforme a este título, el derecho que surge de la rescisión de la compra o venta de un título valor del deudor, o de una afiliada del deudor, por daños y perjuicios que surgen de la compra o venta de dicho título, o por el reembolso o aporte concedido conforme a la sección 502 en virtud de dicho derecho, deberá subordinarse a todos los créditos o derechos societarios que son preferentes o iguales a los créditos o derechos societarios representados por dicho título, excepto que si dicho título es una acción ordinaria, ese derecho tiene la misma prioridad que la

Resulta claramente que la norma [510, (c), (1)] remite a los “*principios (de doctrina) de la subordinación crediticia, derivada del régimen de la equidad*”, usando curioso mecanismo legislativo lo que hace menester tener en cuenta los criterios doctrinarios generalmente expuestos en la doctrina judicial: a) cuando el responsable—subordinado hubiere participado en actos injustos o contrarios a la equidad ; b) hubiere ocasionado perjuicios a los otros acreedores o al deudor mismo u obtenido ventaja injustificada; c) que la subordinación no contradiga las disposiciones de la *Bankruptcy Code*.

Los hechos que determinan la aplicación de la subordinación acontecer cuando: a) el titular de deberes fiduciarios ante la sociedad aprovecha de su situación en detrimento de los demás acreedores; b) un tercero ejerce control sobre el deudor en perjuicio de los demás acreedores y; c) un tercero resulta comprometido en fraude de otros acreedores.

El caso “*Brom v. Presbyterian Ministres*” inauguró una doctrina que también hizo cauce: la exigencia al sujeto responsable de los actos imputados, de constitución de un fideicomiso legal o patrimonio autónomo impuesto al responsable de conductas fraudulentas o abusivas que se hubiere apropiado de activos que no le corresponderían en equidad .

V. Conclusiones

La responsabilidad limitada en la sociedad de capital es considerada su nota esencial y caracterizante. Su derogación es de carácter excepcional, y aún en los sistemas en que adolece de regulación positiva, la doctrina y la jurisprudencia la ha elaborado aplicando criterios de equidad.

acción ordinaria. (c) Sin perjuicio de las subsecciones (a) y (b) de esta sección, después de la notificación y la audiencia , el tribunal podrá: (1) conforme a los principios de la subordinación derivada del régimen de la Equidad, y a los efectos de la distribución, subordinar el crédito concedido , en todo o en parte, o un derecho concedido, en todos o en parte , a otro derecho concedido, en todo o en parte; u (2) ordena que un privilegio o derecho subordinado, sea transferido a la masa concursal.

Las vías derogatorias son: a) en caso de sociedad *in bonis* son la *piercing the veil of limited liability* o desestimación de la limitación de la responsabilidad, y b) en caso de concurso, la subordinación de los créditos.

En el derecho continental europeo, y en el derecho latinoamericano, se advierte la clara prevalencia de la técnica de la legislación positiva dirigida a la determinación de los específicos supuestos de la exención de la responsabilidad.

Como es notorio en el caso de la legislación argentina la ley de sociedades comerciales acoge la teoría de la *disregard legal entity* en el art. 54 párrafo 3º L.S., en tanto la derogación de la responsabilidad en hipótesis de insolvencia del deudor se manifiesta los extremos de extensión de la quiebra y la responsabilidad de administradores y terceros en los arts. 162 y 173/174 respectivamente de la LCQ.

La reciente reforma introducida en el sistema societario italiano el nuevo art. 2497⁽¹⁵⁾ (D. Lgs. del 17 de enero de 2003 n. 6) establece un régimen de acciones de responsabilidad, en virtud del cual las sociedades o entes en actividades de dirección y coordinación de sociedades, que actúen en interés propio o ajeno violando la correcta gestión, son directamente responsables frente a los socios de estas por los perjuicios a la renta y al valor de la participación y frente a los acreedores por la lesión al patrimonio de la sociedad extendiendo la responsabilidad solidaria al partícipe en los límites del beneficio obtenido a sabiendas.

La primera doctrina comparando el texto con el del art. 54 L.S.A encuentra en el factor de imputación referido genéricamente a la violación de los principios de correcta gestión una regulación que supera las dificultades que la LSA art. 54 propone en cuanto al alcance de la

(15) **Codice Civile Art. 2497**, nueva redacción según D. Lgs. n. 6 del 17 de enero de 2003. *“Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de éstas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad. [...] Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas”*.

“actuación” de la controlante y a la de la prueba de los siempre discutibles abusos o desvíos indebidos que tanta controversia doctrinaria y jurisprudencial provocan en sede societaria nacional ⁽¹⁶⁾.

La influencia notoria del derecho societario norteamericano respecto de las regulaciones societarias extrañas a la órbita del *common law* han sido trasplantadas a través de multiformes diseños jurídicos, todas dirigidas a poner límites a las conductas antifuncionales, abusivas, fraudulentas o en algunos casos meramente perjudiciales, de terceros, realizadas al amparo de la limitación de responsabilidad, que para terminar como empezamos, al decir de Galgano, no existía en el mundo precapitalista, pero que en el consenso doctrinario del derecho societario de hoy, constituye un elemento esencial, inmanente a la sociedad de capitales.

(16) Aguirre, Hugo, *Dirección unitaria y control en las relaciones grupales*.