

LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD COMERCIAL Y LOS TERCEROS DE BUENA FE

Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer Montenegro ()*

Sumario

Una declaración de prescindencia de la personalidad jurídica repercutirá en cualquier caso sobre los derechos de los terceros que tienen algún vínculo jurídico con quienes participan del proceso y, en la generalidad de los casos, esos terceros se encuentran de buena fe.

El artículo 190 de la ley uruguaya en su inciso tercero, dispone: ***“En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe”***.

Entendemos que la noción de tercero unida a la de buena fe como conducta querida por el mundo de valores que componen el orden normativo societario debe entenderse en la particularidad de cada caso con criterio restrictivo no sólo en la conceptualización del elenco de terceros frente al accionamiento por inoponibilidad de la persona jurídica societaria sino también en la adecuada valoración del comportamiento que se espera o se exige de éstos, de lo contrario el disregard se convertiría en una herramienta inaplicable en los hechos.

I. Introducción

El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad comercial ha sido objeto de estudio en todo el mundo y tiene hoy una amplia recepción legal y aún mayor jurisprudencial.

(*) Profesoras de Derecho Comercial y Bancario en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesoras de Derecho Privado IV y V en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

No obstante esta afirmación, no todas las disposiciones legales a su respecto, tienen el mismo alcance.

En el tema que nos proponemos abordar, existe una diferencia clara, entre lo dispuesto en la Ley de Sociedades Comerciales uruguaya y el silencio que al respecto guarda el derecho comparado, en particular la ley de sociedades argentina.

En efecto, el artículo 190 de la ley uruguaya en su inciso tercero, dispone: ***“En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe”***.

A pesar de la precariedad o el silencio legal, el choque entre quien tiene el derecho de invocar la inoponibilidad de la personalidad jurídica del ente societario y los terceros de buena fe ha sido objeto de discusión doctrinaria, en el generalizado entendido que una declaración de prescindencia de la personalidad jurídica repercutirá en cualquier caso sobre los derechos de los terceros que tienen algún vínculo jurídico con quienes participan del proceso y que en la generalidad de los casos, esos terceros se encuentran de buena fe.

Es nuestro propósito, intentar enriquecer el debate ya instalado, a la luz de lo que viene de afirmarse por las distintas partes en diferentes casos judiciales en nuestro país.

Con esta finalidad, reseñaremos en forma sintética la aplicación del *disregard* en nuestro derecho iberoamericano para luego analizar el concepto de tercero de buena fe y los efectos que sobre éste habrán de recaer en caso que se disponga la prescindencia de la personalidad jurídica de la sociedad comercial por los tribunales.

II.- Aplicabilidad del *disregard of legal entity* en el derecho iberoamericano.

En el derecho iberoamericano hay un reconocimiento generalizado de la personalidad jurídica. Se considera que el uso del concepto de personalidad jurídica es insustituible, y lo es aún más si el tema se mira desde la perspectiva de la vida económica contemporánea.

Es sobre esta premisa que nuestros derechos han sido generosos en el reconocimiento de las personas jurídicas.

Al mismo tiempo, se fue advirtiendo el uso y abuso de la personalidad jurídica, circunstancia que se desnuda jurisprudencial y doctrinariamente ya a mediados del siglo pasado.

A pesar que no todos los ordenamientos jurídicos tienen disposiciones expresas que regulen la penetración de la personalidad jurídica de la sociedad comercial, y que se advierten asimetrías en aquellas leyes que la consagran, la idea o el principio se encuentra plénamente aceptado.

Ferro Astray nos enseñaba, que la sociedad no puede ser una pantalla opaca, sino por el contrario, transparente, que otorgue al Juez la posibilidad cierta de desconocer su personalidad para llegar al hombre que está detrás. *“El destinatario de la norma de derecho siempre es el hombre, la persona física, la persona jurídica aparecerá cuando circunstancialmente corresponda”*⁽¹⁾.

Cierto es que en defensa de la persona jurídica, el criterio con el cual leyes y jueces han recogido este instituto ha sido restringido y en algunos casos se le considera de carácter excepcional. Compartimos también la afirmación de Olivera García ⁽²⁾, respecto que el foro profesional no ha terminado de completar la incorporación de este instituto a su cultura jurídica y recurre a él casi siempre en casos de fraude al contrato y más particularmente de fraude a los acreedores, acotando su aplicación muy por debajo que las posibilidades que la normativa brinda, por lo menos ese es el caso en el Uruguay.

En Uruguay en los últimos tres años se han promovido múltiples acciones de prescindencia de la personalidad jurídica en casos de fraude a la ley, y básicamente en el marco específico de las pretensiones movilizadas contra grupos vinculados al sistema financiero que llevaron a la liquidación de cuatro bancos privados.

Con vacilaciones en algunos casos, con mayor fundamentación en otros, se ha invocado en el proceso judicial el fraude a la ley por aquellos que se encontraron frente una la operativa diseñada para utilizar una sociedad constituida en el extranjero para captar mediante una publicidad que aseguraba el respaldo de un grupo local, ahorro público en el Uruguay, plaza financiera considerada segura y seria y también con engaño (ahí está el fraude a la ley) canalizar dicho

(1) Ferro Astray, José, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. temas de derecho societario”. FCU Mdeo, 2000, p. 121.

(2) Olivera García, Ricardo, *Estudios de derecho societario*. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, ps. 188-189.

ahorro hacia colocaciones que no se podían efectuar directamente desde la sociedad local.

Para ello quienes resultaron damnificados promovieron acciones de resarcimiento de daño patrimonial y moral incluyendo adicionalmente en el elenco de codemandados al banco que captó sus ahorros, así como aquel banco off shore del grupo donde fueron a dar sus colocaciones y las personas físicas integrantes del mismo ya sea como directores formales o de hecho .

Las demandas de esta naturaleza planteadas ante nuestros tribunales son ricas en cuanto a la complejidad de la temática involucrada y sus diversa aristas .En esta oportunidad nos limitaremos a analizar el alcance de la aplicación del instituto de la inoponibilidad respecto a terceros, en el caso particular del Uruguay contando con una norma expresa que establece una valla infranqueable al empleo del instituto de la inoponibilidad societaria configurada por la imposibilidad de afectar a terceros de buena fe.

Se evidencian así en la norma societaria dos conceptos en juego: el de tercero al que se agrega el aditivo de buena fe.

III. ¿Quién resulta tercero en una acción de *disregard*?

La ley no define quienes son los terceros de buena fe pasibles de ser afectados por la decisión judicial. En un concepto amplio, son todos aquellos que contrataron con la sociedad, o aquellos terceros que siendo de buena fe se ven afectados o sufren algún perjuicio por el hecho de que un Juez, para un caso concreto desconozca a la persona jurídica con la cual han contratado o sean socios o accionistas⁽³⁾.

Esto plantea innumerables problemas.

Determinar quién será considerado tercero en una acción de inoponibilidad, parece sencillo en una aproximación preliminar, pero luego se advierte que esta categoría está integrada por distintos sujetos -personas físicas o jurídicas- quienes además tendrán vínculos de muy diferente naturaleza con la sociedad cuya desestimación de la personalidad se pretende.

(3) Herrera Oreggia, Nicolás, *La nueva ley de sociedades*, FCU. Montevideo, p. 92.

Así, resultarán terceros, respecto de la pretensión de inoponibilidad, accionistas o socios minoritarios del ente cuestionado, meros inversores y la mayoría de las veces carentes de participación en la vida societaria. También lo serán los acreedores de la sociedad que verán disminuir la garantía de su patrimonio. En Argentina, Manóvil⁽⁴⁾ sostiene que la desestimación de la personalidad jurídica produce efectos que en muchos casos son de extrema repercusión en los derechos de todos los terceros vinculados con los sujetos involucrados. La imputación de pasivos de la sociedad a su socio o controlante, por ejemplo debilita notoriamente la garantía que el patrimonio de este último representa. No obstante entiende que esto no debe ser un obstáculo para la aplicación del instituto, porque éste perdería su valor.

En Uruguay, Los Juzgados Letrados de Concursos han entendido que el inciso tercero del artículo 190 de la ley de sociedades comerciales debe aplicarse con criterio restrictivo, y que solo puede considerarse tercero a aquel que resulta afectado en la terminología del legislador en forma directa, y citan a Rolf Serick cuando en su obra señala que *“no es injusto que en interés de un principio fundamental del ordenamiento jurídico, el derecho habiente posterior, (acreedor de la sociedad) deba ser postergado a favor de aquel que ya antes hubiera contratado con el socio. Debería dejar e atenderse la confianza del acreedor de la sociedad existente en la forma prescripta por el derecho. Porque, de lo contrario, quedaría convalidado el abuso subjetivo de esa misma forma jurídica y quedaría defraudada la confianza del acreedor del socio en la fuerza del ordenamiento jurídico”*⁽⁵⁾.

Un reciente fallo judicial⁽⁶⁾ concluyó que no era tercero el inversor de un banco en relación a los depositantes de dicha institución basándose en que la colocación en el extranjero se efectuó en base a una publicidad engañosa. De esta manera, se configuró un vicio del consentimiento del actor cuyos fondos fueron transferidos al extranjero

(4) Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998.

(5) Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades comerciales*, Barcelona, 1958.

(6) Sentencia definitiva N° 23 del 16/7/07 del Juzgado de Concursos de 1º Turno en los autos “Marrapodi, Jorge c/ Peirano Basso, Jorge y otros”, Ficha 40-102/2003.

sin éste saberlo y por consiguiente no fue un impedimento para la aplicación del disregard la afectación de los demás depositantes que resultaron afectados por la disminución del patrimonio del banco en liquidación al incluirse al actor-inversor equiparado a éstos.

IV. La buena fe: ¿concepto único e inequívoco?

Sin duda nos encontramos frente a uno de los grandes principios generales del derecho como rector del obrar humano.

La buena fe como señala el profesor Aníbal Etchevery es un estándar⁽⁷⁾ para el derecho privado y de ello concluye que es uno de los ejes éticos del ordenamiento jurídico, tomado en su conjunto, en tanto éste regula los deberes jurídicos de la parte o partes que intervienen en la relación, utiliza el modelo de conducta leal que la sociedad espera de cada individuo. La buena fe es una faceta de la conducta querida por el mundo de los valores que compone el orden normativo. En tal sentido, es la medida media de la conducta social correcta distinta en cada sociedad según Spota

La buena fe está presente en el derecho mercantil no solo en el ámbito societario, sino en la contratación, en los títulos valores, en el arbitraje: todo el ordenamiento mercantil está vinculado al actuar de buena fe desde sus orígenes siendo una constante en el derecho comparado. El tema es tan fermental que existe incluso una vinculación entre la buena fe ejecutiva y la interpretación del negocio.

En el tema concreto que nos ocupa, el de la buena fe subjetiva, evidencia la vinculación entre ésta y la noción de confianza. Se refiere a la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica a través de la creencia errónea generada por la ignorancia del derecho ajeno: es decir a un estado psíquico de ignorancia de cierta situación, cualidad a la que se condiciona un determinado efecto jurídico que se legitima sólo de esta manera.

Como señala el español De los Mozos⁽⁸⁾ la ausencia de dolo o culpa en la conducta opera como limitación interna de la buena fe

(7) Etcheverry, Raúl, El estándar de buena fe en el derecho mercantil La Ley E-1987, ps. 897-904.

(8) De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965.

Entra en juego también el concepto de apariencia, protegiéndose la confianza provocada por una errónea creencia que generan los aspectos externos. El comportamiento del sujeto que obra de buena fe resulta justificado por este principio que actúa en función legitimante, al eliminar la eventual ilegitimidad en el obrar de éste.

En nuestra opinión, la buena fe jurídica consiste en la convicción de actuar conforme a derecho. En esta noción se unifican sus diversos aspectos señalados por la doctrina: el psicológico, la creencia en el propio derecho y el ético o voluntad de obrar honestamente.

En esta línea argumental surge el siguiente interrogante ¿cuándo estaríamos en presencia de un tercero de mala fe? Tercero de mala fe sería aquel que al momento de celebrarse el acto o contrato conocía o debía conocerlo.

Como lo señala nuestra jurisprudencia la buena fe como exigencia al individuo que actúe con la verdad presupone un comportamiento y refiere a un sujeto es una presunción *iuris tatum* y quien la alega no debe probarla sino que debe hacerlo quien sostiene lo contrario, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

El legislador societario pretende proteger al tercero de buena fe como lo evidencia el citado artículo 190 de la ley de sociedades uruguaya 16.060.

En nuestra casuística judicial reiteradamente nuestros tribunales valoraron como un comportamiento de buena fe el obrar del sujeto con veracidad, lealtad, fidelidad, honorabilidad, honestidad, contraponiéndolo con la mala fe configurada por el engaño, inducción al error, abuso, deslealtad, falsedad, mala intención, dolo, fraude, mentira, obrar solapado u omisivo a sabiendas.

La buena fe también significa esfuerzo, así el sujeto debe actuar lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios a lo que aspira el legislador societario.

V. Conclusión

A modo de conclusión, entendemos que la noción de tercero unida a la de buena fe como conducta querida por el mundo de valores que componen el orden normativo societario debe entenderse en la particularidad de cada caso con criterio restrictivo no sólo en la conceptualización del elenco de terceros frente al accionamiento por inoponibilidad de la persona jurídica societaria

sino también en la adecuada valoración del comportamiento que se espera o se exige de éstos.

De no ser así, el disregard se convertiría en una herramienta inaplicable en los hechos.