

“Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada “desestimación de la personalidad jurídica” y su incorporación al Código Civil y Comercial”

Miguel Eduardo Rubín. Publicado en El Derecho los días 18 y 19 de junio de 2015.-

Sumario: 1.- Historia del instituto hasta 1983. 2.- El insólito instituto jurídico del que todo el mundo habla pero que nunca tuvo cabida real en nuestra Ley. 3.- La posible influencia de la ley brasileña. 4.- ¿Qué valor tiene el título de una norma jurídica? 5.- Persona, personalidad social y limitación de la responsabilidad de los socios. 6.- Ineficacia en materia societaria. 7.- Entonces ¿qué se desestima o se considera inoponible en las hipótesis del art. 54 LSC? 8.- Dos acciones de responsabilidad por daños en la órbita societaria. 9.- Otra acción de responsabilidad por daños contra los socios o controlantes, pero a favor de terceros. 10.- Presupuestos legales de la segunda acción de responsabilidad. 11.- ¿Qué quiere decir “encubrir la consecución de fines extrasocietarios”? 12.- Los otros conceptos. 13.- ¿Cuál es el vehículo jurídico que lleva a la responsabilidad solidaria del socio o controlante? 14.- Legitimación pasiva como banco de pruebas para la doctrina de la desestimación. 15.- Un intento de reforma a la Ley de Sociedades que terminó aportando ideas al Código Civil y Comercial. 16.- La importación del tercer párrafo del art. 54 LSC al Código Civil y Comercial. 17.- Lo que dice la norma y sus consecuencias. 18.- Una reforma fallida a la Ley de Sociedades. 19.- Tratando de armonizar el art. 144 CCyC con el resto del Código. 20.- ¿Responsabilidad subjetiva, objetiva o ambas? 21.- Nuevos horizontes para la responsabilidad de integrantes y controlantes de las personas jurídicas.

1.- Historia del instituto hasta 1983.

La mayoría de los autores sostiene que esta herramienta fue aplicada por algunos países durante la Primera Guerra Mundial para detectar bienes de sociedades que eran considerados “propiedad enemiga” y, por ende, sujetos a confiscación¹.

La cuestión reapareció en la Segunda Guerra Mundial.

Ello dio lugar a la doctrina del *disregard of legal entity*².

¹ Por ejemplo: Otaegui, Julio C., “Teoría de la desestimación de la personalidad social”, L.L. del 02/03/2009.

² Es sorprendente que la doctrina del corrimiento del velo societario haya generado tanto revuelo fuera del Common Law, cuando, en realidad, se desarrolló como un conjunto de metáforas empleadas por la Jurisprudencia para encuadrar como fraude a algunos casos particulares de insolvencia de empresas pequeñas o medianas (Brown, Joe B., Netoles, Brian, Taliani Rasnak, Sandra y Tighe, Maureen, “*Identifying Bankruptcy Fraud*”, <http://www.crfonline.org/orc/pdf/ref11.pdf>; Cohen, Marc S. y Clough, Alicia, “*Bankruptcy Fraud*”, California CPA enero/Febrero 2010, “*Reporting, Responding to Fraudulent Activity in Bankruptcy Case*”, <http://www.calcpa.org/content/25776.aspx>; Díaz Olivo, Carlos E., “Mitos y leyendas acerca de la doctrina de descender el velo corporativo”, rev. Jurídica Universidad de Puerto Rico, año 2004, 73; Amarilla Ghezzi, Juliano, “La inoponibilidad de la personalidad jurídica y el fraude laboral”, rev. Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 13/04/2015, IJ-LXXVII-726).

Sobre la repercusión del tema en el Derecho Continental puede verse: de Ángel Llagues, Ricardo, “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia”, ed. Civitas, Madrid, 4ª ed., pág. 56; Boldó Roda, Carmen, “El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles”, ed. Tecnos, 2ª ed., pág. 37; López, Patricia, “La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica”, ed. LexisNexis, pág. 43.

Cuando la conflagración estaba concluyendo la Argentina optó por declarar formalmente la guerra a Japón y Alemania y alinearse con la coalición triunfante.

Es así como por decreto-acuerdo 6.945 de 1945, adhirió al Acta de Chapultepec (generada por la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz), normativa que fue complementada por el decreto 11.599 del 25/04/1946 que, en su art. 3º, consideraba “propiedad enemiga” y, por ende, sujetos a confiscación, a los bienes de ciertas sociedades cuando se cumplían una serie de requisitos.

Muchos autores³ encuentran allí la partida de nacimiento en nuestra propia doctrina de la penetración de personalidad societaria⁴, que también recibió otros nombres.

Sin embargo, hay que admitir que es muy difícil que en tiempos de guerra se haga algo valioso por el Derecho. Cuando es considerado lícito destruir la vida y los bienes de quien es considerado “enemigo” la Equidad y la Justicia (esencia del Derecho) son valores que quedan postergados.

Aquellos decretos de 1945 y 1946, digámoslo sin vueltas, se dictaron para disponer por vía administrativa (es decir, sin un proceso judicial) la confiscación de bienes; de manera que, por noble que se hubiera considerado la finalidad que los inspiraba, eran claramente inconstitucionales, lo que sólo admitieron unos pocos, bastante tiempo después⁵.

En consecuencia, flaco favor le hacemos al Derecho Argentino cuando evocamos a aquellos decretos como basamento histórico de la actual **desestimación de la personalidad societaria**.

Otro mito que se ha construido en derredor de aquellos decretos de 1945 y 1946: lo que esas normas permitieron no tiene nada que ver con lo que dispone el art. 54 LSC y, ahora, el art. 144 del nuevo Código Civil y Comercial⁶.

Ninguna de esas normas hace referencia al origen extranjero del capital, a la verdadera participación que en el capital tengan las personas extranjeras que dirijan a las empresas, a la relación que una empresa sostenga con otra u otras, o a la atribución de ganancias o retribuciones a personas o entidades domiciliadas en determinados países; pautas que, con el tiempo, una a una, fueron abandonadas. Hoy prácticamente a nadie se le ocurre que esas directrices puedan servir, por sí mismas o combinadas, para justificar la **desestimación societaria**.

Cuando hablamos de **fraude** en el Common Law hay que tener en cuenta que es un concepto amplísimo, que abarca desde delitos (Como el "*Bankruptcy fraud*": 18 USCA § 152), pasando por temas procesales, y hasta cuestiones de Derecho de los negocios, incluyendo lo que nosotros conocemos como simulación, fraude, ineficacia, etc. En suma, cualquier maniobra para obtener una ventaja de manera deshonesto se considera fraude.

Desde ese punto de vista nuestro sistema legal es de bastante más sofisticación técnica.

³ Como López Mesa, Marcelo J., "De nuevo sobre la desestimación de la personería societaria (El levantamiento del velo en la jurisprudencia argentina y española)", rev. *Ámbito Jurídico* n° 124, año XVII, mayo 2014.

⁴ Sin embargo, ya a fines del siglo XIX hubo medidas tendientes a desconocer los derechos de determinadas compañías extranjeras, en términos igualmente reprochables desde el punto de vista constitucional.

⁵ Dürnhöfer, Eduardo O., "La confiscación de la "propiedad enemiga". Su inconstitucionalidad", ed. Alfa Argentina, 1957.

⁶ De aquí en adelante emplearé las siglas "CCiv" para identificar al Código Civil de Vélez Sarsfield, "CCyC" para nombrar al nuevo Código Civil y Comercial, "CN" para la Constitución Nacional, "LSC" para la ley de Sociedades y "LCQ" para la Ley de Concursos y Quiebras.

Además, ni la “desestimación” de la ley de Sociedades ni la del Código Civil y Comercial tienen por objeto confiscar bienes o empresas, ni, mucho menos, sin proceso judicial.

Sea como fuere, entre las décadas del 60’ y del 70’ del siglo pasado la doctrina del *disregard of legal entity* tuvo su cuarto de hora en nuestro país⁷, sobre a todo partir del zaran-deado caso “Swift-Deltec”⁸.

2.- El insólito instituto jurídico del que todo el mundo habla pero que nunca tuvo cabida real en nuestra Ley.

En 1983 la ley 22903 reformó a la Ley de Sociedades.

Entre las innovaciones que trajo introdujo un tercer párrafo en el art. 54 LSC.

Desde entonces la mayor parte de la Doctrina entiende que contamos con un régimen de inoponibilidad de la personalidad jurídica; el que serviría para múltiples finalidades⁹.

No obstante, bien leído el texto de esa norma confirma que únicamente se ha regulado una acción por daños y perjuicios contra uno o más socios o controlantes de una sociedad, y que lo de la “inoponibilidad” sólo aparece en el subtítulo del mentado tercer párrafo del dispositivo legal, pero no en su contenido sustancial.

Antes de entrar a analizar el núcleo de dicha norma creo prudente recordar cuál fue el objetivo que trató de alcanzar.

Como la mencionada ley 22903 fue dictada por un gobierno de facto no hubo discusión parlamentaria. De manera que, para saber qué es lo que se quiso hacer, debemos remitir a lo dicho en su momento por algunos de los integrantes de la Comisión Redactora¹⁰.

Juan Carlos Palmero (miembro pleno de la Comisión) en su participación en el Vº Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario de Huerta Grande de 1992 sostuvo

⁷ Borda, Guillermo, "El velo de la personería", L.L. 142, pág. 1158; Le Pera, Sergio, "La doctrina del abuso de la personalidad jurídica y el abuso de la doctrina", D.T. 1974-530; también en "Sociedad y persona jurídica", L.L. 1989-A, pág. 1084; y "Sociedades vinculadas y doctrina del *disregard*", en "Cuestiones de Derecho Comercial moderno", ed. Astrea, 1981; Otaegui, Julio C., "Desestimación de la personalidad societaria", RDCO, año 4, 1971, pág. 139; Zannoni, Eduardo, "La desestimación de la personalidad societaria -*disregard*- y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria", L.L. 1979-B, pág. 195.

⁸ López Mesa, Marcelo J., "Retomando algunas ideas sobre el abuso de la personalidad societaria (Estado de la cuestión a varias décadas del precedente "Swift Deltec")", RDPC año 2008, número especial dedicado a "Abuso de la personalidad societaria".

⁹ Por ejemplo, algunos autores, a partir de los enigmáticos términos del art. 54 LSC, piensan que lo de la desestimación de la personalidad societaria se asocia con ciertos supuestos de extensión de la quiebra, cuando, en realidad, el art. 161 LCQ fija los contornos precisos de la figura que, por ser de excepción, no podría ser llevada a situaciones análogas, y menos, por combinación con otras normas no-concursales. Tan es así que la Jurisprudencia expresamente ha declarado que un reclamo de extensión de la quiebra no puede ser fundado esa norma (CNCom, Sala "D", 21/11/2011, "Construival Técnica S.A. s/Quiebra c. Latorre, Tulio G. y otros", MJJ70960).

También hay quienes creen que el art. 54 LSC es útil para hacer que aquellos bienes que, desde la formalidad legal, aparecen ilegítimamente a nombre de una sociedad, pasen (o vuelvan) a nombre de otra persona, que sería la dueña verdadera. Tales los casos, en el Derecho de Familia, en los cuales un sujeto falsamente pone bienes suyos a nombre de una sociedad para evitar que sean afectados por la liquidación de la sociedad conyugal o por uno o más de sus legítimos sucesores (Bollini Shaw, Carlos, "Inoponibilidad de la persona jurídica (art. 54 de la ley 19.550) o acto fraudulento en relación a cuestiones de familia", E.D. 189-590).

Similar proceder se emplea cuando un deudor insolvente transfiere simuladamente bienes para que no sean alcanzados por sus acreedores.

Todos esos supuestos se autoabastecen, desde el punto de vista jurídico, con las normas sobre simulación ilícita.

¹⁰ Según la Resolución del Ministerio de Justicia 72/1983 la condición de "integrantes" les correspondió a Jaime Luis Anaya, Raúl Aníbal Etcheverry, Horacio Pedro Fargosi, Juan Carlos Palmero y Enrique Zaldívar.

que cuando se redactó el tercer apartado del art. 54 LSC “uno de los problemas más preocupantes era el de lograr una buena regulación de la responsabilidad de los grupos societarios” ya que, “en aquel momento, se discutía si la mera circunstancia de existir un grupo importaba la extensión del pasivo”.

Siempre según Palmero, los integrantes de la Comisión reformadora consideraban “que no podía darse tal extensión automática y que la figura básica (se entiende: para habilitar la acción versus los controlantes por los daños ocasionados a través de la sociedad a los terceros) debía ser la del abuso de derecho, de raigambre nacional”¹¹.

Es decir, la Reforma no se hizo para agravar la responsabilidad de los controlantes sino, justamente, para restringirla.

Esa finalidad, como ha dicho la Corte Suprema, hace a la interpretación razonable y sistemática de la Ley¹².

Pero, como tantas veces ocurre, una cosa es la intención de quien escribe la norma, otra lo que la norma dice y, finalmente, otra (a veces distinta de las dos anteriores) lo que el intérprete termina entendiendo. Y, en verdad, eso es lo que ocurrió con la reforma de 1983¹³.

Lo cierto es que la doctrina de la desestimación de la personalidad o de la inoponibilidad de la personalidad societaria (o como se la quiera llamar¹⁴), en nuestro país, se ha transformando en un comodín argumental que se ha empleado durante décadas para los fines más diversos; generalmente para alcanzar objetivos que el intérprete considera equitativos pero que exceden la letra de la norma, o, en ocasiones, como un modo de evitar el cumplimiento de ciertos requisitos legales¹⁵, sea en punto a sus requisitos¹⁶, sea en materia de plazos de prescripción¹⁷, cuando estos han vencido.

Para más, la mentada norma del art. 54 LSC, que los partidarios de la doctrina de la “desestimación” ven como la piedra de toque en esta materia, fue adaptada y potenciada por otros regímenes latinoamericanos¹⁸.

¹¹ La reproducción de los dichos de Palmero debemos agradecerla a Ricardo L. Gulminelli que las incluyó en el sitio de Internet de su cátedra: <http://sociedadesmdp.blogspot.com.ar/2008/04/anlisis-de-temas-variados-relativos-la.html>

¹² CSJN, 03/07/2007, “Corporación Financiera Internacional c. Aragón, Luis A. F.”, Fallos 330-2892.

¹³ En ocasiones el solo hecho de existir una situación de control societario es visto como un demérito por la Jurisprudencia: CNCom, Sala “E”, 27/09/2011, “Campolongo, Silvia y otro c. Solares de Tigre S.A. y otro”, <http://www.societario.com/>.

¹⁴ Pues esta doctrina ha recibido muy distintos nombres.

¹⁵ Richard, después de reprocharle a “..la abundante aunque errática jurisprudencia, particularmente laboral” por los desbordes cometidos “mediante una declamación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica por abuso o fraude”, terminó sosteniendo que, a su criterio, dicha doctrina genera “interesantes perspectivas que permiten, frente al abuso de la posición de control de socios o no, derivar o limitar efectos de la actuación societaria, **haciendo innecesario recurrir a las vías de la simulación, la revocación, el fraude, el abuso de derecho**, o la desestimación de la personalidad” (el énfasis, como en todos los casos en esta, mi monografía, fue agregado) (Richard, E. Hugo, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad”, RDPC nº 2008-3, pág. 191).

¹⁶ Ello ha sido reconocido abiertamente por un autor: “Sin embargo, es un lugar común escuchar que la introducción del remedio del art. 54ter LSC ha aliviado la carga del demandante al exigirle menos prueba pues, se afirma, no debe acreditar el dolo de las partes del acto inoponible, bastándole demostrar la situación objetiva prevista en el precepto”. (Haddad, Jorge R., “Oponibilidad de la inoponibilidad. ¿De qué estamos hablando?”, ponencia presentada ante el VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario, 2001).

¹⁷ CNCom, Sala “E”, 23/02/2004, “F. C. S.R.L. c. D. M., A. J. y otro”, E.D. 210-351.

¹⁸ Tal el caso del Derecho uruguayo. Cuando se sancionó la Ley General de Sociedades 16.060 (plexo que tuvo por una de sus fuentes principales a la ley argentina 19550), se procuró mejorar el texto de nuestro art. 54 LSC agregándole, en la parte dispositiva, lo que esta última no tiene: una

3.- La posible influencia de la ley brasileña.

La ley de Sociedades Anónimas de Brasil 6404 fue sancionada en 1976.

El art. 117 (luego modificado por la ley 9457 de 1997) de ese ordenamiento establece una acción contra el accionista controlante por los daños ocasionados por abuso de poder (“*O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder*”¹⁹).

Sin embargo, siempre se tuvo en claro que ese dispositivo legal no trajo más que una acción civil de responsabilidad por daños. Tan es así que el Tribunal Supremo brasileño tiene resuelto que para poder hablar de abuso del poder en los términos del art. 117 de la Ley de Sociedades por Acciones es necesario probar la presencia de todos los requisitos comunes de la responsabilidad civil, incluyendo la intención subjetiva del accionista controlador de perjudicar a los socios minoritarios²⁰.

Aquella norma brasileña era conocida en nuestro medio antes de operada la reforma del régimen societario por la ley 22903²¹ y, por lo tanto, seguramente influyó en la alquimia que concluyó con nuestro art. 54 LSC²².

expresa referencia a la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad. Es así como el art. 189 establece que “**podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad**, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros”, y el art. 190 determina que “**La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad** sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada” y que, “A esos efectos, se imputará a quién o a quiénes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad”. “En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe”. “Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos”.

Sin embargo, según se aprecia leyendo los aportes de los comentaristas, no parece que esas innovaciones permitan algo diverso de lo que se hace en nuestro país al amparo del mencionado art. 54 LSC. Véase, en ese sentido: Azofra, Adriana “La prescindencia de la personalidad jurídica en el derecho uruguayo”, Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, pág. 3; Siri Thove, Selva y Martínez Zunino, Valeria, “El *disregard of legal entity*. Su aplicación en el derecho sucesorio y en el derecho laboral uruguayo”, en “Hacia un nuevo Derecho Comercial: Sociedades. Contratos. Concursos”, ed. Fundación de Cultura Universitaria, año 2012, pág. 263.

¹⁹ Seguidamente la norma contiene varios ejemplos de ese comportamiento.

²⁰ STJ, Recurso Especial 798264 SP 2005/0190864-1 STJ, publicado el 16/04/2007; Blok, Marcella, “*Abuso do poder de controle do acionista controlador*”, <http://thelegal.me/wp-content/uploads/2013/10/artigo-Marcella-Blok-abuso-do-poder-de-controle.pdf>; Borba, José E. T., “*Direito Societário*”, 9ª ed., ed. Renovar, pág. 339.

²¹ Hay una referencia a esa ley en un evento académico de 1977: Rogasiano, María lo C., “Algunas bases para la regulación de los efectos del agrupamiento de sociedades”, ponencia presentada ante el 1º Congreso de Derecho Societario, La Cumbre, libro de ponencias, ed. Depalma, pág. 239.

Se debe reconocer, no obstante, que, en nuestro medio, se habló de la doctrina de la desestimación societaria bastante antes.

²² Corresponde señalar que en el año 2002 Brasil modificó su Código Civil. Es así como el nuevo art. 50 de dicho Código establece:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

A partir de allí la Doctrina brasileña ha desarrollado su propia teoría de la *desconsideração da personalidade jurídica* en términos muy parecidos a los que emplean nuestros autores, tanto sus sostenedores como sus detractores (Odorizzi, Karine, “*Análise crítica da desconsideração da personalidade jurídica nas relações civis*”, <http://phmp.com.br/artigos-e-publicacoes/artigo/analise-critica-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-nas-relacoes-civis/>; Pereira, Larissa A., “*A desconsideração da personalidade jurídica*”, <http://www.iuspedia.com.br>, 14/02/2008; Guimarães, Márcio S., “*Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*”,

4.- ¿Qué valor tiene el título de una norma jurídica?

Cierta Jurisprudencia y Doctrina, más por lo que dice el título del tercer párrafo del art. 54 LSC ("Inoponibilidad de la persona jurídica") que por lo regulado en su parte sustancial, entendió que en nuestro ordenamiento legal rige la doctrina de la **desestimación de la personalidad societaria**²³.

En esa línea, notables autores han dicho que "El título del artículo "inoponibilidad de la personalidad jurídica" –que no integra la norma pero induce su interpretación-, corresponde a la visión anglosajona y continental de la personalidad jurídica²⁴, que también se advierte en las diversas nomenclaturas con las que se afronta la cuestión"²⁵.

Pero si, como reconocen esos catedráticos, el título no integra la parte dispositiva de la norma y, si, para más, ese título dice algo que no está en dicha parte dispositiva, o peor, la contradice ¿por qué darle valor a la hora de interpretarla²⁶?

Ello sería como asegurar que un remedio está compuesto por una droga (aunque se sepa que no es así), solo porque tal droga es mencionada en el envase.

El intérprete, si bien debe partir de la letra de la norma²⁷, no puede aceptar tal incompatibilidad²⁸, pues el principio lógico-jurídico de contradicción establece que cuando dos enunciados normativos se contraponen no pueden ser válidos ambos²⁹.

[http://www.jus.com.br/](http://www.jus.com.br;); Matheus Carneiro, Assunção, "A aplicação da disregard doctrine no direito brasileiro: um enfoque jurisprudencial", http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1710).

Para un visión comparativa con nuestro régimen: Acosta Moncks, Guilherme, "Análise comparativa entre os sistemas brasileiro e argentino sobre a desconsideração da responsabilidade obrigacional limitada nas sociedades", <http://jus.com.br/artigos/21026/analise-comparativa-entre-os-sistemas-brasileiro-e-argentino-sobre-a-desconsideracao-da-responsabilidade-obrigacional-limitada-nas-sociedades#ixzz3VWj7ssud>

²³ CNCiv, Sala "A", 14/08/1985, "Otero de Gómez, Noemí I. c. Gómez, Francisco", J.A. 1986-II-128, con nota de Omar U. Barbero; Cañal, Diana, "Extensión de responsabilidad: solidaridad. Teoría del *disregard*. Las personas jurídicas como instrumento de fraude a la ley. Jurisprudencia reciente", en "Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales", Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas; Embid Irujo, José M. y Varela, Fernando, "Personalidad jurídica, levantamiento del velo societario y práctica judicial". "Reflexiones desde las dos orillas", L.L. 2000-B, pág. 1090; Fortín, Pablo, "Sociedad comercial. Personalidad, desestimación y procedimiento", L.L. 1992-C, pág. 329; Muiño, Orlando M., "El aspecto societario". "La personalidad jurídica y su desestimación", DS 99, 1996, tº VII, pág. 741.

²⁴ Como veremos más adelante, no fue esa la visión del instituto que tenía Butty, quien integró la Comisión reformadora que redactó el último párrafo del art. 54 LSC.

²⁵ Junyent Bas, Francisco y Richard, E. Hugo, "Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios)", en la obra colectiva "Temas de Derecho Societario vivo", ed. de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, pág. 105.

²⁶ Irarrazabal Covarrubias, Jaime, "Interpretación, integración y razonamiento jurídicos", ed. Universidad de Chile, pág. 266.

²⁷ Ha señalado la Corte Suprema que si bien la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, no obstante, "...por encima de lo que las normas parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática..." (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte) (CSJN, 03/07/2007, C. 2327. XLI, "Corporación Financiera Internacional c. Aragón, Luis A. F.", Fallos 330-2892).

²⁸ CNCCom, Sala "A", 07/12/2012, "Eccotec SRK c. Readymix Argentina S.A.", MJJ77894; ídem, Sala "E", 02/09/1998, "Ramos, Mabel c. Editorial Atlántida s/ Medidas preliminares", EDJ8641; Ciuro Caldani, Miguel A., "La conjetura en el funcionamiento de las normas. Metodología Jurídica", ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pág. 82.

²⁹ Recasens Siches, Luis, "Introducción al estudio del Derecho", 6ª ed., ed. Porrúa, pág. 216; Hernández Marín, Rafael, "Sobre la concepción lógica del Derecho", rev. Isonomía (Univ. de Murcia) nº 18, abril de 2003, pág. 79.

Ello es aun más contundente cuando la divergencia radica entre el título o la Exposición de Motivos de la ley y la parte dispositiva de la norma. En tal supuesto ha de prevalecer el texto de esta última, pues el título (como lo dicho en la Exposición de Motivos) podrá aclararla, pero nunca derogarla o modificarla.

5.- Persona, personalidad social y limitación de la responsabilidad de los socios.

El Derecho le reconoce a las personas, tanto a las humanas³⁰ como a las jurídicas (bien que con distinto alcance) ciertos derechos (muchas veces denominados “atributos”³¹): a ser titular de un **patrimonio**³², de un **nombre** y de un **domicilio**³³.

Es inherente a la condición de dueño de un patrimonio el poder ser titular de derechos y obligaciones. Ello tiene particular interés respecto de las personas jurídicas³⁴.

La Ley argentina permite que, en principio, los socios de algunas sociedades comerciales (como las SRL o las S.A.) sólo sean responsables por los aportes comprometidos³⁵.

Pero esa facultad de limitar la responsabilidad que deriva del tipo social elegido no constituye un derecho o atributo de esa clase de sociedades, sino de sus socios³⁶, dato que conviene ir reteniendo.

Que existan tipos de sociedades que admiten que sus socios limiten su responsabilidad patrimonial y otras que no (o no tanto) demuestra que tal limitación de la responsabilidad tampoco es prototípica de la personalidad jurídica de la sociedad ni constituye un atributo suyo.

6.- Ineficacia en materia societaria.

³⁰ Desde la sanción del Código Civil y Comercial debemos llamar “persona humana” a lo que antes denominábamos “persona física”.

³¹ En esto de los “atributos societarios” también hay visiones diversas. Algunos autores sostienen que las sociedades anónimas cuentan con cinco atributos: la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada, la transferencia de las acciones, la delegación de la administración y la propiedad de las participaciones sociales (Polanco López, Hugo A., “¿La desestimación de la personalidad jurídica, resuelve el problema de la responsabilidad de los accionistas?”, <https://derechocomercialuc.files.wordpress.com/.../la-desestimacion3b3n-d...>).

³² La Corte Suprema tradicionalmente ha considerado al patrimonio de la sociedad como un atributo. Por ejemplo: CSJN, 08/11/2011, “Catania, Américo M. c. BCRA y otros s/Hábeas data”, MJJ69555.

³³ Otaegui, Julio C., “Persona societaria, esquema de sus atributos”, RDCO, año 7 (1974), pág. 294.

³⁴ Bien se ha dicho que “la constitución de una persona jurídica tiene como finalidad primordial crear un nuevo sujeto de derecho con distinto patrimonio y distinta responsabilidad. Éste es un principio fundamental: existe una separación entre la personalidad del ente y las personas que lo componen. La persona jurídica no se confunde con sus miembros. Se crea un sujeto de derecho enteramente distinto de sus fundadores, miembros y administradores, que posee patrimonio, como atributo propio de cualquier sujeto de derecho, y los terceros que contratan con la persona jurídica no contratan con sus integrantes sino con el ente creado por éstos” (Compagnucci de Caso, Rubén y otros, “Código Civil de la República Argentina explicado. (Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía)”, ed. Rubinzal-Culzoni, tº I, pág. 77).

La cuestión no es sencilla, pues seguimos discutiendo qué es una persona jurídica para el Derecho, como puede comprobarse en la minuciosa recopilación de tendencias doctrinarias que hicieron Junyent Bas, Francisco y Richard, E. Hugo, “Acerca de la persona jurídica. A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello”, www.acaderc.org.ar.

³⁵ En realidad, en otras sociedades, como las colectivas, aunque los socios son responsables ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales, tal responsabilidad es **subsidiaria** (art. 125 LSC), lo cual atenúa su alcance.

³⁶ Vázquez Palma, María F., “Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización”, rev. Derecho Valdivia, año 2014, vol. 27, nº 2, pág. 105.

El recientemente sancionado Código Civil y Comercial, a partir del art. 382, abordó el complejo tema de la **Ineficacia de los actos jurídicos**³⁷.

Asumiendo la orientación de una de las corrientes doctrinarias predominantes en nuestro medio, el referido artículo establece que la **ineficacia** de los actos jurídicos³⁸ es el género, y que abarca dos especies: la **nulidad** y la **inoponibilidad**³⁹.

Según el mismo art. 382 la inoponibilidad es una invalidez legal referida únicamente a “determinadas personas”. Se infiere, *a contrario sensu* (por que, la norma nada dice), que la nulidad es predicable *erga omnes*⁴⁰.

El art. 396 CCyC, dedicado a la **inoponibilidad**, dispone que “El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”⁴¹, enunciado que debe entenderse referido, según los casos, a uno o más terceros⁴².

Pero ¿cómo juega lo de la inoponibilidad cuando estamos en territorio societario? Aquí nos topamos a un escollo porque, a diferencia del Código Civil y Comercial, la Ley de Sociedades no contiene una sección con normas genéricas referidas a la ineficacia en esta particular materia⁴³.

7.- Entonces ¿qué se desestima o se considera inoponible en las hipótesis del art. 54 LSC?

³⁷ Figura que también había sido prevista en los Proyectos de Unificación de los años 1993 y 1998 (Lovece, Graciela, “La ineficacia de los actos jurídicos en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial”, rev. Jurídica UCES n° 17, año 2013, pág. 170, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2145/La_ineficacia_Lovece.pdf?sequence=1).

³⁸ Alterini afirma que “El hecho humano, para ser acto jurídico, debe reunir los requisitos exigidos por la ley”. “Si carece de alguno de ellos no es un acto jurídico”. “De allí que en pureza idiomática, no sea correcto acudir a la noción de acto jurídico nulo, porque si el acto carece de alguno de los requisitos que establece la ley, no es acto jurídico” (Alterini, Jorge H., “Hacia una teoría general de las ineficacias”, E.D. 172-942).

Sin embargo, según resulta de los arts. 259 y siguientes CCyC, no parece que el acto jurídico pueda ser visto de ese modo.

³⁹ El nuevo Código emplea la noción de inoponibilidad para un sinnúmero de cuestiones (arts. 249, 298, 338 a 342, 369, 449, 473, 527, 877, 1239, 1301, 1805, 1816, 1893, 1989, 2196, 2207 y 2383 CCyC). Para ayudar a la comprensión del concepto de **inoponibilidad** en el nuevo Código: Highton de Nolasco, Elena, “Reforma al Código Civil y Comercial: Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales”, RDPC, año 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial, tº I, pág. 583.

⁴⁰ Sin embargo esta no es una premisa definitiva pues, bajo determinadas circunstancias, alguien puede valerse de un acto afectado de nulidad.

⁴¹ Dado que la primera parte del art. 396 CCyC reitera lo dicho por el art. 382 CCyC bien podrían haberse amalgamado en una única disposición.

⁴² En verdad el Legislador de 2014 no ha sido muy preciso en el empleo de los términos. En los arts. 212, 1025, 1634 y 1697 CCyC habla genéricamente de ineficacia, sin que quede en claro si se refiere a la inoponibilidad o a la nulidad relativa o absoluta.

En el art. 857 CCyC hace mención a la “nulidad o ineficacia” del crédito principal, siendo que, guardando una relación de especie a género, hubiera sido más elocuente hablar únicamente de ineficacia.

Además, en varias disposiciones, con fines diversos, se refiere a la inexistencia (como ser en los arts. 283, 376, 656, 1629, 1639, 1647, 1777, 1780, 1823, 1825, etc.) pero de ninguna manera emplea ese concepto como un medio para invalidar actos jurídicos.

Como creo haber demostrado en otro estudio, la teoría de la inexistencia del acto jurídico no tiene cabida en el nuevo Código (Rubín, Miguel E., “Inexistencia de la inexistencia en el Código Civil y Comercial”, que publicará la editorial Errepar).

⁴³ Entre algunos aportes para sistematizar el régimen de ineficacia societaria: Salerno, Marcelo U., “Ineficacia societaria”, J.A. 1996-4-45, Id Infojus: DACN970006; Salvatierra, Leandro, “Nulidad del acto jurídico societario”, rev. Argentina de Derecho Empresario, 01/12/2005, IJ-XXXIX-923; Salvatierra, Leandro, “Nulidad del acto jurídico societario”, rev. Argentina de Derecho Empresario, 01/12/2005, IJ-XXXIX-923.

Desde el siglo pasado (algunos piensan que antes) en el Derecho Comparado y en nuestro medio se viene hablando de la “desestimación” o de la “inoponibilidad” de la “persona jurídica” o, indistintamente, de la “personería jurídica” o de la “personalidad societaria”; todo ello referido a las sociedades que permiten la limitación de la responsabilidad de sus socios. Ello nos pone frente a los siguientes interrogantes:

- “Desestimación” e “inoponibilidad” ¿son sinónimos? Los aportes doctrinarios no permiten llegar conclusiones definitivas⁴⁴.
- ¿Es lo mismo la “persona jurídica”, la “personería jurídica” o la “personalidad societaria”⁴⁵? En ocasiones, en mayor o menor medida, así fue considerado⁴⁶.
- ¿Quién es el afectado de esa inoponibilidad o desestimación? ¿La sociedad o sus socios y controlantes⁴⁷?

⁴⁴ Aunque en ocasiones se hacen distinguos, en varios pasajes de sus obras emplean los términos como equivalentes: Manóvil, Rafael M., “Grupos de sociedades en el derecho comparado”, ed. Abelledo-Perrot; Máculus, Alex, “Desestimación activa inversa de la personalidad jurídica ¿Es realmente una posibilidad bajo el art. 54, último párrafo, de la Ley 19.550?”, RDS IJ-LXVIII-310, 10/07/2013; Otaegui, Julio C., “El art. 54 de la ley de sociedades: inoponibilidad de la personalidad jurídica”, E.D. 121-808; del mismo autor: “Desestimación de la personalidad societaria”, RDCO, año 4; Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales: comentada y anotada”, 2º ed. actualizada y ampliada, ed. La Ley, tº II; Richard, Efraín H., “Personalidad Jurídica. Inoponibilidad”, “Responsabilidad y abuso en la actuación societaria”, coordinada por Nissen, Ricardo, A., Pardini, Marta, Vítolo, Daniel R., ed. Ad-Hoc.

⁴⁵ Se ha señalado en el informe del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata dirigido a la Federación Argentina de Colegios de Abogados sobre el Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación: “Sólo por razones de cierta elegancia en el lenguaje, en nuestro Derecho Societario se ha empleado el término “personalidad” para referirse a la voz “persona jurídica”, que es la que emplea típicamente nuestra legislación civil (arts. 30 a 35 y siguientes Código Civil de Vélez)”.

“La “personificación” que es la operación o recurso técnico de atribuir a algo el carácter de persona, implica la atribución legal de derechos y obligaciones a un conjunto de individuos, como si fueran uno solo, y ello supone dar carácter de persona a aquello que naturalmente no lo es”.

“La “personalidad” en el lenguaje natural o científico supone la colección de repertorios conductuales, cognitivos y morales de un individuo. Realmente carece de sentido práctico el dotar al término natural de un significado técnico jurídico diferente. La idea de “personalidad” no es transferible útilmente para el derecho desde la persona natural individual a un conjunto de seres que conformen un sistema social determinado”.

⁴⁶ Rodríguez Olivera, Nuri E. y López Rodríguez, Carlos E., “Personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseSocPersJur.htm>

La Doctrina ha efectuado notables esfuerzos por dar una respuesta certera, pero, no hay plena coincidencia entre los autores, sobre todo cuando son de distintos países (por ejemplo: Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic, Antonio H., “Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, ed. Jurídica de Chile, tº, pág. 499; Oviedo Albán, Jorge, “La personificación jurídica societaria en el derecho colombiano”, en Cuadernos de la Maestría en Derecho, <http://www.usa.edu.co/investigacion-derecho>).

⁴⁷ López Raffo aprecia que, en algunos casos, cuando “se deja de lado definitivamente la separación entre la persona sociedad y sus miembros”, la situación descrita por el art. 54 LSC podría verse como nulidad de la sociedad por objeto ilícito (art. 18 LSC) (López Raffo, Francisco M., “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, rev. Jurídica de la Patagonia, IJ-LXXI-57).

No comparto esa opinión. Sería incoherente que el art. 54 LSC estuviera referido a la nulidad de la sociedad pues, de ser así, no tendría sentido la regulación independiente que la Ley de Sociedades ofrece para las sociedades nulas en la Sección III, en particular para las de objeto ilícito (art. 18) y las de objeto lícito pero con actividad ilícita (art. 19), siendo que tales normas también prescriben cierta responsabilidad solidaria e ilimitada por daños a cargo de los administradores, socios y controlantes.

La Doctrina predominante también entiende que lo que busca el art. 54 LSC no es la nulidad de la sociedad (por ejemplo: Miguens, Héctor J., “Responsabilidad del controlante en el derecho argentino”, J.A. 2005, pág. 1444; Haddad, Jorge R., “Oponibilidad de la inoponibilidad. ¿De qué estamos hablando?”, ponencia presentada ante el VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario, 2001).

La nulidad de las sociedades constituye un tema inquietante debido a la desproporción entre la supuesta consecuencia fatal de su declaración y la necesidad de preservar las relaciones jurídicas construidas por esas entidades con terceros de buena fe (véase, por ejemplo, Richard, E. Hugo, “En torno a la “nulidad absoluta” de sociedad y el sistema jurídico de las relaciones de

- Si esto fuera un problema de la sociedad ¿qué es lo que se desestima? ¿La sociedad misma? ¿Su condición de persona jurídica? ¿Su personalidad? ¿El tipo social⁴⁸? ¿Uno o más de sus “atributos”⁴⁹?
- En todo caso, la sociedad ¿dejará de ser persona jurídica o perderá alguno de los atributos para siempre o tal pérdida la afectará respecto de una situación determinada⁵⁰?
- Y si así fuera, en esos supuestos de “desestimación”, la sociedad ¿puede ser demandada y, en su caso, ejecutados sus bienes⁵¹? o, al serle imputadas a los socios o controlantes las consecuencias dañosas, se liberará de toda responsabilidad.
- Si se pone engañosamente a un empleado como dependiente de una persona humana insolvente (en lugar de emplear como fachada a una persona jurídica indigente): ¿qué se desestima de esa persona humana?

A esas preguntas se les han dado las respuestas más variadas⁵². Ello se debe a que cada quien caracteriza a este instituto según el supuesto que tiene en mente⁵³.

En el fondo, cuando los partidarios de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica se ocupan de estos temas parecen preocupados únicamente por determinar si pueden ser

organización”, rev. Cuadernos de Derecho, nº 14, Axpilcueta, nº 13, 1-242, Fonodis, España, 1999, pág. 95; ídem, “¿Nulidad absoluta de sociedad?”, ponencia presentada ante el VIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995; Racciatti, Hernán (h.) y Romano, Alberto A., “Nulidades societarias y mecanismos de subsanación (reflexiones de *lege lata* y *lege ferenda*)”, ponencia presentada ante el VIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995; Molina Sandoval, Carlos A., “De la tipicidad societaria en un conflictivo supuesto de liquidación de la sociedad comercial”, E.D. 197-354).

⁴⁸ En una ponencia se aseveró que “el tercer párrafo del art. 54 L.S., al imputar directamente responsabilidad a quienes actúan por la sociedad violando la ley, el orden público o la buena fe y frustrando derechos de terceros encubriendo fines extrasocietarios, no implica la desestimación de la personalidad jurídica, sino simplemente la inoponibilidad del tipo social” (Filippi, Laura y Junyent Bas, Francisco, “Personalidad y tipicidad. Inoponibilidad del tipo” en Iº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, libro de ponencias, tº II, pág. 611).

⁴⁹ Tampoco hay claridad al respecto, y, en realidad, mucho depende del punto de vista del autor: Jaramillo Herrera, Liyer A., “Desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho Societario colombiano”, rev. CES Derecho, vol. 2, nº 2, Julio-Diciembre 2011, pág. 125; Velásquez Restrepo, Carlos A., “Orden Societario”, Señal Editora, pág. 351.

⁵⁰ Los aportes autorales más sensatos se inclinan por esta segunda variante (así Moeremans, Daniel, “Extensión de la responsabilidad del socio gerente por aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica”, L.L.NOA, 2001, pág. 553).

⁵¹ Macagno sostiene que “..no se impone responsabilidad al ente cuya personalidad se declaró inoponible” (Macagno Ariel A. G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional”, http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/sociedades/personalidad_juridica_soc_comerciales_macagno.pdf).

En el mismo sentido: “Si la conducta es imputada directamente a los socios o controlantes y los perjuicios causados por tal conducta les serán directamente atribuibles, puede concluirse en que no puede existir una responsabilidad solidaria para la sociedad, cuya existencia como persona jurídica es inoponible” (CNCCom, Sala “A”, 16/10/2012, “Gutiérrez, Enedina y otros c. Neumáticos Gutiérrez Sociedad Anónima y otros”, MJJ76419).

⁵² Un ejemplo: “El instituto regulado en el tercer apartado del artículo 54 no implica desestimación de la personalidad, ni inoponibilidad de la personalidad, ni inoponibilidad del tipo, sino inoponibilidad de negocios jurídicos” (Haddad, Jorge R., “Oponibilidad de la inoponibilidad. ¿De qué estamos hablando?”, ponencia presentada ante el VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario, 2001).

⁵³ Robles Madrigal, Jorge, “¿En qué consiste el velo corporativo? Inconvenientes sobre la limitación de la responsabilidad de los accionistas en las sociedades anónimas”, <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/En%20que%20consiste%20el%20velo%20corporativo.pdf>

atacados los bienes personales de los socios, directivos o controlantes de la sociedad por ciertas obligaciones de esta última⁵⁴.

Empero, ese es un problema de los socios, directivos y controlantes de la sociedad, no de la sociedad. De tal suerte que la incógnita sobre qué es lo que perjudica a la sociedad cuando se declara la inoponibilidad de su personalidad sigue quedando en la más profunda oscuridad conceptual.

A mi modo de ver la inoponibilidad de la personalidad jurídica, si bien sirve como una metáfora para referimos a determinadas situaciones, no cumple ninguna función útil en la ecuación jurídica del art. 54 LSC⁵⁵. Para demostrar preliminarmente mi aserto propongo esta redacción alternativa del tercer párrafo de la norma:

“Los socios o controlantes no-socios que hicieran que la sociedad le ocasione un daño ilegítimo a un tercero serán solidariamente responsables, con la sociedad, de la obligación de indemnizar”⁵⁶.

Evidentemente esa disposición permitiría exactamente lo mismo que el art. 54 LSC en su actual redacción: imputar a los socios o controlantes determinados daños ocasionados por la sociedad a los terceros, como lo terminaron reconociendo muchos de los sostenedores de la doctrina de la desestimación⁵⁷.

8.- Dos acciones de responsabilidad por daños en la órbita societaria.

⁵⁴ Alonso, Juan I. y Giatti, Gustavo J., “Aspectos procesales de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, L.L. Suplemento especial de Sociedades Comerciales, diciembre de 2004, pág. 10.

⁵⁵ Sobre bases similares parte de la doctrina española critica a la jurisprudencia que, para levantar el velo de las sociedades, recurre a nociones vagas y difusas como la equidad, el abuso del derecho, el fraude y la buena fe (Lobato de Blas, Jesús, “Excesos en la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas”, www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?...RJ_15; Embid Irujo, José M., “Abuso de la forma social y levantamiento del velo de la personalidad jurídica: algunas reflexiones desde el derecho español”, RDPC año 2008, número especial de dedicado a “Abuso de la personalidad societaria”; Seoane Spiegelberg, José L., “El levantamiento del velo como mecanismo impeditivo de la elusión de la responsabilidad civil”, rev. de Responsabilidad Civil y Seguro, n° 42, año 2012, pág. 9; Girón Tena, José, “Derecho de Sociedades Anónimas”, ed. Civitas, pág. 80).

En México, en el año 2002, se proyectó una Ley de Desestimación de la Personalidad Jurídica Societaria que contiene treinta artículos. Lógicamente el proyecto despertó críticas de la Doctrina (por ejemplo: Acedo Quezada, Octavio R., “Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima (o acerca del levantamiento del velo corporativo)”, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 81).

Empero, analizando uno por uno a todos los supuestos que contempla esa propuesta normativa se concluye que pueden ser abordados como casos de fraude o de simulación.

⁵⁶ Para complacer a quienes creen que el art. 54 LSC también es soporte de acciones tendientes a desbaratar transferencias simuladas de bienes a nombre de una sociedad podríamos agregar: “Los bienes que sean transferidos a una sociedad mediante simulación o fraude, a instancias del perjudicado, por sentencia judicial serán transferidos a quien sea considerado su verdadero titular”.

⁵⁷ Caputo, Leandro J., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria”, ed. Astrea, pág. 119; Fargosi, Horacio P., “Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, L.L. 1988-E, pág. 808; Etcheverry, Raúl A., “Personalidad y desestimación. Visión crítica”, RDPC año 2008, número especial de dedicado a “Abuso de la personalidad societaria”; López Raffo, Francisco M., “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, rev. Jurídica de la Patagonia, IJ-LXXI-57; Máculus, Alex, “Desestimación activa inversa de la personalidad jurídica ¿Es realmente una posibilidad bajo el art. 54, último párrafo, de la Ley 19.550?”, rev. Argentina de Derecho Societario, IJ-LXVIII-310; Zajic, Luana, “Variantes para la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica”, rev. Argentina de Derecho Societario, IJ-LXIX-765.

La primera herramienta legal que suministra el art. 54 LSC (ubicada en sus dos primeros párrafos) es una acción de responsabilidad por los daños ocasionados a la sociedad por sus socios y/o controlantes⁵⁸. Sobre esto no hay conflicto doctrinario.

Dicho dispositivo legal, desde que se sancionó la ley 19550, se encuentra en la Sección VI titulada “**De los Socios en sus Relaciones con la Sociedad**” y, por lo tanto, sus normas están (debieran estar) exclusivamente referidas al ámbito intrasocietario⁵⁹.

En todo caso, tal acción puede ser encarada por los demás socios o por los terceros, por subrogación⁶⁰, en tanto el perjuicio a la sociedad hubiera importado un detrimento patrimonial para ellos (por ejemplo, por pérdida o disminución del valor de sus participaciones sociales⁶¹ o de sus posibilidades de cobrar algún crédito contra la sociedad)⁶².

La responsabilidad del socio o del controlante, en esa hipótesis, es claramente subjetiva⁶³, tanto por lo que dice el título de la norma (“Dolo o culpa del socio o del controlante”), como por lo que expresa la parte sustancial.

En el primer párrafo se establece la responsabilidad solidaria de los “autores” del hecho perjudicial para la sociedad.

La disposición se complementa con dos reglas de un loable sentido moralizador: a) el socio o controlante que tuvo alguna intervención en el hecho que provocó el daño ilegal a la sociedad no puede compensar la obligación de indemnizar con el lucro que su actuación haya generado en otros negocios; y b) si empleó los fondos o efectos de la sociedad en su beneficio o en beneficio de un tercero (lo que en el Derecho francés se conoce como “abuso de los bienes sociales”⁶⁴) está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”.

Claramente, en esta materia, la desestimación de la personalidad societaria no tiene nada que hacer.

9.- Otra acción de responsabilidad por daños contra los socios o controlantes, pero a favor de terceros.

El tercer párrafo del art. 54 LSC no contiene más que otra acción de indemnización de daños. Todo lo que dice esa norma es que los perjuicios causados a través de la sociedad a los terceros extraños a ella⁶⁵, cuando se den ciertas condiciones que la norma prevé, se impu-

⁵⁸ Caputo, Leandro J., “Releyendo el art. 54 párr. 1º Ley de Sociedades Comerciales”, J.A. 2003-I-984; García, Oscar A., “Control y responsabilidad por daños la responsabilidad del controlante en el artículo 54, primer párrafo L.S.”, ponencia presentada ante el VIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995.

⁵⁹ Otaegui, Julio C., “La responsabilidad del controlante”, E.D. 144-944.

⁶⁰ Ahora regulado a partir del art. 739 CCyC.

⁶¹ CNCom, Sala “F”, 21/12/2010, “Maisti S.L. c. Herruz Gómez, Melchor y otros”, <http://ar.vlex.com/tags/responsabilidad-extracontractual-de-las-personas-juridicas-2480700>.

⁶² Una acción similar fue prevista por art. 75 del decr. 677/01 (Balbín, Sebastián, “Sobre un nuevo tipo de acción societaria de responsabilidad”, RDCO año 2003, nº 204, pág. 877).

⁶³ Como vengo sosteniendo desde algún tiempo: Rubín, Miguel E., “La infracapitalización “argentini-zada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición”, rev. de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año II, nº 3, junio 2011, pág. 129.

⁶⁴ “Abus de biens sociaux”. Sobre el particular: Boursier, Marie-Emma, “Le fait justificatif de groupe dans l’abus de biens sociaux entre efficacité et clandestinité”, rev. des Sociétés, *Journal des Sociétés*, nº 2, año 2005, pág. 273.

⁶⁵ Como vimos, la acción de la primera parte del art. 54 LSC tiene en miras primordialmente el interés de la propia sociedad. De manera que tanto por lo que dice este tercer párrafo, como por infe-

tarán a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente⁶⁶.

Si bien a Enrique M. Butty sólo le cupo la función de “miembro coordinador” de la Comisión Redactora del mencionado Proyecto de Reformas de 1983, es sabido que tuvo influencia en algunos temas, como en el agregado al art. 54 LSC.

Y he aquí que tres años después de sancionada la ley 22903 tuvo lugar en Mendoza el IV^o Congreso de Derecho Societario donde el recordado Butty presentó una interesante ponencia⁶⁷.

La presencia de Butty generó gran interés en el auditorio pues, en cierto modo, se esperaba que ayude a poner luz sobre el verdadero alcance del intrincado agregado al art. 54 LSC.

Empero la concurrencia (que tuve la suerte de integrar) se llevó más de lo que vino a buscar, pues, cuando se trató la ponencia de Butty, se generó un encendido y sustancioso debate entre el autor y, nada menos, que Antonio Tonón.

Tonón destacó entonces que lo de la “inoponibilidad” estaba sólo en el título de la norma y que la parte dispositiva (que es lo que importa) no consagraba más que una acción de responsabilidad que perfectamente podía sustentarse en el art. 1109 del Código Civil de Vélez sin necesidad de ninguna desestimación de la personalidad societaria⁶⁸.

En honor a la verdad, esa tesis, en cierto modo, había sido postulada anteriormente por Fargosi⁶⁹, quien, reitero, también formó parte de la Comisión redactora de la norma.

rencia, esta segunda acción de responsabilidad debe tener por legitimados activos a todos los demás.

En general la Doctrina y la Jurisprudencia entienden que esta segunda acción de responsabilidad está prevista únicamente a favor de los terceros (por ejemplo: Vítolo, Daniel R., “La personalidad jurídica en materia societaria”, L.L. 1990-D, pág. 830; CNCom, Sala “E”, 18/03/2008, “Govea, Eduardo c. Hardoy, Edmundo”, Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Nac. Comercial, ficha nº 000050413).

No obstante algunos autores suponen que hay otros que tienen legitimación activa (García, Oscar A., “Desestimación de la personalidad societaria a requerimiento del socio”, <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20100922030710149.html?k=desestimaci%C3%B3n>; Romano, Alberto A., “Sociedad formal (ficción) versus sociedad sustancial (realidad)” (sobre la inoponibilidad frente a los “fines extrasocietarios”), Erreius *on line*).

Otros, siguiendo a Otaegui (Otaegui, Julio C., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en “Anomalías Societarias”, en homenaje a Héctor Cámara, ed. Advocatus, pág. 118), estiman que esta acción la podrían encarar los acreedores de la sociedad, en contra de ésta y de determinados socios o controlantes no socios (llámase a ello “desestimación activa”) o por los acreedores de los socios o de los controlantes no socios (“Desestimación activa indirecta o lateral) o los socios o controlantes no socios, o en su caso la sociedad, en contra de terceros (“desestimación pasiva”) (López Raffo, Francisco M., “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, rev. Jurídica de la Patagonia, IJ-LXXI-57; Molina Sandoval, Carlos A., “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, ed. Abaco, pág. 74).

⁶⁶ Esta norma presenta varios conceptos que confunden. La palabra “directamente” es una de ellos.

Es notorio que quienes elaboraron este dispositivo legal la incluyeron para reforzar la idea de que la actuación ilegítima de la sociedad le será imputada -también- a los socios o controlantes-no socios que hicieron posible la actuación. Pero si elimináramos ese vocablo los socios o controlantes-no socios seguirían siendo igualmente responsables.

⁶⁷ Butty, Enrique M., “La capacidad de derecho de la sociedad no guarda relación con la medida del objeto social”, ponencia presentada ante el IV^o Congreso de Derecho Societario, Mendoza 20 al 23 de mayo de 1986.

⁶⁸ Lamentablemente, hasta donde pude averiguar, no hubo registros o memorias de ese debate. Sólo se encuentran referencias en algunos aportes doctrinarios, como el de Marisol Martínez, “Dialéctica falencial de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria”, ponencia presentada ante el XI^o Congreso Argentino de Derecho Societario y VII^o Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 2010.

⁶⁹ Dijo Fargosi: “La solución que al uso desviado o antifuncional, o antisocial, del recurso societario incorpora la última parte del art. 54 responde, en definitiva, a la misma tésis que informa el art. 1109 del Código Civil”. “Esto así, porque esta norma básica del Código de Vélez Sarsfield abarca, por la amplitud de sus términos, a todos los hechos que por culpa, tomada en su sentido lato,

Desde luego, comparto esa visión del instituto.

10.- Presupuestos legales de la segunda acción de responsabilidad.

Son recaudos de la acción del tercer párrafo del art. 54 LSC:

- Que haya una actuación de la sociedad⁷⁰.
- Que esa actuación encuadre en una de estas tres modalidades⁷¹:
 - a. Encubrir la consecución de fines extrasocietarios⁷², o
 - b. Constituir un mero recurso para violar la ley⁷³, el orden público⁷⁴ o la buena fe, o
 - c. Frustrar derechos de terceros⁷⁵.
- Que el socio o el controlante hubieran hecho posible cualquiera de las conductas descriptas precedentemente⁷⁶, lo que denota que la Ley ha optado por una responsabilidad subjetiva⁷⁷, afirmación que también encuentra sustento en el título genérico de la norma (“Dolo o culpa del socio o del controlante”)⁷⁸. Por lo tanto, si no existe dolo o culpa, de ninguna manera hay responsabilidad por decisiones empresariales erróneas⁷⁹.

ocasionen un daño a otro, cualquiera sea la especie dentro de la cual se los ubique, aun aquéllos no comprendidos por el derecho en la prohibición expresa de él”. (Fargosi, Horacio P., “Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, L.L. 1985-E, pág. 712).

⁷⁰ La expresión “actuación” que contiene la norma es más específica que su acepción gramatical. Como sostuvo Nissen, debe entenderse como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes (Nissen, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, ed. Ad-Hoc, pág. 129).

⁷¹ Tanto del texto de la norma como de la Exposición de Motivos de la ley 22903 resulta que son figuras alternativas.

⁷² La noción “fines extrasocietarios” fue empleada extensivamente, por ejemplo, para declarar la nulidad de ciertas decisiones asamblearias (CNCom, Sala “C”, 26/02/2013, “Mendonca, Stella M. y otros c. Óptica Alemana S.A.”, IJ-LXVIII-314).

⁷³ Adviértase que la norma no aclara si lo que constituye el recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe es la sociedad misma (como han entendido algunos autores, sobre todo en el Derecho Laboral), o, como en el supuesto anterior, su “actuación”, pero me inclino a pensar que se refiere a la actuación. El mero hecho de constituir una sociedad para cometer ilícitos (tal el caso de la sociedad “pantalla”), si tal ente no tiene funcionamiento, no puede generar perjuicios a los terceros y, por lo tanto, no tiene sentido hablar de responsabilidad.

⁷⁴ En un estudio reciente destacué que el nuevo Código tiene catorce referencias genéricas (hay otras) a la Moral y, bien que con distintos objetivos, diecinueve al Orden Público. Dispone que los particulares no pueden convenir algo que contravenga al orden público cuatro veces. Pero además, sin ningún fundamento explícito, en ocasiones habla de las “leyes de orden público”, en otras del “orden público” sin aditamentos, en otras la noción aparece acompañada de diversos conceptos como la “moral” o las “buenas costumbres” (v.gr. arts. 386 y 1014 CCyC) o la ley, la moral y las buenas costumbres (art. 958 CCyC), o la “dignidad de la persona humana”, o los “derechos ajenos” (art. 1004 CCyC) o “los derechos irrenunciables” (art. 1644 CCyC).

Todo ello no hace sino desconcertar (Rubín, Miguel E., “Las garantías crediticias en el nuevo Código Civil y Comercial y algunas referencias al Derecho Comparado para avizorar el porvenir”, E.D., ejemplares del 12 y 13 de marzo de 2015).

⁷⁵ Noción que ha sido asociada al fraude: Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, 2ª ed., ed. La Ley, año 2011, pág. 157.

⁷⁶ Blanco, Adriana B., “Extensión de condena a accionistas y administradores por aplicación del art. 54 tercer párrafo LSC”, ponencia presentada ante el 44º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2006.

⁷⁷ CCiv Com Lab y de Minería de Neuquén, Sala 1ª, 10/04/2014, “Troncoso, Delfina y otro c. Álvarez, Luis O. y otros”, IJ 11/12/2014.

⁷⁸ Romano, Alberto A., en Rouillón, Adolfo A. N. (director), Alonso, Daniel F. (coordinador), “Código de Comercio. Comentado y anotado”, ed. La Ley, tº III, pág. 114.

⁷⁹ CNCom, Sala “B”, 11/10/2012, “Tagliaferro, Jorge A. c. Piquillin S.R.L. y otro”, <http://www.societario.com>

- Que tal obrar culmine en daño a un tercero⁸⁰. No hay, automáticamente, responsabilidad por todo el pasivo de la sociedad⁸¹.

Todos estos requisitos, como lo ha destacado la Corte Suprema recientemente⁸², deben ser interpretados con criterio riguroso pues, como vimos, la responsabilidad extendida a los socios y controlantes es la excepción, no la regla⁸³.

A pesar de lo que dice la norma, hay autores que opinan algo distinto. En esa orientación González Castilla entiende que, para hacer efectiva la responsabilidad de los socios o controlantes “no es necesaria la actuación dolosa o culposa”, pues, “...aunque en la mayor parte de los asuntos resueltos en los tribunales subyace una conducta torticera, en otras ocasiones puede no existir un propósito de fraude perseguido directamente por los socios, sino que el abuso de la personalidad puede derivar de la dinámica de la realidad, de situaciones en que el fenómeno es un resultado, no un objetivo de la constitución del ente”⁸⁴.

Torres llega más lejos. Aprecia que, en esos supuestos, el socio ni siquiera podría probar su buena fe para eximirse, como ocurre en la situación del art. 19 LSC, es decir cuando medianidad de la sociedad⁸⁵.

Tales enfoques me parecen erróneos. Si bien hay circunstancias que, por sí solas, permiten presumir que allí hubo dolo⁸⁶ o culpa (por ejemplo, que una sociedad carezca por completo de patrimonio⁸⁷, tema al que volveré), ello lo único que hace es inclinar momentáneamente la balanza de la Justicia por la responsabilidad de los socios o controlantes. Pero, cuando a esos socios o controlantes les llegue el turno de defenderse, tendrán todo el derecho de demostrar su inocencia acreditando que no hicieron o dejaron de hacer nada que lleve a la sociedad a perjudicar a los terceros⁸⁸.

⁸⁰ Molina Sandoval, Carlos A., “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, ed. Ábaco, pág. 148.

⁸¹ Junyent Bas, Francisco, “En torno a las acciones sociales y concursales de responsabilidad y extensión de la quiebra”, rev. Estudios de Derecho Empresario, pág. 358, revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/download/4928/6021.

En contra, esto es, considerado que la responsabilidad del controlante ex art. 54 LSC abarca a todo el pasivo social y no solamente el perjuicio concretamente causado: Otaegui, Julio C., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en “Anomalías societarias en homenaje a Héctor Cámara”, ed. Advocatus, año 1996, pág. 109.

⁸² CSJN, 30/12/2014, “Asociación Superficialarios de la Patagonia c. YPF y otros s/Daño ambiental”, MJJ90745.

⁸³ No obstante, Otaegui entiende que la norma del art. 54 LSC puede aplicarse a supuestos que no estén estrictamente abarcados por esa norma como ocurriría con la extensión de la quiebra o subquiebra y en cuestiones tributarias por empleo del principio de realidad económica (ley 11.683 arts. 1 y 2) (Otaegui, Julio C., “Teoría de la desestimación de la personalidad social”, L.L. del 02/03/2009).

⁸⁴ González Castilla, Francisco, “Otra vuelta de tuerca al art. 54 LSC: la inoponibilidad de la persona jurídica como técnica de imputación”, ponencia presentada en el XIº Congreso Argentino de Derecho Societario y VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

⁸⁵ Torres, Miguel A., “La responsabilidad frente a terceros de los socios y de los administradores en las sociedades comerciales”, ponencia presentada ante el 44º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 2006.

⁸⁶ El célebre adagio de Ulpiano *Dolos non praesúmitir* (el dolo no se presume) en ocasiones conduce a un malentendido. El hecho de que no pueda partirse de la base de que alguien obró con dolo no significa que el dolo no pueda probarse por cualquier medio de prueba, inclusive mediante presunciones (Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado”. “Obligaciones”, ed. Hammurabi, tº 2, pág., pág. 607).

⁸⁷ CNCom, Sala “E”, 04/04/2011, “Aeroposta S.A. s/Quiebra c. General Electric Capital Corporation s/Acción de Responsabilidad”, elDial.com-AA6C5C.

⁸⁸ Gulminelli, Ricardo L., “Análisis de temas variados relativos a la inoponibilidad. Textos implicados en la problemática de la personalidad jurídica y en su inoponibilidad”,

Es justo señalar que se llega a la responsabilidad por culpa tanto por acción como por omisión. Lo mismo ocurre con el dolo⁸⁹ (ahora: art. 271 CCyC).

Ello es plenamente válido para la acción del art. 54 3^{er} párrafo LSC⁹⁰.

Vale decir que la Ley también reprime a quien, pudiendo hacer algo para impedir o evitar (total o parcialmente) que la sociedad le ocasione un daño ilegítimo al tercero, no lo haga⁹¹.

Pero el no-hacer, por sí solo, no alcanza. Como apunté anteriormente, además el socio o controlante debe tener los medios suficientes (tanto fácticos como jurídicos⁹²) que le permitan impedir o neutralizar el hecho dañoso⁹³.

11.- ¿Qué quiere decir “**encubrir la consecución de fines extrasocietarios**”?

Aunque hay quien piensa algo distinto⁹⁴, hasta desde el punto de vista etimológico, **encubrir** significa “ocultar”.

Palmero, en el ya mencionado Congreso de Huerta Grande, sostuvo que el empleo del vocablo **encubrir** tuvo por objeto describir la situación en la cual alguien “se esconde tras la forma societaria para violar la ley”⁹⁵.

Algo más intrincado es determinar qué significa **fines extrasocietarios**, concepto que parece haber sido tomado de Ferrara⁹⁶.

<http://sociedadesmdp.blogspot.com.ar/2008/04/analisis-de-temas-variados-relativos-la.html>, en respuesta a una ponencia presentada por Daniel M. Turrín en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa de Huerta Grande, tº II, pág. 637.

⁸⁹ Belluscio, Augusto C., Zannoni, Eduardo, “Código Civil, y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado”, ed. Astrea, tº IV, pág. 227.

⁹⁰ Miguens, Héctor J., “Responsabilidad del controlante en el derecho argentino”, J.A. 2005, pág. 1444.

⁹¹ Bassani, Carla, “El fenómeno de la concentración empresaria: Capítulo IV”, http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/fenomeno_cp4.htm

⁹² Por eso más arriba aclaré que el socio minoritario, en principio, no es responsable en estos casos.

⁹³ Guffanti, Daniel B., “La mora del empresario de una obra con plazo sin definir, la responsabilidad del controlante y la distinción entre *accipiens* y acreedor. Varios temas de la teoría de las obligaciones en un mismo fallo”, E.D. del 26/05/2011, nº 12.757.

⁹⁴ Para Miguens **ocultar** no significa **esconder** (daría lo mismo que la acción sea pública u oculta), sino que esté sancionada (Miguens, Héctor J., “Responsabilidad del controlante en el derecho argentino”, J.A. 2005-I-1444).

⁹⁵ Volvió sobre el particular en: Palmero, Juan C., “Fundamento científico de la teoría de la desestimación de la personalidad”, RDPC año 2008, número especial dedicado a “Abuso de la personalidad societaria”, pág. 69.

⁹⁶ Para Ferrara la sociedad es una organización dedicada a un fin. Por lo tanto, la noción de «fines extrasocietarios» la asociaba al “desvío del interés social” o, mejor dicho, del “interés de la sociedad” (Ferrara, Francesco, “Teoría de las personas jurídicas”, ed. Comares, pág. 329).

En nuestro medio esa visión ha sido compartida desde distintos abordajes. Por ejemplo: González Cocorda, Germán y Capdevila, Tomás, “El interés social y el interés contrario del accionista. Recepción del artículo 248 según la jurisprudencia”, ponencia presentada en el XIº Congreso Argentino de Derecho Societario y VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; Schneider, Lorena R., “El interés social: esencia básica del conflicto societario”, MJD6356.

Es indispensable aclarar que en el Derecho italiano hay dos categorías de sociedades: aquellas a las que se le confiere personalidad jurídica (sociedades de capitales y cooperativas) y las sociedades a las que no se le confiere dicho status (sociedades de personas) (Aguirre, Hugo A., “El debate sobre la personalidad jurídica de las sociedades de personas en Italia”, Università Degli Studi di Genova, Italia, 2003).

Por eso los problemas que nosotros tenemos respecto de todo tipo de sociedades comerciales (a todas le reconocemos personalidad jurídica: art. 2 LSC) para los italianos están referidos sólo a las que la ley les confiere esa personalidad. Ello explica el sentido del art. 2497 del Código Civil italiano que ha evolucionado hasta llegar al texto actual (según el Decreto legislativo del 17/01/2003):

“Responsabilità

Ni siquiera los autores del proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades de 1983 se han puesto de acuerdo sobre el particular. Según Palmero todo lo que se buscó con la introducción de ese concepto fue abarcar la mayor cantidad de supuestos posibles⁹⁷. En cambio Butty creía que tiene mucha mayor trascendencia⁹⁸.

En el ya mencionado evento académico de Huerta Grande, al tratarse una ponencia que presentó⁹⁹, Butty aclaró que “.. la frase principal, que enuncia una suerte de concepto madre, alude al encubrimiento de la prosecución de una finalidad extrasocietaria”¹⁰⁰. “Es decir, bastaría una finalidad extrasocietaria, aunque no fuera fraudulenta o ilícita, para producir la operancia de la inoponibilidad”¹⁰¹.

El enfoque es harto discutible: si la finalidad perseguida por el encubrimiento fuera lícita¹⁰² ¿cuál sería la justificación de la responsabilidad del socio o controlante por lo hecho por la sociedad?

La finalidad extrasocietaria es fácilmente detectable en el caso específico; pero se vuelve inmanejable cuando se busca elaborar una fórmula genérica¹⁰³.

- [1] *Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

- [2] *Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.*

- [3] *Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.*

- [4] *Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.*

Sobre el particular: Cendon, Paolo, "Commentario al codice civile. Artt. 2484-2510: Scioglimento e liquidazione", Giuffrè Editore, pág. 217; Di Sante, Nicola y Sebastianelli, Mauro, "Direzione e coordinamento di società pubbliche nel «decreto anti-crisi»", rev. AziendaItalia, 12/2009, pág. 818.

⁹⁷ Palmero Juan C., "La superación de la personalidad en el derecho argentino", Congreso Internacional de Derecho Mercantil, La Empresa en el Siglo XXI, 28 y 29 de setiembre de 2004, Bogotá.

⁹⁸ Es humano y, por lo tanto, comprensible, que quien forma parte de una comisión legislativa intente hacer valer sus propias ideas plasmándolas en el texto legislativo. Sin embargo, ello no siempre es factible. Como en toda labor colectiva, muchas veces hay que encontrar fórmulas de consenso.

Es así como, en ocasiones, en lugar de optar por una variante, se incluyen dos o más.

Empero, en Derecho, agregar conceptos no siempre se traduce en una norma mejor redactada. La norma en estudio es un buen ejemplo.

⁹⁹ Butty, Enrique M., "Inoponibilidad", ponencia presentada ante el Vº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, 12 al 16 de octubre de 1992, libro de ponencias, ed. Advocatus, tº II, pág. 643.

¹⁰⁰ Agudamente San Millán subrayó que la norma se refiere a una responsabilidad que emana de la actuación de la sociedad pero que, en realidad, se trata de un obrar de los socios quienes usan la figura societaria (San Millán, Carlos, "Responsabilidad personal de los socios por deudas laborales", E.D. 187-1431).

¹⁰¹ Posteriormente otros autores, en cierto modo, han abrazado la misma visión del instituto: Ferrer, Germán L., "Responsabilidad de los administradores societarios", ed. La Ley, pág. 35; Conterno, Hugo F. y Macagno, Ariel A., "Inoponibilidad de la persona jurídica societaria (a propósito de una corriente jurisprudencial que lleva a reflexionar)", rev. Compendio Jurídico, tº XV, pág. 1013; Macagno, Ariel A. G., "Inoponibilidad de la persona jurídica como presupuesto para la imputación directa a socios o controlantes (con especial referencia a la delimitación de su campo de acción)", DSC nº 2, año 2005, pág. 65.

¹⁰² Es lo que ocurre en la simulación lícita (art. 334 CCyC).

¹⁰³ Así ocurrió cuando se adquirió un inmueble a nombre de la sociedad pero el bien no integró su giro empresarial, sino que, desde su adquisición, fue utilizado como residencia del socio y su familia

Por eso, cuando la Jurisprudencia intenta acometer ese segundo objetivo, usualmente repite una prédica plagada de imprecisiones¹⁰⁴.

Ante todo: ¿cómo saber cuáles son los **finés extrasocietarios** si la ley no aclara cuáles son los “finés societarios”¹⁰⁵?

Algunos autores encuentran que la finalidad típicamente societaria está definida en el art. 1º LSC¹⁰⁶ (tesis que encuentra cierto respaldo en el mensaje de elevación de la ley 22903). Otros lo relacionan con el objeto social¹⁰⁷, otro con el “desvío del interés de la sociedad”¹⁰⁸; otro lo ve como una modalidad de simulación¹⁰⁹, y otros lo explican como una combinación de factores¹¹⁰.

No falta quien emparenta la doctrina de la “desestimación” con lo que dispone el art. 2 LSC¹¹¹. Mas esa norma no hace sino expresar una obviedad, pues a nadie se le puede ocurrir que la sociedad podría ser un sujeto de derecho con un alcance superior al que establece el ordenamiento o contrario a este¹¹².

Si se parte del art. 1º LSC podría estimarse que el fin societario es el lucro, propio de la actividad empresarial allí descripta¹¹³.

Pero ya Fontanarrosa excluía a la noción de lucro del concepto de sociedad del art. 1 LSC¹¹⁴. Es que, como bien se ha hecho notar, el art. 3 LSC admite que las asociaciones civiles, **cualquiera fuera su objeto**, adopten la forma de sociedad¹¹⁵.

(CNCom, Sala “C”, 23/08/2006, “Laffont, Jorge R. y otro c. Yosemite S.A. y otro”, L.L. 2007-B, pág. 804).

¹⁰⁴ Un ejemplo: CNCom, Sala “C”, 30/10/2014, “Migal Publicidad S.A. c. Ti Intertele SRL”, el-Dial.com - AA8B99.

¹⁰⁵ Junyent Bas, Francisco, “Otra vez sobre la responsabilidad del administrador por fraude laboral”, su contribución al XIIº Congreso Argentino de Derecho Societario y VIIIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 2013.

¹⁰⁶ Junyent Bas, Francisco, op. cit. nota al pie anterior; Juárez, M. Laura, “Inoponibilidad y seguridad jurídica”, ponencia presentada ante el VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IVº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001.

¹⁰⁷ Urrets Zavalía, Pedro, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica por actos extraños al objeto social”, ponencia presentada ante el VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IVº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2001, vol. 1, pág. 607; Vázquez Vialard, Antonio, “Visión desde el Derecho del Trabajo de la teoría de la desestimación de la persona jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social”, rev. de Derecho Laboral, 2001-1, pág. 238.

Cabe apuntar que la tendencia a considerar que las personas jurídicas tienen capacidad “para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación” ha sido combatida por disvaliosa y asistemática. Así se concluyó en el XVIIº Congreso Nacional de Derecho Registral: “Disvaliosa por cuanto la dubitable contundencia de su texto puede brindar argumentos a la perimida tesis según la cual “el objeto es la medida de la capacidad y asistemática por cuanto deja subsistentes diversos artículos del decreto-ley 19.550/1972 (“ley general de sociedades” según el Proyecto), que contrastan con la directiva aparentemente brindada por el citado artículo 141 CCyC” (<http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-2013/xvii-congreso-nacional-de-derecho-registral/>).

¹⁰⁸ Manóvil, Rafael M., “Grupo de sociedades”, ed. Abeledo-Perrot, pág. 1024.

¹⁰⁹ Otaegui, Julio C., “Concentración societaria”, ed. Ábaco, pág. 479. También en: “Inoponibilidad de la persona jurídica”, en “Anomalías societarias”, ed. Advocatus, pág. 107.

¹¹⁰ Romano, Alberto A., “Uso de sociedades con particular referencia a los fines “extrasocietarios”, L.L. 2001-B, pág. 1014.

¹¹¹ “La sociedad es un sujeto de derecho **con el alcance fijado en esta Ley**”.

¹¹² Cabanellas de las Cuevas aprecia que “decir que la desestimación de la personalidad societaria tiene lugar cuando tal personalidad es empleada con fines ilícitos, tiene un valor meramente descriptivo e introductorio de la temática aquí analizada.” (Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Derecho Societario” “Parte General”, ed. Heliasta, tº 3, pág. 71).

¹¹³ Roitman Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, ed. La Ley, tº I pág. 549.

¹¹⁴ Fontanarrosa, Rodolfo O., “Derecho Comercial Argentino”. ed. Zavalía, pág. 156.

¹¹⁵ Ha dicho Gulminelli: “Cuando los fundadores no tuvieran ánimo de lucro, aunque persiguieran una mera economía de los socios, que éstos disfruten de algún bien determinado cualquier otro uso

Por lo tanto, que una sociedad no persiga ganar dinero ejerciendo una actividad productiva no siempre implica una ilegalidad¹¹⁶.

Del único modo que se llega a poner a cargo de los socios o controlantes los daños ocasionados por la sociedad a un tercero es reuniendo los requisitos genéricos de la responsabilidad civil.

Especular que lo extrasocietario tiene que ver con el **objeto social** no es menos desacertado¹¹⁷.

Contemporáneamente es considerado una limitación establecida en exclusivo interés de los propios socios¹¹⁸, lo que explica la doctrina del *ultra vires* que fluye del art. 58 LSC¹¹⁹.

Desde otro ángulo, que una sociedad lleve a cabo un o más actos extraños al objeto social no es en sí mismo reprochable, ni tiene porque ser perjudicial¹²⁰. Es más, puede ocurrir que por seguir el rubro previsto en el objeto social la sociedad entre en problemas financieros, y que explorar otra actividad “extraña” termine siendo beneficioso, tanto para la propia sociedad como para sus acreedores. Así se concluyó en un reciente fallo en materia laboral¹²¹.

El **interés social** tampoco es válido como pauta definitiva en esta cuestión. Se trata de un concepto que no está definido en nuestra legislación, que no se sabe si coincide con el interés de la mayoría de los socios, o si se puede hablar de él en abstracto, o sólo en el caso concreto¹²².

Razonemos: ¿qué otra obligación, distinta de la aportar, pesa sobre un socio de una sociedad cuyo tipo social permite la limitación de la responsabilidad¹²³?

desinteresado, manifestarlo en el contrato y disponer no, según lo desearan, por ejemplo, que las partes sociales el remanente liquidatorio, fuera destinado a un fin altruista. Lo que cabe privilegiar es que se utilice el medio técnico societario de manera lícita y la normativa del artículo tercero de la ley de sociedades implica una apertura indiscriminada para permitir tal conducta” (Gulminelli, Ricardo L., ponencia presentada ante el VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IVº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, libro de ponencias, pág. 257).

En similar orientación: Blanco, Adriana B., “La sociedad “sin empresa””, ponencia presentada ante las XXXVII^{as} Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, http://www.abocomba.com/interes_social_7.html.

¹¹⁶ Blanco, Adriana B., op. cit. nota al pie anterior.

¹¹⁷ “Limitar la capacidad de la sociedad comercial a lo prescripto por su objeto social no solo genera confusión en el tráfico jurídico, sino que además vulnera el artículo 14 de la Constitución Nacional” (Ruiz Schulze (h), Alejandro M., “Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: personalidad jurídica y capacidad de las sociedades”, ponencia presentada ante las 38ª Jornada Notarial Bonaerense, Bahía Blanca, noviembre de 2013, <http://www.jnb.org.ar/trabajos/38JNB-tema4-Ruiz-Schulze.pdf>).

¹¹⁸ Manóvil, Rafael M., “Diez ejemplos de desaciertos e ilegalidades en la resolución (IGJ) 7/2005”, rev. del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, diciembre 2014, tº 74, nº 2, pág. 101.

¹¹⁹ Seratti, Agustín, “Actos realizados fuera del objeto social”, DJ2005-3, pág. 163.

¹²⁰ Seratti, Agustín, op. cit.

¹²¹ “Corresponde dejar sin efecto la condena interpuesta a los socios por el despido del actor, en tanto en el mundo de los negocios modernos las pautas de actuación empresarial no pueden tomarse con excesiva rigidez, máxime si se piensa que a veces el encubrir la consecución de fines extra societarios puede obedecer a conveniencias societarias, salvaguardadoras del objeto social, en cuyo caso nada se viola y a nadie se perjudica” (CNTrab, Sala VIIIª, 15/12/2014, “González, Germán G. c. Don Battaglia SRL y otros s/Despido”, rev. Derecho del Trabajo, 17/03/2015).

¹²² Nazar, Nadina, “La Ley de Sociedades Comerciales y el interés social”, rev. Argentina de Derecho Societario, 20/09/2012, IJ-LXVI-95.

¹²³ Paradigma de este principio es el art. 153 del Código de Comercio de Cuba (norma que forma parte del régimen de Sociedades Anónimas): “La responsabilidad de los socios en la compañía por las obligaciones y pérdidas de la misma quedará limitada a los fondos que pusieron o se comprometieron a poner en masa común” (Fraga Martínez, Raiza, “Los sujetos de derecho mercantil en la Legislación Cubana (II)”, <http://www.derecho.com/articulos/2006/10/18/los-sujetos-de-derecho-mercantil-en-la-legislacion-cubana-ii/>).

Algunos entienden que el socio debe actuar en interés de la sociedad, incluso, posponiendo su propio interés¹²⁴. Sin embargo, tal obligación no resulta de ninguna norma del ordenamiento societario.

Por otra parte, es lícito que un socio haga prevalecer su propio interés, por ejemplo, cuando vota en la asamblea societaria para ser elegido él mismo como administrador, o para que se distribuyan utilidades en lugar de capitalizarlas. Es igualmente legítimo que forme parte de un sindicato de accionistas¹²⁵.

En definitiva, en lo único que seguramente estaremos todos de acuerdo es que el socio tiene la obligación de obrar lealmente, es decir, de buena fe¹²⁶. Esa obligación, aunque no se encuentra regulada en las Secciones VI y VII de la Ley de Sociedades (respectivamente: “De los Socios en sus Relaciones con la Sociedad” y De los socios y los terceros) como ocurre con los administradores (art. 59 LSC), encuentra su fundamento en el principio *alterum non laedere*, que la Corte Suprema de Justicia considera de raigambre constitucional (art. 19 CN)¹²⁷.

En este punto aparece una especie de oximoron, porque si el solo hecho de buscar (aunque no se alcance) un **fin extrasocietario** alcanzara para justificar la sanción legal ello, de algún modo, como vimos al analizar la tesis de Palmero, importaría una violación de la Ley, pues únicamente puede motivar el castigo legal un comportamiento prohibido. En consecuencia no se entiende porque lo del **fin extrasocietario** es visto como otra cosa distinta que la **violación de la ley**.

A mi juicio la actuación social que encubre fines extrasocietarios, por sí sola, no trae aparejada ninguna sanción jurídica. Recién pasa a tener trascendencia cuando ese obrar es directa

¹²⁴ Corral, Gustavo V., “El conflicto de intereses en la sociedad”, L.L. 1997-B, pág. 370; Drucaroff Aguiar, Alejandro, “El obrar antijurídico y la responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales”, rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, n° 12, pág. 3.

¹²⁵ Colombo, Giovanni, “Los sindicatos accionarios y la tutela de las minorías”, L.L. 146-83.

¹²⁶ Alfaro Borges, Jenifer y Poziomek, Rosa, “Luces y sombras en la resolución del conflicto de intereses entre el socio y la sociedad”, ponencia presentada en el XIº Congreso Argentino de Derecho Societario y VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; Nazar, Nadina, “Conflicto de intereses en la asamblea de accionistas. El supuesto del art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales”, rev. Argentina de Derecho Empresario, 01/12/2013, IJ-LXXI-240; Giggiberger, Juan, “Breves apuntes sobre la evolución de la sociedad comercial. El fenómeno de la separación de la propiedad y la gestión social y el fundamento de la limitación de la responsabilidad desde un enfoque histórico”, rev. Jurídica UCES, pág. 43, <http://dspace.uces.edu.ar:8180>.

¹²⁷ CSJN, 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis I. y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, J.A. 1986-IV-624; ídem, 05/08/1986, “Gunther, Fernando R. c. Nación Argentina”, E.D. 120-522.

o indirectamente perjudicial¹²⁸ para los terceros¹²⁹. Ello tiene relación con el concepto de interés legítimo que debe presidir cualquier acción judicial¹³⁰.

Pero, claro, en ese caso deben reunirse los requisitos genéricos de la responsabilidad por daños, donde, se me disculpará la insistencia, la desestimación de la personalidad societaria no cumple ninguna finalidad práctica.

12.- Los otros conceptos.

El concepto de **violación de la ley** también es equívoco.

Coincido con Junyent Bas en que esta noción tiene en mira a la violación de una norma imperativa¹³¹.

Empero, no toda violación a una norma imperativa conlleva a la responsabilidad solidaria e ilimitada del trasgresor¹³². Las hay que tienen otras consecuencias negativas.

En definitiva hay que admitir que esta causal de atribución de la responsabilidad es superflua porque remite a conceptos genéricos¹³³.

Lo de la **frustración del derecho de tercero**¹³⁴ (aunque pudiéramos ponernos de acuerdo en lo que es) es igualmente inasible cuando tratamos de encontrar diferencias entre esta figura y las demás incluidas en la norma. ¿Acaso podrían frustrarse derechos de terceros sin violar la Ley?

Palmero, al exponer en el Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario de Huerta Grande¹³⁵, explicó cómo se llegó a redactar el agregado al art. 54 LSC. Dejó entre-

¹²⁸ La noción de **perjuicio** sólo está referida al **perjuicio ilegítimo**. Ocurre que los terceros que se vinculan a la sociedad pueden recibir un menoscabo en su patrimonio que no justifique la reprensión de la ley, por ejemplo, cuando hacen un mal negocio.

La responsabilidad por pérdidas económicas derivadas de tales situaciones ha generado una interesante controversia autoral (por ejemplo: van Dunné, Jan, "*Liability for pure economic loss: rule or exception? A comparatist's view of the Civil Law-Common Law split on compensation of non-physical damage in tort law*", *European Review of Private Law*, año 1999, n° 4; Del Olmo, Pedro, "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", 54 *Anuario de Derecho civil*, año 2001; Deutsch, Erwin, "*Compensation for pure economic loss in Germany*", en Efstathios Banakas (ed.), "*Civil Liability for Pure Economic Loss*", *Kluwer Law International*, año 1996).

¹²⁹ Comunale Quiroga, Javier A., "Grupo empresario. Su licitud. Interés grupal o juego de responsabilidades", ponencia presentada ante el III° Congreso Argentino de Derecho Concursal y I° Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Mar del Plata, noviembre de 1997, publicada en "*Derecho Concursal argentino e iberoamericano*", t° III, pág. 251.

¹³⁰ Me ocupé del tema en: Rubín, Miguel E., "Legitimación de los acreedores para autorizar al síndico a promover demandas de ineficacia o de responsabilidad", L.L. 1997-F, pág. 1004; y en "Cavilaciones sobre viejas y nuevas cuestiones en materia de revocatoria concursal (y sobre los tiempos en los cuales Bertold Brecht y los hermanos Marx hablaron de lo mismo)", RDPC 2013-2).

¹³¹ Junyent Bas, Francisco, "En torno a las acciones sociales y concursales de responsabilidad y extensión de la quiebra", *rev. Estudios de Derecho Empresario*, pág. 358, aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/mod/resource/view.php?id=17924.

¹³² Afirmación que es válida, incluso, cuando nos referimos únicamente a las normas imperativas o de orden público del ordenamiento societario.

¹³³ Ramos, Santiago J., "Teoría de la desestimación de la persona jurídica. Artículos 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades. Aplicación a casos laborales", www.saij.jus.gov.ar, Id Infojus: DACF070024.

¹³⁴ Con razón se ha apuntado: "este enunciado tiene una amplitud que debe ser acotado, pues su aplicación literal colocaría a los entes societarios en un permanente riesgo de ver desestimada su personalidad, ya que, siempre la frustración de los derechos de los terceros debe implicar un uso desviado de la personalidad para que se justifique su desestimación" (Junyent Bas, Francisco, "Otra vez sobre la responsabilidad del administrador por fraude laboral", ponencia presentada ante el XII° Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII° Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 2013).

¹³⁵ Que no he de transcribir aquí para no extender (aún más) este estudio, pero que recomiendo su lectura.

ver que, como es humano, cada integrante de la Comisión reformadora trató de hacer prevalecer su punto de vista, y que la solución consistió en contentar más o menos a todos.

Así, por ejemplo, la referencia a la **frustración del derecho de terceros** –dijo Palmero– tuvo por objeto evocar a Serick, se entiende, que alguno de los integrantes de la Comisión pretendió vindicar.

Empero, como vimos, sumar conceptos no siempre hace que la norma jurídica mejore sus cualidades técnicas¹³⁶. Muchas veces esa acumulación enmaraña la interpretación de la figura regulada que, en este caso particular, es de por sí es compleja.

Hay **frustración de derechos de terceros** en el abuso del derecho, en el fraude¹³⁷ y en la simulación ilícita¹³⁸.

13.- ¿Cuál es el vehículo jurídico que lleva a la responsabilidad solidaria del socio o controlante?

Hay cierto consenso en que la norma del art. 54 LSC no prevé un supuesto de nulidad ni de disolución de la sociedad (arts. 19 y 94 LSC)¹³⁹.

Es que, como agudamente se apuntó, cuando entra en juego esa acción, “no se desconoce ... la personalidad jurídica de la sociedad, distinta e independiente de sus socios, ni se declara su nulidad, ya que aquélla continúa subsistiendo como tal...”¹⁴⁰.

A igual conclusión se ha llegado en el Derecho colombiano¹⁴¹.

¹³⁶ “la norma debe decir lo estrictamente necesario, la redundancia o las referencias innecesarias son males comunes y dañosos a la formación de la Ley, no por ser más extenso el texto de la Ley esta es de mejor sustento o mejor criterio normacional” (Campero Méndez, Israel R., “Manual de Técnica Legislativa”, ed. Rotembol Impresiones Gráficas, pág. 23).

¹³⁷ De hecho Zannoni destacó que la doctrina del *disregard* busca neutralizar la constitución fraudulenta de la sociedad o de los actos fraudulentos operados dentro de la genérica licitud del objeto societario (Zannoni, Eduardo A., “La normativa societaria ante los actos fraudulentos de la sociedad. Replanteo de la teoría del *“disregard”*”, L.L. 1980-A, pág. 1150).

En similar orientación: Roitman, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, 2ª ed., ed. La Ley, pág. 157; Amarilla Ghezzi, Juliano, “La inoponibilidad de la personalidad jurídica y el fraude laboral”, IJ 14/04/2015.

¹³⁸ Ramos, Santiago J., “Teoría de la desestimación de la persona jurídica. Artículos 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades. Aplicación a casos laborales”, www.saij.jus.gov.ar, Id Infojus: DACF070024.

En el Derecho chileno no hay una norma como la de nuestro art. 54 LSC. No obstante la Doctrina entiende que es posible obtener una sanción similar acudiendo a las reglas del derecho común, como las que castigan el fraude a la ley, el fraude a los derechos de terceros, el abuso del derecho, la conducta contraria a los actos propios, la simulación ilícita, la causa ilícita y los actos de mala fe, entre otras (Ugarte Vial, Jorge, “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”, rev. Chilena de Derecho, vol. 39, n° 3, diciembre de 2012, pág. 699, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300005>; Aguad Deik, Alejandra, “Los límites de la personalidad jurídica. La doctrina del levantamiento del velo”, en “Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio”. “Segunda Parte”, ed. Jurídica de Chile; López Díaz, Patricia, “La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica”, ed. Lexis-Nexis, pág. 27; Urbina Molfino, Ignacio, “Levantamiento del velo corporativo. Sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 2009”, rev. Chilena de Derecho, vol. 38 n° 1).

Algo similar se da en el derecho peruano (Quiroga Periche, Carlos E., “Teoría del levantamiento del velo societario: ¿es aplicable en el derecho peruano?”, http://www.teleley.com/articulos/art_leva_velo_soc.pdf; también en “El Uso abusivo de la responsabilidad limitada. Protección de los acreedores de una sociedad anónima frente al uso abusivo de la responsabilidad limitada de los socios, sin afectar la subjetividad jurídica de la sociedad”, Universidad Nacional de Trujillo, Facultad de Derecho, 2004).

¹³⁹ En contra, es decir considerando que la norma del último párrafo del art. 54 LSC entraña la nulidad de la sociedad: López Raffo, Francisco M., “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, rev. Jurídica de la Patagonia, IJ-LXXI-57.

¹⁴⁰ González Castilla, Francisco, “Otra vuelta de tuerca al art. 54 LSC: la inoponibilidad de la persona jurídica como técnica de imputación”, ponencia presentada en el XIº Congreso Argentino de Derecho Societario y VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

Empero, si bien hay un mínimo de coincidencia acerca de lo que no es la desestimación de la personalidad societaria, existe bastante discrepancia sobre lo que realmente entronizó la ley de reformas de 1983¹⁴².

Butty, en algún momento, sostuvo que “La inoponibilidad de la persona jurídica no implica recepción legislativa de la jurisprudencia tanto anglonorteamericana como continental que se clasificó bajo las denominaciones de «*disregard*», «desestimación de la forma» o de «desestimación de la personalidad»¹⁴³, criterio que compartieron otros integrantes de ese cuerpo¹⁴⁴, y parte de la Doctrina ulterior¹⁴⁵.

Tiempo después Butty modificó su punto de vista¹⁴⁶.

Él mismo debió reconocer que lo de la inoponibilidad no importa la caída del sujeto de derecho ni impide su funcionamiento ulterior sino que importa, simplemente, un mecanismo de imputación del obrar perjudicial de determinados socios o controlantes¹⁴⁷.

Hubo quien creyó que la acción del art. 54 LSC conlleva una modalidad de simulación ilícita¹⁴⁸; otros pensaron que podría tratarse de una simulación aunque no necesariamente ilícita

¹⁴¹ “La desestimación de la personalidad jurídica no resuelve el problema de la responsabilidad de los accionistas, la responsabilidad depende del tipo de sociedad, y la solución frente al abuso que se haga de la personalidad jurídica -o mejor de la limitación de la responsabilidad- se encuentra en la extensión de la responsabilidad a los socios en los eventos que el legislador disponga por vía de excepción mediante normas imperativas” (Polanco López, Hugo A., “¿La desestimación de la personalidad jurídica, resuelve el problema de la responsabilidad de los accionistas?”, <https://derechocomercialuc.files.wordpress.com/.../la-desestimacion3b3n-d...>).

Vale destacar que en el Derecho colombiano, si bien hay normas que expresamente se refieren al abuso de la personalidad jurídica (art. 37 de la Ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios, el art. 44 de la ley 190 de 1995 que contiene normas laborales, administrativas, penales y financieras para erradicar la corrupción administrativa, y la ley 222 de 1995 de reforma al Código de Comercio como la ley en particular respecto de las empresas unipersonales), hay bastante resistencia de la Doctrina y la Jurisprudencia a considerar a esta teoría aplicable a cualquier tipo de sociedades (Jaramillo Herrera, Andrea, “Desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho Societario colombiano”, rev. CES Derecho, vol. 2, nº 2, Julio-Diciembre 2011).

En cierto modo ese rechazo encontró sustento en la opinión de la influyente Superintendencia de Sociedades de Colombia, cuando a la pregunta de ¿cuál sería la forma en que se podría instrumentar el levantamiento del velo corporativo en la lucha contra el lavado de activos?, respondió: La acción de simulación y la nulidad absoluta de la sociedad (objeto o causa ilícitos).

El abuso del derecho está previsto en el art. 830 del Código de Comercio, que integra la parte general de los contratos y las obligaciones mercantiles, en estos términos: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause” (sobre el particular: Amarilla Ghezzi, Juliano, “La inoponibilidad de la personalidad jurídica y el fraude laboral”, rev. Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, 13/04/2015, IJ-LXXVII-726).

¹⁴² Peláez, Enrique, “Responsabilidad del accionista y el artículo 54 último párrafo de la LSC”, ponencia presentada en el VIIIº Congreso de Derecho Societario y IVº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa, tº III, pág. 503; Kleidermacher, Arnoldo, “La desnaturalización del art. 54 de la Ley de Sociedades”, publicado en “La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”, VIII^{as} Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, ed. Ad-Hoc, junio de 2000, pág. 39.

¹⁴³ Su intervención en el Vº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, 12 al 16 de octubre de 1992 (Butty, Enrique M., “Inoponibilidad”, libro de ponencias, ed. Advocatus, tº II, pág. 643).

¹⁴⁴ Etcheverry, Raúl A., “La personalidad societaria y el conflicto de intereses” en “Anomalías Societarias”, ed. Advocatus, pág. 30.

También la Jurisprudencia se inclinó por esta postura: CNCom, Sala “A”, 09/10/2008, “Trialmet S.A. c. Destéfano y Feuer Constructora S.R.L.”, www.societario.com, ref. nº 13668.

¹⁴⁵ Por ejemplo: Marsili, María C., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Estado de la cuestión y prospectiva en la Argentina”, RDCO 2002, pág. 60.

¹⁴⁶ Al actualizar la obra de Halperín señaló que, cuando el art. 2 LSC establece que “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta Ley”, en realidad estableció un límite en el que encontraría sus contornos el “*disregard of legal entity*” (Halperín, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, actualización por Enrique M. Butty, ed. Depalma, pág. 338).

¹⁴⁷ Butty, Enrique M., “La inoponibilidad de la persona jurídica por violación de la legítima”, en “Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria”, ed. Ad-Hoc, pág. 49.

ta¹⁴⁹; otros consideraron que se trataba de un caso de abuso del derecho¹⁵⁰; otros sugirieron que estábamos ante una figura de fraude¹⁵¹; hubo quienes vieron en este instituto una combinación de figuras¹⁵², y otros lo veían como un régimen autónomo¹⁵³.

Como señalé anteriormente, cada autor, al tratar de encontrar un común denominador, ha pensado en algún supuesto singular. Por eso, según los casos, realmente se está ante una acción de simulación¹⁵⁴, o de fraude o de abuso del derecho, realidad que también tuvo que admitir la Jurisprudencia¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Otaegui, Julio C., "Inoponibilidad de la personalidad jurídica", en "Anomalías societarias en homenaje a Héctor Cámara", ed. Advocatus, año 1996, pág. 104; Gagliardo, Mariano, "Sociedades anónimas", ed. Abeledo Perrot, pág. 339.

¹⁴⁹ Manóvil, Rafael M., "Grupo de Sociedades", ed. Abeledo Perrot, pág. 1024; Molina Sandoval, Carlos A., "La desestimación de la personalidad jurídica societaria", ed. Abaco, pág. 85.

¹⁵⁰ Dobson, Juan, "El abuso de la personalidad jurídica", ed. Depalma, pág. 416; Nissen, Ricardo A., "Infracapitalización de sociedades comerciales" "Abuso de derecho y responsabilidad de los socios y controlantes", ponencia presentada ante el VIIIº Congreso de Derecho Societario y IVº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa, Rosario, 2001, tº III, pág. 555; también en "La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios", en RSC nº 1, Noviembre-Diciembre de 1999, pág. 15; Rapoport, Diego A., "Descorrimiento del velo societario y abuso de derecho", rev. Compendio Jurídico, tº 60, año 2012, pág. 71; Zajic, Luana, "Variantes para la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica", rev. Argentina de Derecho Societario, IJ-LXIX-765.

¹⁵¹ Así lo veía Masnatta mucho antes de sancionada la Reforma (Masnatta, Héctor, "El abuso del derecho a través de la persona colectiva (teoría de la penetración)", Ediciones Jurídicas Orbis, pág. 17.

Más cercano en el tiempo: Bollini Shaw, Carlos, "Inoponibilidad de la persona jurídica (art. 54 Ley 19.550) o acto fraudulento en relación a cuestiones e familia", E.D. 189-590.

¹⁵² Dicen Junyent Bas y Richard: "Los supuestos de desestimación se fundaron en los principios de la simulación ilícita, y el abuso del derecho en tanto y en cuanto al estar viciada la causa final del negocio societario debía "descorrerse el velo de la personalidad" dando primacía a la realidad subyacente detrás de la personalidad societaria" (Junyent Bas, Francisco y Richard, E. Hugo, "Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios), en la obra colectiva "Temas de Derecho Societario vivo", ed. de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, pág. 105).

En similar orientación: Arias Gibert, Enrique N., "La acción directa del tercero contra los socios por actos con fines extrasocietarios o utilización de la sociedad como instrumento de la elusión del orden público", rev. Doctrina Laboral, tº XX, pág. 1111.

¹⁵³ Caputo, Leandro J., "El encubrimiento y el mero recurso en los términos del artículo 54:3 Ley de Sociedades Comerciales", J.A. 2003-IV-889; Romano, Alberto, "Uso de la sociedad con particular referencia a los "fines extrasocietarios"", L.L. 2001-B, pág. 1014.

¹⁵⁴ Para descubrir quién es el verdadero dueño de los bienes puestos a nombre de una sociedad para que sean legalmente considerados como de propiedad del verdadero dueño perfectamente alcanzan las normas sobre simulación ilícita (ahora: art. 333 CCyC).

No debe confundirse la simulación de un negocio en el que interviene una sociedad con la simulación de la sociedad misma. Que una persona jurídica pueda ser considerada "simulada" o "ficticia" (ello sería, en el fondo, desconocer su condición de persona jurídica) en la práctica, conlleva contratiempos adicionales para los terceros afectados. Así se ha demostrado, con apoyo en Ascarelli, Yadarola, Satanowsky, Vivante, Ferrara y Cámara (Donaldson, Jacqueline, "Persona jurídica y simulación", rev. Argentina de Derecho Empresario, 01/04/2007, IJ-VL-30).

No obstante, de tanto en tanto, mezclando la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria con las normas sobre simulación, se habla de "sociedades ficticias, que nada tienen de real", las que adolecerían "de simulación absoluta" (Juzg. Nac. Civ. nº 99, firme, 19/11/2007, "V., F. P. y otro c. M. I. I. S.A. y otro s/Simulación", E.D. 226-465; Comito, Carina I., "La protección de la legítima frente a la constitución o aprovechamiento de las sociedades comerciales", rev. Jurídica UCES, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1957/Proteccion_Comito.pdf?sequence=1).

¹⁵⁵ Digno de mención: CNCom, Sala "A", 09/10/2008, "Trialmet S.A. c. Destefano y Feuer Constructora S.R.L.", elDial.com-AA5191; también en www.societario.com, ref. nº 13668.

En otro caso se decidió que una sociedad había ejercido "actividades extrasocietarias, en claro perjuicio de sus acreedores, tanto proveedores como empleados", entre otras razones porque se había dedicado a la gastronomía cuando tal actividad no formaba parte del objeto social (que se refería al rubro "comunicaciones") (CNCom, Sala "C", 30/10/2014, "Migal Publicidad S.A. c. Ti Inter-tele S.R.L.", <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?Hash=1f7b6c53b4dceb9b84b16bb98e836bc2>).

Mas en ninguno de esos supuestos la responsabilidad solidaria de los socios o controlantes de las sociedades comerciales (ahora, con el Código Civil y Comercial, podemos decir lo mismo de otras personas jurídicas) tiene que ver con la desestimación o la inoponibilidad de su personalidad¹⁵⁶.

Hay numerosos ejemplos en nuestro sistema legal, fuera de la Ley de Sociedades, en los cuales se ha implantado la responsabilidad solidaria de socios, controlantes o directivos de las sociedades y allí tampoco parece cumplir ninguna función provechosa la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria. Así los arts. 6 y 8 de la Ley de Procedimiento Fiscal establecen, bajo ciertas condiciones, la responsabilidad solidaria de esos sujetos por los impuestos adeudados por la sociedad¹⁵⁷. Algo similar ocurre en materia previsional¹⁵⁸, con la ley 24051 de Residuos Peligrosos (arts. 49 y 54)¹⁵⁹, con los arts. 40 a 43 y 50 de la ley 25612 y con el art. 31 de la ley 25675 sobre daño ambiental¹⁶⁰.

Ninguna de esas normas hace la menor referencia a la inoponibilidad o desestimación de la personalidad societaria como justificación de tal responsabilidad¹⁶¹.

14.- Legitimación pasiva como banco de pruebas para la doctrina de la desestimación.

Cuando se estudia la legitimación pasiva en las acciones que derivan del art. 54 LSC se vuelve a comprobar que la desestimación o inoponibilidad de la personalidad societaria tampoco es útil.

La norma dispone que se puede demandar a “los socios o a los controlantes que **hicieron posible** la actuación de la sociedad...”.

Conexos con tal circunstancia que resalta esa nota de subjetivismo, son los vocablos “perjuicios **causados**” y “encubrir”.

Se infiere de dichas palabras que la norma exige que los socios o controlantes no-socios tengan el poder de dirigir la conducta de la sociedad¹⁶².

Por lo tanto, no hay responsabilidad por el mero hecho de ser socio¹⁶³. Si el socio no cuenta con una participación suficiente como para dirigir la conducta de la sociedad o se encuentra

¹⁵⁶ Cincuenta veces la Ley de Sociedades establece la responsabilidad solidaria de alguien por distintas cuestiones, algunas de ellas referidas a hipótesis en las cuales ni siquiera es necesario que haya un daño a un tercero (por ejemplo, arts. 18, 23, 29, 32LSC etc.) y, no obstante, en esos supuestos, la Doctrina (al menos la mayoritaria) no se refiere a ellos como casos de inoponibilidad de la personalidad societaria.

¹⁵⁷ Recientemente se pronunció la Corte Suprema sobre este tema en un resonante caso: CSJN, 11/02/2014, “Bozzano, Raúl J. c. DGI”, B. 773. XLVIII, elDial.com del 28/02/2014.

¹⁵⁸ CNTrab, Sala VIIª, 23/04/2012, “Bandi, Jorge A. c. Mainar S.A.”, MJJ72695.

¹⁵⁹ Valls de Rossi, Mariana, “Daño ambiental” “Responsabilidad por daño ambiental” (tercera entrega), ElDial.com.

¹⁶⁰ Rougès, Carlos A. D., “La nueva regulación legal del “daño ambiental”: su trascendencia”, El Dial.com.

¹⁶¹ Y así se nota en la Jurisprudencia. Por ejemplo: CNContenciosoadministrativo Fed, Sala Vª, 07/02/2012, “Kauf, Enrique C. c. AFIP/DGI”, <http://thomsonreuterslatam.com/jurisprudencia/08/05/2012>.

¹⁶² Pfeffer Urquiaga, Francisco, “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado “caso Chispas””, rev. Chilena de Derecho, vol. 32, nº 3, septiembre-diciembre 2005, pág. 501.

¹⁶³ Salvo el caso del socio oculto (art. 34 LSC) que, bien visto, tiene gran similitud con muchas de las hipótesis que la Doctrina encuadra dentro del art. 54 LSC (Halperín, Isaac y Butty, Enrique M., “Curso de Derecho Comercial”, ed. Depalma, 4ª ed., tº I, 4º, pág. 360), lo que haría injustificable la duplicidad de regulación.

material o jurídicamente impedido de ejercer ese poder, de ninguna manera puede ser responsabilizado.

¿Significa ello que los socios minoritarios nunca pueden ser llamados a responder por los daños? Si pensamos en una sociedad que cotiza en Bolsa y que tiene miles de accionistas sería absurdo suponer que quien cuenta con una ínfima participación deba afrontar, con sus bienes personales, los platos rotos derivados del abuso societario¹⁶⁴.

No obstante, ello no debe conducirnos a conclusiones apresuradas. En algún caso un socio minoritario puede tener una influencia decisiva en el hecho dañoso, y, por lo tanto, debiera ser responsabilizado¹⁶⁵. Este principio vale tanto para los supuestos en los cuales tal influencia decisiva se ejerce por acción, como por omisión, como se decidió en un caso jurisprudencial¹⁶⁶.

En ese sentido luce excesivo el agregado al art. 54 LSC propuesto por el IAGO (Instituto Argentino para el Gobierno de las Organizaciones)¹⁶⁷ como parte del Código de Mejores Prácticas de Gobierno Societario para la República Argentina: "En las sociedades que tengan oferta pública de sus acciones no podrán en ningún caso ser imputados de responsabilidad los accionistas minoritarios, salvo dolo".

Ya vimos que hay voces en la Doctrina y en la Jurisprudencia que, por pagar el precio de ser consecuentes con la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, niegan toda posibilidad de que la sociedad sea demandada.

Vítolo¹⁶⁸, para sortear ese contrasentido, elaboró esta explicación: "la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica impone el desplazamiento de la imputación de la conducta, con lo cual la actuación de la sociedad ya deja de ser una actuación societaria — adjudicada al centro de imputación diferenciado de conductas "sociedad"— para ser considerada una actuación personal de los socios o controlantes que hicieron posible tal actuación". "De tal suerte, la conducta desplegada no le es adjudicada a la sociedad la cual —en "sustancia"— no habría actuado, sino que la actuación será adjudicada en su imputación a los socios o controlantes que la hicieron posible, por desplazamiento -más precisamente traslación- de la imputación". Pero agrega más adelante: "Claro que frente a terceros la

No obstante, como ha puntualizado Anaya, el punto de inflexión entre el socio oculto y el controlante se encuentra en el poder de decisión que caracteriza a este último (Anaya, Jaime, "El enigma del socio oculto", en RDCO, año 41, n° 2008-A, pág. 71, citado por Favier Dubois, Eduardo M. (pater) y Favier Dubois, Eduardo M. (h), "La actuación de "testaferros" en el derecho societario. el socio aparente y el socio oculto", DSE, n° 254, Enero de 2008, tº XXI, pág. 5).

¹⁶⁴ Ton, Walter R., "La inoponibilidad de la personalidad jurídica en la sociedad anónima no debiera afectar al accionista minoritario, que ninguna posibilidad ha tenido de evitar el acto que ha motivado tal sanción", en el libro en homenaje al profesor Enrique M. Butty, pág. 21.

¹⁶⁵ Igual responsabilidad tendría un conjunto de socios minoritarios que constituyan un sindicato que, de ese modo, llegarían a consolidar la mayoría.

¹⁶⁶ "Los socios a los que se refiere el art. 54, párr. 3º, ley 19.550, son aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios, en tanto su responsabilidad puede verificarse tanto por acción como por omisión" (CNCom, Sala "E", 25/02/2008, "Merlo, Juan M. c. Ponce, Diego M. y otros", <http://todoelderecho.com>; ídem, 29/07/2009, "Gasulla, Eduardo y otro c. Altos de los Polvorines S.A. y otros", MJJ46916).

Esa afirmación, sacada del contexto de los casos en los cuales fue empleada, es sumamente peligrosa, pues podría interpretarse que cualquier socio minoritario podría ser responsabilizado, sin importar si tenía o no atribuciones suficientes como para evitar el daño.

¹⁶⁷ Organismo creado conjuntamente por FUNDECE e IDEA.

¹⁶⁸ Vítolo, Daniel R., "Extensión del concepto de inoponibilidad de la personalidad jurídica, contemplado en la ley 19.550, al régimen de las personas jurídicas en general", DCCyE 2012, octubre, pág. 146.

sociedad no podrá oponer tal diferenciación de actuación como defensa para liberarse de asumir las consecuencias de su accionar, en la medida que la conducta haya sido desplegada a través de los órganos de representación del ente —art. 58 de la ley 19.550—, pero podrá reclamar posteriormente la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actuación que finalmente resultó imputable a los socios o controlantes involucrados”.

Por su parte Manóvil aprecia que la sociedad continuaría siendo sujeto pasivo de la relación porque, admitir lo contrario, importaría tanto como crear pretorianamente una causal de extinción de las obligaciones¹⁶⁹.

No comparto esas ingeniosas elaboraciones. ¿Cómo puede ser que una sociedad siga siendo responsable por lo hecho por sus representantes si, precisamente, por esos comportamientos, su personalidad jurídica ha sido allanada y, en consecuencia, tal actuación hay que considerarla como realizada “directamente” por los socios o controlantes?

Además, el art. 54 LSC no determina que la obligación de indemnizar se extinga.

Evidentemente tanto esfuerzo dialéctico sería innecesario si elimináramos a la desestimación de la personalidad societaria de la ecuación jurídica y ponderáramos lo que realmente dice el art. 54 LSC. Esta norma de manera alguna establece que la sociedad pierde legitimidad pasiva¹⁷⁰, pues todo lo que hace, se me disculpará la obstinación, es agregar responsables solidarios.

Únicamente partiendo de esa premisa podemos sostener que la sociedad no se torna irresponsable en las hipótesis del art. 54 tercer párrafo LSC, ni estamos generando pretorianamente una excepción no prevista por el Legislador a la regla según la cual “La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones” que establecía el art. el art. 43 CCiv y que ahora reeditan el art. 1763 CCyC y el mentado art. 58 LSC.

15.- Un intento de reforma a la Ley de Sociedades que terminó aportando ideas al Código Civil y Comercial.

En el año 2003 se elaboró un Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades¹⁷¹.

Demostrando el interés en fomentar los grupos empresarios¹⁷² el Anteproyecto propuso un agregado al tercer párrafo del art. 54 LSC. En función de ese dispositivo, como parte de una

¹⁶⁹ Manóvil, Rafael M., “¿Imputación al socio (o controlante) o responsabilidad?”, ponencia presentada en el Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario y de la Empresa, tº II, pág. 627; Conterno, Hugo F. y Macagno, Ariel A., “Inoponibilidad de la persona jurídica societaria (a propósito de una corriente jurisprudencial que lleva a reflexionar)”, rev. Compendio Jurídico, tº XV, pág. 1013.

¹⁷⁰ Rovira, Alfredo L., “La necesidad de preservar la forma societaria. La cuestión del art. 54 LSC y la responsabilidad solidaria de la sociedad, sus administradores y accionistas (art. 274 LSC)”, ponencia presentada ante el XIº Congreso Argentino de Societario y VIIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 19, 20 21 y 22 de Octubre de 2010.

¹⁷¹ La Comisión redactora fue creada por Resolución MJDH 112/02 y quedó integrada por Jaime Luis Anaya, Julio César Otaegui, Raúl Aníbal Etcheverry y Salvador Darío Bergel.

Para más explicaciones acerca de este proyecto: Anaya, Jaime L., “El anteproyecto de reformas a la Ley Argentina de Sociedades Comerciales”, E.D. 208-947.

¹⁷² En esa línea el Anteproyecto propició la modificación del art. 248 LSC (Rovira, Alfredo L. y López Tilli, Alejandro M., “Informe sobre las Jornadas de Debate del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales organizadas por la Comisión de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”, E.D. 211-659).

política empresarial en interés del grupo, se podían compensar los daños ocasionados a las sociedades que lo integran con los beneficios grupales; se entiende, en la medida que ese obrar no perjudique ilegítimamente a los terceros.

El Anteproyecto también sugirió otras modificaciones al texto del art. 54 LSC¹⁷³, como la supresión de la palabra "mero" antepuesta al vocablo "recurso", o la inclusión de una referencia a la actuación "que esté destinada a la consecución" en reemplazo del actual texto que establece "la actuación...que encubra la consecución".

Hubo alteraciones que denotan la clara influencia de Otaegui, por ejemplo, habilitando la acción de inoponibilidad a los propios socios, legitimación que, como vimos, es discutible.

El anteproyecto también diseñó un nuevo párrafo para el art. 54LSC:

"Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos 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"¹⁷⁴.

Algunas de esas propuestas terminaron recibiendo consagración legislativa en el Código Civil y Comercial de 2014.

16.- La importación del tercer párrafo del art. 54 LSC al Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial, en materia de personas jurídicas privadas¹⁷⁵, estableció, en el art. 143, dos principios fundamentales:

- La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus integrantes¹⁷⁶.
- Los integrantes no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en el Título II y lo que disponga la ley especial¹⁷⁷.

¹⁷³ Mutaciones a las cuales algunos estudiosos le asignaron cierta trascendencia (Junyent Bas, Francisco, "Persona jurídica en el Código Civil y Comercial", <http://comercioyjusticia.info/factor/laboral/la-persona-juridica-en-el-codigo-civil-y-comercial/>; Nissen, Ricardo A., "Breves estudios sobre el anteproyecto de reforma a la Ley de Sociedades Comerciales. Cuarta parte: Conflictos societarios. El procedimiento judicial en caso de conflicto, las medidas cautelares societarias y la impugnación de acuerdos sociales", E.D. 212-712; Barreiro, Marcelo G., "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", ponencia presentada ante el IXº Congreso Argentino de Derecho Societario y Vº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, 2004; Caputo, Leandro J., "La inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales", MJD2932).

¹⁷⁴ La norma encuentra antecedentes en otras legislaciones. Además del ya mencionado art. 190 de la Ley General de Sociedades uruguayas, el art. 12 de la actual Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas de Responsabilidad Limitada nº 31-11 de la República Dominicana se ocupa del Levantamiento del Velo Societario o La Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica. En el cuarto párrafo de esa norma se lee: "en ningún caso la inoponibilidad de la persona jurídica podrá afectar a terceros de buena fe" (Espaillat, Susana, "El levantamiento del velo societario", <http://www.tribunadominicana.net/?p=113>).

¹⁷⁵ El concepto de "persona jurídica" se extendió, con buen criterio, a otros entes colectivos (Crovi, Luis D., "El nuevo régimen legal de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación", L.L. Supl. especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, pág. 11).

¹⁷⁶ Ya en el Derecho Romano se hablaba de persona jurídica (Rosenfeld, León C., "Persona jurídica en el derecho romano", www.edictum.com.ar/miWeb4/PERJURIDICA.do).

Pero desde tiempos inmemoriales ese concepto, como los de **personalidad jurídica y sujeto de derecho**, ha servido de campo de batalla ideológica y, por ende, para las especulaciones más insólitas. Para ver hasta dónde ha llegado esta discusión léase: Picasso, Sebastián, "Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujeto de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda", L.L. del 16/04/2015, Online: AR/DOC/1144/2015.

El art. 144 CCyC no hizo sino adaptar la norma del último párrafo del art. 54 LSC y algunas de las propuestas del proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades del año 2003¹⁷⁸, por lo que quedó así redactado:

“144 CCyC.- **Inoponibilidad de la personalidad jurídica.** La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

“Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos 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 consecuencia, el art. 144 CCyC debe verse como una excepción a aquellos principios rectores del art. 143 CCyC.

17.- Lo que dice la norma y sus consecuencias.

Se advierten las siguientes particularidades:

- Aunque en los Fundamentos del Anteproyecto, sobre esta norma, se hizo expresa referencia a la desestimación, prescindencia e inoponibilidad de la personalidad jurídica (una vez más: como si fueran sinónimos) a la luz de lo que realmente establece, ello sólo puede entenderse como un recurso retórico. Esta norma, como el art. 54 tercer párrafo LSC, no hace más que establecer un régimen especial de responsabilidad de los integrantes y de los controlantes de una persona jurídica por los daños ocasionados a través de esa entidad a los terceros.
- La noción de “consecución de fines ajenos a la persona jurídica” sigue la línea del Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades¹⁷⁹.
- En la frase “constituya un recurso para violar la ley” fue eliminado el vocablo “me-ro” como propuso el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades¹⁸⁰.
- Después de “para frustrar derechos” se agregó “de cualquier persona”, diferenciándose tanto del texto del art. 54 LSC según la ley 22903 (que alude a los “derechos

¹⁷⁷ Se dice en los Fundamentos del anteproyecto: “Es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta, excepto en la medida en que en determinados supuestos la ley lo determine”.

¹⁷⁸ La novedad recibió tempranos comentarios: Martorell, Ernesto E., “La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad”, L.L. del 26/11/2014, Online: AR/DOC/3706/2014; Battistel, Paola A., “La inoponibilidad de la persona jurídica incorporación del instituto en el proyecto de Código Civil y Comercial”, rev. Estudios de Derecho Empresario, <http://www.diariojudicial.com/contenidos/2012/10/29/noticias>.

¹⁷⁹ Vítolo, Daniel R., “Extensión del concepto de inoponibilidad de la personalidad jurídica, contemplado en la ley 19.550, al régimen de las personas jurídicas en general”, DCCyE 2012 (octubre), pág. 146.

¹⁸⁰ Junyent Bas entiende que la eliminación del mencionado vocablo ha hecho que la norma gane en amplitud (Junyent Bas, Francisco, “La persona jurídica en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, ponencia presentada ante el XXº Congreso Argentino de Derecho Societario, Buenos Aires, 2013, <http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASH0149/3df64eaf.dir/doc.pdf>).

de terceros”), como del Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades (que mencionaba a los derechos “de socios o de terceros”). Ello abre el espectro de la legitimación activa¹⁸¹.

- Luego de “se imputará” se eliminó el “directamente” y, diferenciándose de los dos modelos anteriores, se agregó “a quienes a título de socios, asociados, bros¹⁸²..”
- Siguiendo al Proyecto de Reformas de la Ley de Sociedades, donde dice “controlantes”¹⁸³ se añadió “directos o indirectos”¹⁸⁴.
- El resto del párrafo (“quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”), en lugar de eliminarlo como proponía el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades, se mantuvo.
- El último enunciado ha sido trasladado del Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades¹⁸⁵.

Es interesante advertir que, para el nuevo Código, sólo son **atributos de la persona jurídica**¹⁸⁶ el **nombre** (art. 151 CCyC), el **domicilio** (art. 152 CCyC) y el **patrimonio** (art. 154 CCyC)¹⁸⁷; no la **personalidad**¹⁸⁸.

La expresión **consecución de fines ajenos a la persona jurídica** agranda el problema interpretativo que había generado el concepto **finés extrasocietarios** del art. 54 LSC¹⁸⁹.

¹⁸¹ Hemos visto en páginas anteriores que el art. 54 LSC (en sus dos primeros párrafos) prevé una acción de responsabilidad por los daños ocasionados a la sociedad por sus socios y/o controlantes. Tanto por lo que dice la norma, como por el hecho de estar ubicada en la Sección VI de la Ley de Sociedad Comerciales titulada “**De los Socios en sus Relaciones con la Sociedad**”, nos permite deducir que está referida únicamente al ámbito intrasocietario.

Esos dos primeros párrafos del art. 54 LSC no pasaron al art. 144 CCyC. No obstante, al haberse incluido las palabras “de cualquier persona” en este tramo de la norma seguramente hará colegir a algún autor que la acción de la primera parte del art. 54 LSC ha quedado subsumida, en una especie de acción genérica, en el art. 144 CCyC.

¹⁸² El vocablo “miembro”, que ha sido empleado para designar a los integrantes de personas jurídicas privadas que no son socios ni asociados, constituye una elección válida del legislador para identificar a esta clase de sujetos.

¹⁸³ Bien se ha apuntado que el Código Civil y Comercial, a diferencia de la Ley de Sociedades, no define qué es el “control” en el ámbito de las personas jurídicas privadas. Además, se refiere a los controlantes “directos e indirectos” mientras que el art. 33 LSC habla de “control interno y externo” (Calcaterra, Gabriela, “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas, asociaciones civiles y fundaciones a partir de la puesta en vigencia de la ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial unificado”, Erreius *on line*).

¹⁸⁴ Bienvenida la aclaración, aunque la Jurisprudencia y la Doctrina, a partir de lo dispuesto por el art. 33 LSC, la consideraban implícita (v.gr. CNCom, Sala “B”, 13/07/2006, “Inversora Eléctrica Buenos Aires S.A. s/Conc. Prev. s/Inc. art. 250”, <http://www.iprofesional.com/notas/32952-Fallo-Inversora-Elctrica-Buenos-Aires-SA>).

¹⁸⁵ La norma encuentra antecedentes en otros países. Así, el art. 12 de la actual Ley General de Sociedades Comerciales y Empresas de Responsabilidad Limitada n° 31-11 de la República Dominicana (que se ocupa del Levantamiento del Velo Societario o La Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica), en el cuarto párrafo dice: “En ningún caso la inoponibilidad de la persona jurídica podrá afectar a terceros de buena fe” (Espailat, Susana, “El levantamiento del velo societario”, <http://www.tribunadominicana.net/?p=113>); Santos, Rosalba, “El velo corporativo de Sociedades Comerciales en la República Dominicana”, <http://studiolegal.do/?p=163>).

Dicho texto es igual al del ya mencionado art. 190 de la Ley General de Sociedades uruguayas.

Evidentemente la norma procura la defensa del tercero de buena fe en condiciones similares a las previstas para la acción de simulación encarada por los terceros (art. 337 CCyC).

¹⁸⁶ Niel Puig, Luis, “Personas jurídicas privadas”, ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 46.

¹⁸⁷ Se ha destacado que, ni el art. 154 CCyC, ni ninguna otra referida a las personas jurídicas, hacen referencia al “capital” (Botteri, José D., “El patrimonio y el capital de las personas jurídicas en el Proyecto. El problema de la infracapitalización”, <http://foroacademicosm.blogspot.com.ar/2012/07/articulo-el-proyecto-de-codigo-civil-y.html>).

¹⁸⁸ En el Derecho español, al igual que en el Derecho italiano (según vimos), únicamente a las sociedades de capital se les reconoce la personalidad jurídica como atributo (Alonso Ureba, Alberto, “La Sociedad en formación”, en “Derecho de Sociedades Anónimas”, ed. Civitas, vol. I, pág. 539).

El art. 141 CCyC dispone: “Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los **finés de su creación**”.

El concepto **finés de su creación** fue agregado al Código en su última redacción. Ello, según afirman voces autorizadas¹⁹⁰, se hizo para responder a las críticas de un sector de la Doctrina que cuestionaba que el **objeto** fuera la frontera de la capacidad de las personas jurídicas.

Ocurre que en las décadas pasadas se generó un debate entre quienes propiciaban una visión más amplia de la personalidad jurídica (las sociedades tienen capacidad para hacer todo lo que no está prohibido) y quienes optaban por un criterio restrictivo (la sociedad sólo puede hacer aquello que le permite la ley)¹⁹¹.

Para la primera de esas posturas (con bastante peso en la doctrina notarial) la delimitación de la capacidad de la persona jurídica por su objeto es un ancla funcional¹⁹², por lo que fue tildada de disvaliosa y asistemática¹⁹³. De allí que la Academia Nacional del Notariado propuso una redacción alternativa del art. 141 CCyC donde ese concepto era eliminado¹⁹⁴.

Mas el Legislador de 2014, en lugar de optar por una de las tesis (como había hecho el Proyecto de Código de 1998¹⁹⁵), incluyó a las dos y, para más, unidas por el vocábulo “y”. De ese modo la norma deja una estela de incertidumbres:

- a. ¿De qué manera el **objeto** de la persona jurídica privada plasmado en el documento legal que la constituye o que modifica sus reglas de funcionamiento (y eventual liquidación) delimita su capacidad jurídica?
- b. ¿Cuáles son los **finés** de la persona jurídica y qué función cumplen en la inteligencia del Código?

Vimos en el capítulo 11 de este estudio que si bien el **objeto** sirve (y no del todo) para la aplicación del *ultra vires*, es inepto para definir el límite entre lo lícito y lo ilícito de la actuación del ente y la consecuente responsabilidad de socios y controlantes. Que una socie-

¹⁸⁹ Navarro Floria, Juan G., “Las personas jurídicas”, en “Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012”, ed. E.D., pág. 169, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/personas-juridicas-navarro-floria.pdf>.

¹⁹⁰ Nissen, Ricardo A., “El proyecto de Código Civil y Comercial y las personas jurídicas”, rev. Derecho Privado, año II, n° 5, pág. 3; Benseñor, Norberto R., “Reforma del Código Civil u Comercial. Unificación legislativa. Régimen Societario. Principales características”, http://www.cec.org.ar/doc/reformas_regimen_societario.pdf.

¹⁹¹ Larruy, Carlos B., “La persona jurídica en la reforma al Código Civil”, rev. Argentina de Derecho Societario, 06/03/2013, IJ-LXVII-434.

¹⁹² Nardelli Moreira, Virginia, “Persona jurídica: capacidad, objeto ¿Una cuestión de gramática?”, rev. del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2013, n° 911, pág. 139; Ruiz Schulze (h), Alejandro M., “Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: personalidad jurídica y capacidad de las sociedades”, ponencia presentada ante las 38ª Jornada Notarial Bonaerense, Bahía Blanca, noviembre de 2013, <http://www.jnb.org.ar/trabajos/38JNB-tema4-Ruiz-Schulze.pdf>; Larruy, Carlos B., “La persona jurídica en la reforma al Código Civil”, rev. Argentina de Derecho Societario, 06/03/2013, IJ-LXVII-434.

¹⁹³ Urbaneja, Marcelo E., “El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, rev. Notarial, Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires, enero-abril 2013, n° 973, pág. 157.

¹⁹⁴ “Modificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Memorial presentado ante la Comisión Bicameral”, pág. 34, <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/60482.pdf>.

¹⁹⁵ El art.138 decía: “Son personas jurídicas todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico le reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”.

dad dedicada a la panadería compre un vehículo no es en sí mismo lícito ni ilícito; y, por lo tanto, no pesa en la balanza de la Justicia a la hora de terminar si sus socios o controlantes deben responder con su patrimonio por los daños que pudieron ocasionarle a los terceros con esa operación.

De todos modos hay que lidiar con los dos conceptos (el **objeto** y los **finés de su creación**), por que, aunque para el Legislador son cosas distintas, por algo los incluyó a los dos en la norma¹⁹⁶, de manera que no podemos ignorarlos.

Suponiendo que tenemos en claro qué es el **objeto** de la persona jurídica, ¿qué otra cosa distinta de ese **objeto** son los **finés de su creación**¹⁹⁷?

Están quienes consideran que la norma (esto fue dicho respecto del art. 54 LSC) apunta a los “finés que la ley tuvo en mira al reconocer la personalidad jurídica”¹⁹⁸. Otros autores piensan que esto tiene que ver con la causa fin de la creación del ente¹⁹⁹.

De ser así, a la hora de la verdad, para lo único que serviría lo de los **finés** es para saber que deben ser **lícitos**, lo que es una obviedad totalmente prescindible. Para demostrarlo bastaría con eliminar del art. 144 CCyC lo de “esté destinada a la consecución de finés ajenos a la persona jurídica”. De ese modo se verá que todas las hipótesis en las cuales la Doctrina y la Jurisprudencia consideran que hay responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios o controlantes seguirán siendo legalmente reprochables.

18.- Una reforma fallida a la Ley de Sociedades.

La Comisión que redactó el proyecto de Código Civil y Comercial también sugirió algunas modificaciones a la Ley de Sociedades. Como parte de esas propuestas se aconsejó renovar al art. 54 LSC estableciendo, entre otras cosas, un último párrafo exactamente igual al que ahora aparece en el art. 144 CCyC.

El Anteproyecto de Código fue remitido al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el que efectuó ciertas alteraciones, algunas verdaderamente relevantes. Fue así como se decidió no modificar el art. 54 LSC.

Según Vítolo²⁰⁰ ahora, en el art. 144 CCyC, tenemos un régimen genérico para todas las personas jurídicas (menos las sociedades) con el párrafo de marras, y otro, sólo referido a las sociedades de la ley 19550, que no lo tiene, en el art. 54 LSC.

¹⁹⁶ Calcaterra, Gabriela, “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas, asociaciones civiles y fundaciones a partir de la puesta en vigencia de la ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial unificado”, Erreius *on line*.

¹⁹⁷ Definir cuáles son los finés de las personas jurídicas parece ser una batalla perdida antes de empezar. Así, el art. 76 del Código Civil peruano (en la versión que le impusieron las leyes 26789 y 28094) establece que ciertos conceptos, entre los que se encuentra el de los “finés de la persona jurídica”, “se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas”, con lo cual el Legislador también le endosó la labor de definirlos a los jueces y doctrinarios (Beaumont Callirgos, Ricardo, “El Tribunal Constitucional peruano y los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, año XV, año 2012, pág. 117).

¹⁹⁸ Conterno, Hugo F. y Macagno, Ariel A., “Inoponibilidad de la persona jurídica societaria (a propósito de una corriente jurisprudencial que lleva a reflexionar)”, rev. Compendio Jurídico tº XV, pág. 1013.

¹⁹⁹ Calcaterra, Gabriela, “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas, asociaciones civiles y fundaciones a partir de la puesta en vigencia de la ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial unificado”, Erreius *on line*.

²⁰⁰ Vítolo, Daniel R., “Extensión del concepto de inoponibilidad de la personalidad jurídica contemplado en la ley 19.550 al régimen de las personas jurídicas en general”, DCCyE 2012 (octubre),

No obstante, considero que la regla también se aplica a la sociedad comercial en función de lo dispuesto por el art. 150 CCyC²⁰¹.

19.- Tratando de armonizar el art. 144 CCyC con el resto del Código

En principio, el art. 144 CCyC, al haber adoptado, con las variantes antes señaladas, lo dispuesto por el art. 54 tercer párrafo LSC, le caben los mismos comentarios que desarrollé en páginas anteriores.

Pero he aquí que, al no haber incorporado otras normas de la Ley de Sociedades²⁰² y, más aún, al tratar de compaginar el art. 144 CCyC con las demás disposiciones del nuevo Código, como si se corporizara Aporía justo delante de nosotros, aparecerán, uno tras otros, nuevos desafíos interpretativos²⁰³.

Así por ejemplo, el Código unificado nos legó la sociedad de un solo socio que habrá que ver cómo se adapta a estas reglas sobre responsabilidad de los integrantes y controlantes²⁰⁴.

20.- ¿Responsabilidad subjetiva, objetiva o ambas?

Para que prospere la acción del art. 144 CCyC también deben reunirse los requisitos genéricos de la responsabilidad civil.

Ello es un problema en sí mismo porque en nuestra Doctrina (como ocurrió el Derecho Continental a lo largo de los siglos XIX, XX y XXI) ni siquiera hay coincidencia a cerca de cuáles son esos recaudos²⁰⁵.

pág. 146; con mayor amplitud en: "Las reformas a la Ley de Sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", ed. Ad Hoc, 2012.

²⁰¹ Concordante: Carzoglio, Augusto A., "El impacto del nuevo Código Civil y Comercial en la Ley de Sociedades Comerciales", <http://utsupra.com>.

²⁰² Como anticipé, el Código Civil y Comercial no adoptó los dos primeros párrafos del art. 54 LSC referidos a la responsabilidad solidaria de los socios o controlantes no-socios por daños ocasionados a la sociedad.

En cambio, además de receptar la figura de la última parte del art. 54 LSC, siguiendo la orientación de la Ley de Sociedades, también regula la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros (art. 160 CCyC), y prevé la responsabilidad de la persona jurídica por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 1763 CCyC).

²⁰³ Martínez, Silvina A., "Breves reflexiones en materia societaria sobre el anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial", MJD6096.

²⁰⁴ La novedad (que no lo es tanto) ha dado para un gran revuelo doctrinario (Acevedo, Lucas, "Aspectos trascendentes del tratamiento de las sociedades unipersonales en el proyecto de incorporación a nuestro ordenamiento", DJ 2013-46, pág. 101; Araldi, Liliana y Baigorria, Mariana, "Las sociedades unipersonales y las PYMES en el proyecto de reforma del nuevo Código Civil", ponencia presentada en el Iº Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil, Mar del Plata, 4 al 6 de noviembre de 2012; Botteri (h), José D. y Coste, Diego, "Sociedades Unipersonales", ponencia presentada ante el VIº Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil; Mascheroni, Francisco, "La sociedad unipersonal y sus distintas implicancias a la luz de la recepción en nuestro ordenamiento jurídico", rev. Derecho Societario, IJ 21/11/2014; Mosso, Carlos J., "Consideraciones sobre la sociedad de un solo socio", E.D. 195-882).

La sociedad unipersonal, en los hechos, está referida a dos realidades bien diversas: las pyme y las grandes empresas transnacionales, que suele tener un socio o controlante único. Está visto que el Código, por la cantidad de requisitos de constitución y los barrocos mecanismos de vigilancia de su funcionamiento que contiene, pensó únicamente en las segundas (Allende, Lisandro A., "Apuntes e interrogantes sobre los cambios que se proponen a la normativa societaria en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012", MJD5877).

²⁰⁵ Hay quienes entienden que sólo son necesarios tres requisitos (el perjuicio o daño causado, la imputabilidad y la existencia de una relación de causalidad entre la culpa o el dolo y el daño); otros piensan que el daño debe ser ilegal (hecho ilícito) y que tiene que mediar imputabilidad; otros reclaman la presencia de cuatro elementos (un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico (antijuridicidad o ilicitud), que además provoque un daño a otro, la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño, un factor de atribución de la responsa-

Además, cada uno de esos requisitos ha dado para el debate²⁰⁶.

Otra adversidad que debemos asumir cuando estudiamos estos temas: el nuevo Código no sólo unificó el ordenamiento privado Civil y Comercial; también consolidó las normas sobre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Esa segunda unificación, que en varias cuestiones se aprecia beneficiosa (por ejemplo, en punto a la extensión del resarcimiento), en otras, como veremos seguidamente, resulta forzada²⁰⁷, pues algunas disposiciones legales fueron ideadas para conflictos eminentemente contractuales, otras para trances extracontractuales y, ahora, por la unificación, debemos aplicarlas a realidades diversas²⁰⁸.

La responsabilidad de los integrantes de las personas jurídicas privadas del art. 144 CCyC ¿es subjetiva u objetiva?

Al heredar, en lo sustancial, la norma del art. 54 LSC debíamos aseverar que la responsabilidad es subjetiva. En ello coincide buena parte de la Doctrina²⁰⁹, incluyendo a algunos de los partidarios de una extensión extrema de dicha responsabilidad²¹⁰.

Téngase en cuenta que el art. 144 CCyC no impone, como el art. 274 LSC, una responsabilidad por la mera transgresión a ley o los estatutos. Lo reprochable es la “actuación” que “constituya un recurso para violar la ley”²¹¹, concepto que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia entienden que apunta a la sociedad “pantalla”, es decir a la empleada para encu-

bilidad que el ordenamiento estima suficiente para sindicar o señalar a quien o quienes considere como responsables); y también están quienes consideran que deben reunirse cinco elementos (hecho del agente (positivo o negativo), violación del derecho ajeno; perjuicio efectivo (daño), nexo causal entre el acto y la consecuencia e imputabilidad) (Tinti, Guillermo P., “Responsabilidad civil” “Visión actual de sus elementos”, rev. de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación N° 37/38, pág. 187).

²⁰⁶ Alterini, Atilio A., “Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal”, ed. Abeledo Perrot, pág. 389; Bueres, Alberto J., “La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El Código Civil Argentino y el Proyecto de Unificación en la Legislación Civil y Comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español”, rev. de Derecho del Foro de Cuyo, n° 4, año 1992, pág. 7; Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, ed. Abeledo-Perrot, pág. 94; Cossio, Carlos, “La causa y la comprensión en el Derecho”, ed. Juárez, pág. 137; Goldenberg, Isidoro, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, ed. Astrea, pág. 200; Llambías, Jorge J., “Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes”, en “Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille”, ed. Depalma; López Mesa, Marcelo J., “La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil”, MJD4444; Morea, Adrián O., “La relación de causalidad en el nuevo derecho de daños”, MJD6690; Orgaz, Alfredo, “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”, L.L. 55-794; Paradella, Carlos A., “Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)”, rev. de Derecho de Daños, 2003 n° 2, pág. 103; Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., “Instituciones de Derecho Privado” “Obligaciones”, ed. Hammurabi, tº V, pág. 162; Spota, Alberto G., “El nexo adecuado de causalidad del daño”, L.L. 1984-D, pág. 323; Zavala de González, Matilde M., “Resarcimiento de daños”, ed. Hammurabi, tº 4, pág. 182.

²⁰⁷ Bueres sostiene con razón que, si bien los proyectos de unificación del Derecho Privado argentino, desde el de 1987, intentaron suprimir hasta donde fuera posible las diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad aquiliana, ello no significa que haya una mimetización que diluya las disimilitudes de cada especie (Bueres, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, L.L. 2012-C, pág. 1254).

²⁰⁸ Yáñez Vivero, Fátima, “El proyecto argentino de Código Civil y Comercial: análisis de la responsabilidad civil desde la perspectiva comparada de un nuevo Derecho de Daños”, rev. de Derecho de Daños, 2014-2 “Problemática actual de la responsabilidad civil – II”, pág. 167.

²⁰⁹ Por ejemplo: Junyent Bas, Francisco, “El interés social: directiva central del sistema de responsabilidad de los administradores societarios”, J.A. 2004-III-1109.

²¹⁰ Nissen, Ricardo A., “El triunfo de la ficción sobre la realidad”. “Una vez más sobre la responsabilidad de los administradores y socios por fraude laboral”, E.D. del 07/07/2010, n° 12.539.

²¹¹ Adicionalmente cabe apreciar que en las pocas oportunidades en las cuales el Código emplea la noción de **violación de la ley** lo hace para denotar situaciones particularmente graves. Así, la disolución de la persona jurídica privada por revocación de la autorización estatal (art. 163 inc. “h” CCyC), conforme el art. 164 CCyC únicamente puede “fundarse en la comisión de actos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento”.

brir una conducta ilícita de los socios y/o controlantes²¹². Por ende, probar que existe una sociedad “pantalla” es tanto como probar el dolo²¹³.

Sin embargo, el Código Civil y Comercial no optó por un principio rector en la materia. Superpuso normas que, singularmente, hacen que se llegue a la responsabilidad por el subjetivismo o por el objetivismo.

Además, algunas de esas normas hacen eje en conceptos que no son definidos por el Código, lo que fatalmente transfiere a los jueces la labor de completar su significado²¹⁴.

Ello afecta a la seguridad jurídica, ya que, hasta que se consolide una tendencia jurisprudencial uniforme, no se sabrá exactamente qué hacer²¹⁵.

Si analizamos aisladamente a los arts. 1716 y 1721 CCyC podríamos afirmar que el principio basal del nuevo ordenamiento es el de la responsabilidad subjetiva. El art. 1716 contiene el principio *alterum non laedere*²¹⁶, y el art. 1721 CCyC establece que, “En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”²¹⁷, norma que debe verse complementada por la del art. 1725 CCyC.

Es más, lo de la “ausencia de normativa” parece referido a una norma expresa del Código (o de otro ordenamiento específico) que imponga la responsabilidad objetiva²¹⁸.

Luego, tomando en cuenta que las únicas normas del Código que imponen la responsabilidad objetiva son las de los arts. 1243, 1286, 1685, 1753, 1755, 1756, 1757, 1759, y 1769 CCyC, y advirtiendo que el art. 144 CCyC, cuando establece la responsabilidad de los socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, no estatuye tal calificación de **objetiva**, parece que sólo puede serles reprochadas las conductas que se deban a su culpa o dolo.

No obstante, esa aseveración no la podemos considerar definitiva.

En el Código Civil de Vélez, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, se llegaba a la responsabilidad objetiva, como excepción, en algún supuesto de daño con las cosas (art. 1113 en la versión de la ley 17711)²¹⁹. Y en materia contractual, siguiendo la doctrina

²¹² Foglia, Ricardo A., “La responsabilidad de los socios y controlantes por las deudas laborales de la sociedad frente a los trabajadores “en negro””, MJD4040.

²¹³ CNCom, Sala “C”, 05/07/2011, “Asociación Civil Comisión Deportiva de Concesionarios Zanella (CO.DE.CO.ZA.) s/Quiebra c. Zanella Hermanos y cía. S.A.C.I.F.I.”, MJJ68106; ídem, Sala “B”, 29/08/2014, “Bianchi, Adrián E. c. Vanderbilt Management Group LTD y otros”, www.soc/ietario.com; ídem, Sala “A”, 02/10/2013, “Johnson Diversey de Argentina S.A. c. Foyeza S.R.L. y otros”, <http://ar.vlex.com/vid>; ídem, 30/06/2010, “Richard, Hugo H. c. Margus SRL y otros”, <https://www.eldial.com/nuevo/suple-empresarial>.

²¹⁴ López Mesa, Marcelo J. y Pasarín, Carolina A., “El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil” (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), //www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil.

²¹⁵ Cueto Rúa, Julio, “Seguridad jurídica”, L.L. 1994-A, pág. 742.

²¹⁶ Saux, Edgardo I., “El *alterum non laedere* quince siglos después”, RCD 1075/2014; Calvo Costa, Carlos A., “La nueva responsabilidad civil en el Proyecto de Código: un paso hacia adelante y un interrogante”, rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, n° 6, Junio de 2013.

²¹⁷ Esta última oración del art. 1721 ha sido visto como un guiño del Legislador a los partidarios de la necesidad, en todos los supuestos, de (por lo menos) la culpa del agente (López Mesa, Marcelo J., “La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil”, MJD4444).

Justamente, por entender que el art. 1721 ha privilegiado los factores subjetivos, se ha criticado a la Reforma por entender que tal tesitura hizo que nuestro sistema legal involucionara (Nucciarone, Gabriela A., “¿Qué derecho de daños se concibe en el proyecto de reforma del código? ¿Qué daños quiere el legislador resarcir?”, DJ, año XXIX, n° 9, 27/02/2013).

²¹⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, “La función resarcitoria. La responsabilidad objetiva en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, rev. de Derecho de Daños, 2014-1, pág. 9.

²¹⁹ Garrido, Roque, y Andorno, Luis, “El art. 1113 CCiv.”, ed. Hammurabi, pág. 433.

de Demogue²²⁰, había responsabilidad objetiva cuando se estaba ante las “obligaciones de resultado”, elaboración que tuvo amplia difusión en la Argentina durante el siglo XX²²¹.

En ese aspecto el Código de 2014, adhiriendo a una de las corrientes en boga²²², introdujo una reforma copernicana ya que, con un supuesto “..criterio solidarista del nuevo derecho de daños ... centra su atención en la víctima del injusto”²²³, y, por ende, amplía significativamente la responsabilidad civil²²⁴. Tan es así que hasta un acto involuntario puede ser considerado ilícito (art. 1750 CCyC).

Lo cierto es que ahora los arts. 1722 y 1723 CCyC nos presentan un cuadro inquietante: el art. 1722 CCyC establece que “el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”²²⁵. Y el art. 1723 CCyC impone la responsabilidad objetiva “cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado.”.

Es notorio que el art. 1722 CCyC fue pensado para hipótesis de responsabilidad extracontractual, mientras que el art. 1723 CCyC tiene su génesis en el régimen anterior de responsabilidad contractual.

Quedamos así frente a los siguientes problemas: ¿Cuándo la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuirle responsabilidad? ¿Cuándo el deudor debe obtener un resultado determinado para que se aplique la responsabilidad objetiva?

¿Son acumulativos ambos requisitos? Dicho de otro modo: ¿hay responsabilidad objetiva cuando la culpa del agente es irrelevante y, además, cuando las circunstancias de la obligación indican que el deudor debía obtener un resultado determinado?

¿Qué ocurre cuando el juez entiende que la culpa del agente es irrelevante y que las circunstancias de la obligación hacen que el deudor deba obtener un resultado determinado pero la situación no está contemplada expresamente por la normativa como exige el mencionado art. 1721 CCyC?

²²⁰ Demogue, René, *Traité des Obligations en general*, ed. Arthur Rousseau.

²²¹ Galli, Enrique V., “Obligaciones de resultado y obligaciones de medio”, rev. Jurídica de Buenos Aires, 1958, pág. L; Vázquez Ferreyra, Roberto, “La responsabilidad contractual objetiva”, L.L. 1988-B, pág. 998; Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad civil por productos elaborados en el Derecho Civil argentino”, L.L. 143, pág. 871; Llambías, Jorge J., “Daños causados por productos elaborados”, L.L. 1979-B, pág. 1096.

²²² Mazzinghi, Jorge A., “Factores de atribución”, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, pág. 505, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>

²²³ Lovece, Graciela I., “La actividad económica como factor objetivo de atribución”, MJD3303; Calvo Costa, Carlos A., “Daño resarcible”, ed. Hammurabi, pág. 55.

²²⁴ De Lorenzo, Miguel F., “El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998”, L.L. 2000-C, pág. 975; Taraborelli, Alejandro A., “Manual de obligaciones y de responsabilidad Civil”, ed. La Ley, pág. 584; Cerutti, M. del Carmen, “Antijuridicidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/.../Antijuridicidad_en_en_el_Proye....

²²⁵ Esto de “excepto disposición legal en contrario” parece querer decir que, como regla general, el agente, si demuestra la culpa de otra persona, se libera; pero, por excepción, tal liberación no tiene lugar, como ocurre con la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1753 CCyC).

Ninguna de esas normas del Código nos permite dar una respuesta certera²²⁶. Como anticipé, ello hará que, tanto en territorio contractual como en el extracontractual, tal determinación quede en manos de los jueces.

Por si tantas dificultades fueran pocas, el art. 1717 CCyC determina que “*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”²²⁷, concepto no menos impreciso que los anteriores²²⁸.

Es cierto que el art. 1718 CCyC²²⁹ menciona a algunas de las conductas que causan un daño, pero que están justificadas²³⁰. Pero, ni podemos pensar que esa lista de situaciones constituye un *numerus clausus*, ni la falta de justificación es la única vía de acceso a la responsabilidad objetiva.

¿Quién determinará entonces si el daño está o no justificado? El juez por supuesto²³¹.

Para más, como apunta López Mesa²³², el Código Civil y Comercial ha extendido la responsabilidad objetiva “..no sólo al hecho de las cosas sino **a las actividades riesgosas**, por lo que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, **o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización**”²³³.

Para más, Kemelmajer de Carlucci (recordemos: una de las integrantes de la Comisión redactora de la reforma del Código), considera que “Ninguna norma del proyecto dispone que los factores objetivos son de interpretación restrictiva, ni que requieren un artículo expreso”, agregando: “El 1721 es, simplemente, una “norma de clausura”, según la cual, producido un daño, si ningún principio, regla o norma, sistemáticamente interpretados, establece para esa situación un factor objetivo, la reparabilidad dependerá, como mínimo y según las

²²⁶ Mazzinghi, Jorge A., “Factores de atribución”, en “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, pág. 507, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>

²²⁷ La norma es similar a la prevista en el Proyecto de 1993 (arts. 1549 y 1550) y en el art. 1588 del Proyecto de 1998.

²²⁸ Carranza Latrubesse, Gustavo, “Las nuevas reglas de la responsabilidad civil. Visión crítica”, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-nuevas-reglas-de-la.

¿A quién le corresponde demostrar que el accionar dañoso estaba (o no) justificado? ¿Al demandante o al demandado? En principio, al demandante (arts. 1734 y 1736 CCyC); pero, una vez más, esto también tiene sus bemoles porque, como el Legislador del 2014 optó por incluir la muy discutible doctrina de las cargas dinámicas de la prueba (art. 1735 CCyC), será el juez quien, en cada hipótesis, determine quien debe asumir ese débito.

²²⁹ Basado en el art. 1589 del Proyecto de Código Civil de 1998.

²³⁰ ¿Puede considerarse “justificado” un daño ocasionado por fuerza mayor? Hasta ahora podíamos contestar asertivamente. Pero con el Código Civil y Comercial esa respuesta es solo inicial (art. 1730 CCyC), pues admite excepciones (art. 1733 CCyC).

²³¹ La Corte Suprema, antes de entrar en vigencia el Código Civil y Comercial, empleó el concepto de **daño no justificado** en un caso de tutela preventiva: CSJN, 28/10/2014, “Rodríguez, M. Belén c. Google Inc.”, <http://www.informaticalegal.com.ar/>.

En los pocos comentarios referidos al **daño no justificado** generalmente se lo vincula a dicha acción preventiva (por ejemplo: Campobassi, Gustavo, “La acción preventiva incorporada al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el principio precautorio del Derecho Ambiental”, <http://www.abogados.com.ar/la-accion-preventiva-incorporada-al-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-y-el-principio-precautorio-del-derecho-ambiental/15641>).

Sin embargo, el art. 1717 CCyC forma parte de la Sección 3ª reservada para la **función resarcitoria**.

²³² López Mesa, Marcelo J., “La aplicación de un nuevo factor de atribución: la causación de un daño evitable”, MJD6595.

²³³ En similar orientación: Bueres, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, L.L. 2012-C, pág. 1254; Cerutti, María del C., “Antijuridicidad en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/.../Antijuridicidad_en_el_Proyecto.

circunstancias del caso, de la verificación de una omisión de las diligencias que los hechos concretos requerían»²³⁴.

Como era de suponer, la Reforma disparó opiniones en todos los sentidos. Algunos autores piensan que la antijuridicidad es independiente de la culpabilidad²³⁵. Otros creen que el criterio del daño injustificado invierte el eje conceptual: hasta ahora se respondía en la medida del obrar del victimario; ahora habrá que ver el fenómeno desde la postura de la víctima²³⁶. No faltan quienes entienden que esto del daño injustificado, en cierto modo, encierra un contrasentido²³⁷.

Bueres entiende que el art. 1721 CCyC permite que la atribución de un daño al responsable pueda basarse tanto en factores objetivos como subjetivos²³⁸, y que, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa²³⁹.

Sea como fuere, conforme concluye López Mesa²⁴⁰, no será de extrañar que algunos jueces y doctrinarios pasen a sostener que "...toda actividad es riesgosa -o incluso más fácilmente que toda actividad es peligrosa-, llevando el mandato legal al infinito, por conducto de la interpretación del concepto indeterminado «por las circunstancias de su realización»»²⁴¹.

21.- Nuevos horizontes para la responsabilidad de integrantes y controlantes de las personas jurídicas.

A lo largo de este estudio me he referido exclusivamente a lo que el nuevo Código denomina la **función resarcitoria**, esto es, la que tiene por objeto la reparación del daño causado, tal como la define el art. 1716 CCyC.

En ese ámbito, el criterio subjetivo u objetivo para determinar la responsabilidad, en todo caso, hace a la mayor o menor dificultad probatoria para alcanzar la indemnización. Empero ello no define el alcance de la responsabilidad²⁴².

²³⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", rev. Jurídica UCES 2013, n° 17, pág. 7. En el mismo sentido: Bueres, Alberto J., "La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", L.L. 2012-C, pág. 1254.

²³⁵ Gesualdi, Dora M., "La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012", RCyS 2013-VII, pág. 5.

²³⁶ Cecinini, Eduardo, "Algunas consideraciones en orden a la evolución del derecho de daños en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", rev. Compendio Jurídico, Abril de 2011, tº 50, pág. 13.

²³⁷ "Si se hace un estudio integrado de las facetas de la responsabilidad civil, se comprende que las expresiones daño justificado o daño jurídico envuelven una contradicción en sí. La primera, porque habiendo justificación no hay daño y habiendo daño no hay justificación. Y la segunda porque el daño en derecho es una categoría de valoración necesariamente antijurídica".

"En este orden de ideas, resulta impropio hablar de causales de justificación del daño al referirse a las causales de exoneración del deber de no dañar a otro" (Acevedo Prada, Rubén D., "Una mirada a la responsabilidad civil española: el régimen subjetivo", rev. Científica Guillermo de Ockham, vol. 11, n° 2, Julio-Diciembre de 2013, pág. 86).

²³⁸ Sustentado en los "Fundamentos" del proyecto considera que no hay relación de jerarquía entre los factores objetivos y subjetivos Bueres, Alberto J., "La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", L.L. 2012-C, pág. 1254.

²³⁹ Bueres, Alberto J., op. y lug. cit. Nota al pie anterior.

²⁴⁰ Marcelo J., "La aplicación de un nuevo factor de atribución: la causación de un daño evitable", MJD6595.

²⁴¹ En similar orientación crítica: Tale, Camilo J., "Cuarenta y dos objeciones fundamentales al Proyecto de Código Civil de 1998, en materia de responsabilidad civil", E.D. 191-953.

²⁴² Vale aclarar que aunque se llegara a sostener que la responsabilidad derivada del art. 144 CCyC es objetiva el tercero que demande no queda eximido de acreditar la relación de causalidad entre el hecho y el daño (art. 1726 CCyC).

Ahora esa medida está dada por las consecuencias **inmediatas** y **mediatas** según son definidas por el art. 1727 CCyC.

Pero al margen de esa función resarcitoria, ahora el Código, a partir del art. 1710 CCyC, regula una **función preventiva**, esto es la que tiene por objeto evitar que el daño se produzca²⁴³.

¿Cómo se transfieren esas directivas legales a la responsabilidad de los integrantes y controlantes de las personas jurídicas privadas?

Si hasta ahora, cuando sólo regía el art. 54 LSC, la doctrina de la penetración de la personalidad societaria sirvió para justificar los reclamos más audaces, es de imaginar lo que ocurrirá cuando se sumen los argumentos que derivan de los arts. 1716 a 1725 CCyC.

¿Cuál será la causa ajena que le permita al integrante o controlante de la persona jurídica liberarse y cuáles son (si existen) las disposiciones legales en contrario? ¿Cuándo se supone que tal integrante o controlante de la persona jurídica “debe obtener un resultado determinado..” ex art. 1723 CCyC? ¿Se le puede exigir al integrante o al controlante de la persona jurídica privada, por el solo hecho de serlo, algún “resultado determinado”?

¿Cuándo se entenderá que lo hecho por el integrante o controlante de la persona jurídica está justificado y cuando no?

Frente a la situación descrita por el art. 144 CCyC ¿podemos inferir que en ciertos comportamientos del integrante de la persona jurídica privada o del controlante su culpa “es irrelevante”?

Muchas veces, la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria ha servido de justificación en nuestro medio para la tesis de la responsabilidad por **infracapitalización**²⁴⁴; teoría que critiqué en otra monografía²⁴⁵.

Tan desconcertantes son las normas del nuevo Código sobre la responsabilidad civil que hay autores que las critican por haber ignorado al fenómeno de la infracapitalización²⁴⁶,

²⁴³ Calvo Costa, Carlos A., “La función preventiva de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, www.abogados.com.ar; Prévôt, Juan M., “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva en el código de 1871 y en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *rev. de Derecho de Daños*, 2014-1, pág. 109.

Tan es así que se ha previsto una “acción preventiva” (art. 1711 CCyC) que no requiere “la concurrencia de ningún factor de atribución”, y que tendría por objeto (por que esto no está nada claro en la norma) que quien tiene en sus manos evitar o mitigar un daño factible o su agravación, lo haga (Frúgoli, Martín A., “Función preventiva ¿y punitiva? en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *MJD7128*).

²⁴⁴ La doctrina de la infracapitalización es, más que nada, un producto de las especulaciones doctrinarias.

Así, en el Derecho español, donde tan ocupada está la Doctrina con el tema, un fallo del Tribunal Supremo (TS, 03/09/2014, *Inversiones Dogarmater S.L. c. Teruel Termal Desarrollos S.L.*) dio pie a estas interesantes reflexiones: “En los términos más generales, el problema que subyace al caso es el de si los socios de una sociedad están obligados a financiar ésta a través de aportaciones al capital social o pueden hacerlo por cualquiera de las vías que el ordenamiento permite a cualquiera para financiar las actividades de una compañía de capital”.

“La respuesta obvia es que las normas sobre el capital social no obligan a los socios a capitalizar adecuadamente la sociedad (no hay responsabilidad por infracapitalización) y, por tanto, mucho menos, a que sus contribuciones al fin común deban canalizarse a través del capital” (Campins, Aurora, “Reserva injustificada de los beneficios sociales”, <http://simplenewz.com/2014-10-23/mainstream/feed/96617>).

²⁴⁵ Rubín, Miguel E., “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición”, *rev. de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, ed. La Ley, año II, n° 3, junio 2011, pág. 129.

²⁴⁶ Botteri, José D. (h) y Coste, Diego, “El proyecto de Código ignoró el problema de la infracapitalización, aun cuando incrementó el resarcimiento por responsabilidad civil y por el cumplimiento de

mientras que otros encuentran que la responsabilidad por infracapitalización quedó implícitamente fomentada por los nuevos arts. 1711 y 1724 CCyC²⁴⁷; y, por último, están quienes aprecian que ahora los socios sólo serán responsables por infracapitalización cuando la sociedad devenga insolvente y tan solo cuando se demuestre el actuar doloso o culposo “grave” (“cuasi doloso”) de aquellos²⁴⁸.

Está visto que el estudio de estos temas recién empieza, y que, por fuerza, son más las preguntas que las respuestas y las dudas que las certezas.

obligaciones que puedan ser consideradas de valor, siendo necesaria su modificación al respecto”, ponencia presentada en el Iº Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil, Mar del Plata, 4 al 6 de noviembre de 2012. También: Nissen, Ricardo A. y Boquín, Gabriela F., “Sobre la necesidad de incluir soluciones concretas en materia de infracapitalización societaria”, ponencia presentada en el mismo evento académico.

²⁴⁷ Balonas, E. Daniel, “La infracapitalización societaria y el nuevo Código Civil y Comercial”, ponencia presentada ante el 60º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, diciembre de 2014.

²⁴⁸ Triolo, Ignacio L., “Responsabilidad de los administradores y socios controlantes por infracapitalización ante la insolvencia de la sociedad”, ponencia presentada ante IXº Congreso Argentino de Derecho Societario y Vº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.