

**LXXI ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE
COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

Quilmes, 22, 23 y 24 de julio de 2020.

Ponente: Guillermo Marcos.

Tema: Sociedades comerciales.

Título: Infracapitalización y aplicación del “disregard”.

Ponencia:

Resulta de aplicación la doctrina del disregard para el supuesto de infracapitalización societaria.

Tal utilización debe ser plena, evitando la aplicación restrictiva, carente de sustento normativo.

Cuando la realización de actos contrarios a la ley por parte de socios o controlantes produce un daño a la sociedad, no cabe sino hacer efectiva su responsabilidad en la forma en que lo indica el art. 54 de la L.G.S..

La posibilidad de responsabilizar a los socios que, por acción u omisión, han dotado al ente de un patrimonio insuficiente, produciendo perjuicios a terceros, goza hoy de la aceptación mayoritaria de los autores; sin perjuicio de calificadas reprobaciones¹. Sin embargo, al par de la adhesión doctrinaria que ha concitado tal predicamento, puede advertirse escasez de precedentes en el fuero comercial, ya que la mayor cantidad de ellos proviene

¹ Dasso, Ariel: “El mito de la infracapitalización”, Doctrina Societaria y Concursal Errepar, Tomo XXVI, noviembre de 2014, cita digital: EOLDC090918A; Rubín, Miguel E.; “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición”; Publicado en: DCCyE 2011 (junio), 01/06/2011, 129; Cita Online: AR/DOC/1543/2011; Stordeur (h.), Eduardo; “Infracapitalización societaria: la eliminación de la función empresarial”, Publicado en: RDCO 2006-220, 337; Cita Online: AR/DOC/6523/2013; López Tilli, Alejandro Miguel “La infracapitalización no es el problema. Incapacidad del sistema legal para velar por la traslación eficiente del riesgo”; XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo III, pág. 311

de los tribunales laborales. No obstante, lo cierto es que hoy, en relación a esta cuestión, existen problemas de la máxima importancia que han quedado aún por resolver, y, de cuya resolución, depende la justa aplicación de la tesis.

En primer lugar, se manifiesta compleja su aplicación ante la ausencia de normas específicas, cuestión que ya fuera advertida por Botteri y Coste², Vitolo³, y también por Nissen y Boquin⁴ ante la difusión del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Estos últimos alertaban sobre las urgentes soluciones que requería la problemática y aconsejaban la inclusión, en la ley de sociedades, de disposiciones específicas que establezcan un capital social mínimo en las sociedades en las cuales sus integrantes limitan su responsabilidad a los aportes efectuados y, a la vez, regular la relación que debe existir entre el capital social y el objeto.

Frente a esta desatención por parte de la reforma, y ya mucho antes de ella, se hubo estimado de aplicación la norma del art. 54 de la L.G.S. en tanto responsabiliza solidariamente a los socios o controlantes por el daño ocurrido a la sociedad⁵, y también las disposiciones que, acerca del abuso de derecho contenía el Código derogado, y se han mantenido en el nuevo ordenamiento (art. 10 CCC). Y hay quienes han entendido que deben aplicarse analógicamente los arts. 99 y 106 de la L.G.S., sosteniendo el paralelismo que existe en quienes omiten el trámite liquidatorio, y a los que la

² Botteri, José David (h) y Coste, Diego, ponencia presentada en el LVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Mar de Ajo, 29 y 30 de noviembre de 2012.

³ Vítolo, Daniel Roque; "Responsabilidad de los administradores y socios por infracapitalización", en XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo III, pág. 455.

⁴ Nissen, Ricardo y Boquin, Gabriela: "Sobre la necesidad de incluir soluciones concretas en materia de infracapitalización", 5 de febrero de 2013, Microjuris, cita: MJ-DOC-6148-AR|MJD6148.

⁵ Avellaneda, Mirta del C.; "Medidas frente a la infracapitalización societaria"; Publicado en: RDCO 2010 -A, 689; Cita Online: AR/DOC/5895/2013.

ley sanciona con responsabilidad ilimitada y solidaria respecto de los socios y terceros⁶.

Y también se ha admitido la viabilización del resarcimiento a través de la inoponibilidad de la persona jurídica en los términos de los arts. 54 tercer párrafo de la L.G.S. y 144 del Código Civil y Comercial⁷. Así razona Richard, sosteniendo que “...Ante la división patrimonial se impone referirse a la llamada ‘inoponibilidad de la personalidad jurídica’, frente al abuso del control de la funcionalidad societaria, perjudicando a la sociedad, a otros socios o a terceros. Respecto a estos últimos particularmente por la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica para responder a las obligaciones generadas por relaciones contractuales o extracontractuales...”⁸.

Dicen Botteri y Coste que la frase ‘mero recurso’ del art. 54, contiene implícitamente la noción de infrapatrimonialización, porque una sociedad que se encuentra capitalizada materialmente, en armonía con el volumen e intensidad de los negocios, que verdaderamente produce e intercambia bienes y servicios, que genera trabajo y riqueza, nunca puede configurar un ‘mero recurso’ para violar la ley, el orden público y la buena fe,

⁶ Junyent Bas, Francisco; “La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios”; Publicado en: LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1045; Cita Online: AR/DOC/1397/2009.

⁷ Junyent Bas, Francisco; “La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios”; Publicado en: LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1045; Cita Online: AR/DOC/1397/2009; Nissen, Ricardo, Nissen, Ricardo A.; “La infracapitalizacion societaria, la prevención de daños y las Sociedades por Acciones Simplificadas”; Publicado en: LA LEY 10/10/2017, 10/10/2017, 1 - LA LEY2017-E, 1117; Cita Online: AR/DOC/2633/2017; Proietti, Diego M.; “La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario para responsabilizar a los socios o accionistas”; Publicado en: Sup. Act. 29/09/2011, 29/09/2011, 1; Cita Online: AR/DOC/3024/2011; Rippe, Siegbert; “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”; Publicado en: laleyonline, Cita Online: 0003/000886; Usandizaga, Manuel; “La carente autonomía de la infracapitalización societaria”; Publicado en: LA LEY 21/11/2014, 21/11/2014, 6 - LA LEY2014-F, 380; Cita Online: AR/DOC/3473/2014; Manóvil, Rafael, “Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado”, p. 1087, Abeledo Perrot, 1998.

⁸ Richard, Efraín H.; “Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros”, Publicado en: RCCyC 2018 (mayo), 09/05/2018, 67; Cita Online: AR/DOC/674/2018.

así como frustrar derecho de terceros⁹.

No existe unanimidad al respecto:

Paz-Ares sostiene que la expresión persona jurídica no tiene una función descriptiva de una realidad subjetiva, sino que constituye una mera función de presentación de un grupo de reglas. O sea que la persona jurídica solamente hace referencia a un mecanismo, no a un centro de imputación, que irá a desembocar, en todo caso, a los únicos y verdaderos sujetos de derecho que pueden existir, que son los hombres, puntos finales de la imputación. Agrega que la ciencia jurídica ha “reificado” el nombre “persona jurídica” en el entendimiento de que se trataba de un verdadero sujeto de derecho, conduciendo a soluciones manifiestamente inconvenientes: “...para hacer frente a tales situaciones hubieron de levantar un nuevo edificio conceptual de papel-cartón: la ambigua y poco sólida doctrina del levantamiento del velo...”¹⁰.

Rubin, por su parte, y acoplado en su postura contraria a la tesis de la infracapitalización, explica que, entre nosotros, no tiene sentido incorporar la noción de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando las hipótesis que la doctrina y la jurisprudencia intentan incluir en tal concepto, perfectamente pueden ser juzgadas como simulación, fraude u otros institutos regulados por nuestras leyes¹¹.

Finalmente, debe citarse el predicamento de la Corte Nacional, bien que en referencia a temas laborales, que ha expresado, por la

⁹ Botteri José – Coste, Diego “La infracapitalización material es un presupuesto necesario pero no suficiente de la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica en el marco de acciones que pretenden atribuir responsabilidad a los socios o controlantes por deudas sociales”; XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empesa, Tomo I, pág. 369.

¹⁰ Paz-Ares, Cándido; “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (España), https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1983-40158701640.

¹¹ Rubín, Miguel E.; “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición”; Publicado en: DCCyE 2011 (junio), 01/06/2011, 129; Cita Online: AR/DOC/1543/2011.

minoría, sus reservas acerca de la aplicación de la tesis, cuestionando la sentencia recurrida por arribar a una solución: “...que no solo no se compadece con sus ya reseñados fines de proteger el tráfico negocial por la vía de sancionar la abusiva utilización del mecanismo societario, sino que atenta contra ellos; pues al introducir la posibilidad de soslayar sin respaldo legal la personalidad de las sociedades comerciales, priva al sistema de la certidumbre sin la cual no es concebible que la técnica societaria cumpla los fines que le asignó el legislador...”¹². En este precedente (Cingiale) y en ‘Davedere’, la Corte ha estimado el corrimiento del velo como de interpretación restrictiva, requiriendo, además, que se encuentre presente la insolvencia, según se extrae de un voto minoritario de ese cuerpo, en un pronunciamiento posterior¹³.

Vale decir que, entre las posturas favorables y contrarias a la aplicación del ‘*disregard of the legal entity*’ en entes subcapitalizados, se encuentra el pensamiento de algunos miembros del máximo tribunal que, pese a admitirla formalmente, la estiman de aplicación restrictiva. Tal cortapisa ha operado prohibitivamente sobre su aplicación a tenor del resultado de los precedentes citados.

No podemos compartir lo radical de tal conclusión. La ley debe aplicarse conforme su texto, ya que el primer modo de aproximación a una norma es el literal; máxime en el caso del último párrafo del art. 54, que nunca podría calificarse como ambiguo u oscuro. Las interpretaciones restrictivas o amplias de una norma, dan pábulo a su transgresión, ya que, en el primer caso, se estaría otorgando menos de lo que autorizan sus palabras y en el segundo, se excedería su alcance.

¹² CSJN, 05/03/2002, “Cingiale, María C. y otro c. Polledo Agropecuaria S.A. y otros”, voto de los Dres. Eduardo Moliné O’Connor y Guillermo A. F. López, <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=516636&cache=1586889566595>.

¹³ CSJN, 29/05/2007, “Daverede, Ana M. c. Medicomex S.A. y otros”; IMP2007-13 (Julio), 1330 - LA LEY 23/07/2007, 23/07/2007, 8 - LA LEY2007-D, 440; Cita Online: AR/JUR/1519/2007.

Trataríase, en el caso, de la deficiencia que critica Francisco Carrió: “...Así, la búsqueda de ‘esencias’, ‘voluntades no escritas’ y bienes jurídicos difusos, en lugar de determinar qué quiere decir cierta norma y cómo se aplica a un caso concreto, termina convirtiéndose en qué debería decir la norma que el juez interpreta...”¹⁴.

Debe advertirse, por lo demás, que, cuando el legislador ha querido que una norma se interprete limitadamente lo ha dicho de modo expreso (v.g. art. 114 L.G.S.; arts. 55, 375, 727, 736, 792, 948, 993, 1027, 1037, 1062, 1545 y 1642 CCC). No existe mención alguna en el art. 54 acerca de que debe aplicarse como “sanción extrema” o interpretarse “restrictivamente” y, mucho menos, que se encuentre en “insolvencia”. Ello autoriza, fundadamente a presumir, que no existe cortapisa alguna para la aplicación de la doctrina del corrimiento del velo, con base en el art. 54 LGS.

Como corolario, estimamos de aplicación la doctrina del disregard para el supuesto de infracapitalización societaria.

Y entendemos que tal aplicación debe ser plena, evitando la aplicación restrictiva, carente de sustento normativo.

Guillermo Marcos

¹⁴ Carrió, Francisco; “En busca del arca perdida: el bien jurídico protegido y otras criaturas mitológicas. Qué cosas no buscar cuando queremos interpretar la ley”; Publicado en: Sup. Penal2019 (mayo), 6 - LA LEY2019-B, Cita Online: AR/DOC/421/2019.