

XVII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

Cancún, México, Noviembre de 2017

La Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica o Disregard of Legal

Entity:

¿Un instituto desaprovechado?

Esc. Soledad Cappetta Rodríguez
República Oriental del Uruguay

Resumen Ejecutivo.

La Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica es un instituto regulado en la ley uruguaya que, con su adecuada aplicación, contribuiría con la eliminación de los graves problemas de corrupción, lavado de dinero, evasión, y muchos otros delitos o malas prácticas, que tanto contaminan nuestra sociedad.

En el desarrollo de cualquier actividad comercial, empresarial o industrial, las sociedades comerciales han sido el vehículo por excelencia para ello, y el elemento determinante es su personalidad jurídica, es decir, ser un sujeto de derecho distinto a la persona de los socios o accionistas.

La Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica es una herramienta procesal encaminada al desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, cuando esta es utilizada en fraude a la ley, violando el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas, o terceros.

Lejos de amenazar el concepto de personalidad jurídica, la correcta aplicación de esta herramienta, constituye una de las formas más efectivas de protegerla. El uso abusivo de aquella desvirtúa su finalidad, la debilita, la corrompe; y los actores del derecho estamos obligados, a corregirlo toda vez que ello suceda.

La ley uruguaya establece claramente los presupuestos que admiten su procedencia, así como también limita sus alcances y efectos, exigiendo una prueba fehaciente de aquellos. Y aunque nada reza sobre excepcionalidad o subsidiaridad, la construcción doctrinaria que más influyó en la jurisprudencia nacional respecto del instituto, le asignó dichos caracteres, generando hasta nuestros días una aplicación muy acotada del mismo.

En el presente trabajo se analizará la norma, las distintas posiciones doctrinarias y la jurisprudencia uruguaya, procurando, una vez concluido, desarraigar al mismo de tales construcciones teóricas.

Así buscamos demostrar que dichas limitaciones no provienen de la norma; pues si bien esta es mesurada, no pretende restringir el uso de la herramienta, sino que señala el camino para su apropiada utilización.

1. Introducción.

En nuestro tiempo, las herramientas de comunicación trajeron consigo una forma de convivir con el resto del mundo, que hasta hace unos pocos años era impensada. Y si bien ello, en apariencia debería hacernos la vida más sencilla, la realidad es que en gran medida ha sucedido lo contrario.

La globalización y el manejo casi infinito de todo tipo de información en tiempo real, han complejizado nuestras relaciones interpersonales, pero también han sido los grandes responsables de un mundo más transparente.

Los organismos internacionales, tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Grupo de Acción Financiera (GAFI), exigen a los gobiernos implementar políticas de transparencia, tanto hacia lo interno como lo externo. Tales exigencias no solo obedecen a la necesidad de combatir el crimen organizado, sino que también tienen la finalidad de reorganizar las economías de sus países miembros, principalmente en lo que refiere a la recaudación tributaria.

Uruguay no ha quedado ajeno a ello, de un tiempo a esta parte se han sancionado normas que cumplen con dichas exigencias y contribuyen con la transparencia. Una muestra importante de ello, fue la ley de reforma tributaria del año 2007¹, la cual eliminó un tipo de sociedad anónima² (sociedades del tipo *off shore*), que resultaba atractiva debido al anonimato y al régimen de baja tributación que gozaba.

¹ Ley N° 18.083 de fecha 27.12.2006.

² Ley N° 11.073 de fecha 24.06.1948 y Ley N° 16.170 art. 635 de fecha 28.12.1990.

En ese sentido, se han introducido numerosos cambios en el sistema jurídico uruguayo con la finalidad de posicionar al país junto a las jurisdicciones mejor alineadas con las prácticas internacionales en el combate al terrorismo, lavado de activos, corrupción, evasión, entre otros; todo ello cumpliendo con altos estándares internacionales de transparencia.

En el año 2004 se legisló sobre la prevención al lavado de activos³ la cual designó sujetos obligados a comunicar al Banco Central las transacciones que resulten inusuales o sospechosas. En dicha norma los sujetos obligados designados fueron las personas físicas o jurídicas del sistema financiero, así como también las inmobiliarias y casinos, entre otros. Cinco años más tarde otra norma⁴ introdujo nuevos sujetos obligados como ser los escribanos, rematadores, explotadores de zonas francas, entre otros.

Posteriormente se creó el Registro en el Banco Central de titulares de acciones al portador para entidades residentes y no residentes⁵ (estas últimas cuando tengan establecimiento permanente o dirección efectiva en el país). Dichas entidades están obligadas a comunicar sus titulares accionarios, recayéndoles graves sanciones en caso de incumplimiento.

³ Ley N° 17.835 de fecha 23.09.2004.

⁴ Ley N° 18.494 de fecha 05.06.2009.

⁵ Ley N° 18.930 de fecha 04.07.2012.

La Ley de Transparencia Fiscal⁶, recientemente sancionada, amplió dicho registro a los titulares de acciones nominativas y escriturales, así como también a los beneficiarios finales de los tres tipos de acciones mencionados.

La obligación de informar los beneficiarios finales antes indicada, recae también sobre las entidades no residentes, cuando poseen su dirección efectiva o un activo superior a 2.500.000 Unidades Indexadas (hoy aproximadamente USD 300.000) en el país. Asimismo, esta norma introdujo importantes cambios en la tributación que grava las entidades no residentes con domicilio en países o jurisdicciones de baja o nula tributación (BONT), aumentando su carga tributaria y desestimando fuertemente su utilización en nuestro país.

Si bien Uruguay ha tenido que sancionar numerosas normas en el camino hacia la transparencia, en su ordenamiento jurídico existen desde hace algunos años, herramientas concretas, que persiguen tal fin, y una de ellas es el instituto que nos ocupa.

El derecho en general es una consecuencia de los hechos que nunca termina por alcanzar la compleja realidad en que vivimos. No obstante, muchas soluciones a problemas o circunstancias generadas por tales complejidades, ya están en nuestro ordenamiento jurídico, y es tarea de los operadores del derecho detectar aquellos instrumentos que, aplicando la sana crítica, la razonabilidad y la justicia, puedan adecuarse y utilizarse para atenderlas.

⁶ Ley N° 19.484 de fecha 05.01.2017.

En otras palabras Olivera García ⁷ lo expresa así: *“El derecho no se construye sobre los cadáveres de las viejas instituciones jurídicas. El derecho avanza cuando estas instituciones buscan ser mejoradas, perfeccionadas, a los efectos de lograr normas de convivencia social más adecuadas y justas.”*

La Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica es un instituto de avanzada que, mediante su apropiada aplicación, contribuiría con la eliminación de los graves problemas de corrupción, lavado de dinero, evasión, y muchos otros delitos o malas prácticas, que tanto contaminan nuestra sociedad.

Dicho instituto fue consagrado en el ordenamiento jurídico uruguayo a texto expreso en la Ley N° 16.060 de fecha 4 de setiembre de 1989 (Ley de Sociedades Comerciales).

El presente trabajo pretende analizar el instituto, desmenuzar lo establecido en la norma que lo regula, buscando precisar sus presupuestos, su alcance y efectos, pues entendemos que dicha norma es por demás acertada en referencia a ello.

⁷ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 38.

2. La personalidad jurídica.

Antes de adentrarnos en el análisis del instituto objeto de este trabajo, quisiéramos realizar algunas apreciaciones en relación al instituto de la persona jurídica en el derecho comercial uruguayo.

Las sociedades comerciales en Uruguay fueron reguladas por el Código de Comercio de 1865, pero aún no gozaron de personalidad jurídica, sino hasta la sanción de la Ley N° 10793 de fecha 25 de setiembre de 1946 (de Registros Públicos), que se las concedió. Dicha norma estableció en su artículo 19, que *las sociedades comerciales constituidas de acuerdo a las disposiciones del Código de Comercio son personas jurídicas de interés privado*. Más tarde la antes mencionada Ley de Sociedades Comerciales Uruguayas (LSCU), en su artículo 2° estableció que: *“La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley”*.

Por consiguiente, la sociedad comercial es un sujeto de derecho distinto de las personas que la integran (socios o accionistas), titular de un patrimonio autónomo, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones propias. Dice Olivera García ⁸ *“un ente jurídico diferenciado; con un interés personal propio, diferente del interés de sus socios; con un patrimonio propio e independiente; capaz de entrar en relaciones jurídicas con los propios socios y con terceros... y, en algunos tipos sociales (anónimas,*

⁸ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescendencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 4.

de responsabilidad limitada), la absoluta separación de sus respectivos patrimonios y responsabilidades.”

De esta forma, las sociedades comerciales se han convertido en una herramienta fundamental para la vida de negocios, especialmente las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada.

En ese sentido, estos dos últimos tipos nombrados, resultan el vehículo adecuado, por medio del cual las personas se asocian y destinan un capital para el ejercicio de una actividad con el fin de obtener ganancias, y que además ese mismo capital sea el que soporte las pérdidas, salvaguardando, de esta forma el patrimonio personal de esas personas en relación a las oscilaciones del negocio (exceptuado las deudas laborales y tributarias respecto de las cuales directores y administradores son responsables personalmente).

Así es que, el elemento determinante que hace de las sociedades comerciales el vehículo por excelencia para el desarrollo de cualquier actividad comercial, empresarial o industrial, es su personalidad jurídica. Ser un sujeto de derecho distinto a la persona de los socios o accionistas es fundamental.

Si bien reconocemos en la personalidad jurídica todas sus bondades, advertimos que el uso abusivo de ella, desvirtúa su finalidad, la debilita, la corrompe; y todos los actores del derecho estamos obligados, a estar atentos para corregirlo toda vez que ello suceda.

Es así que concordamos plenamente con Serick⁹ cuando dice “*quien niega su personalidad es quien abusa de ella. Quien lucha contra semejante desvirtuamiento, afirma tal personalidad.*”

3. La Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica.

3.1. Orígenes y concepto.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica es un instituto de creación doctrinaria y jurisprudencial, cuyos primeros teóricos surgen al principio de la segunda década del siglo pasado en norteamérica y a mediados de la década del 50 de dicho siglo en el continente europeo.

En Uruguay la aplicación del instituto por parte de los jueces, fue previa a su consagración normativa en la LSCU, basados en la construcción doctrinaria y la jurisprudencia del derecho comparado.

Sin embargo, su introducción en el sistema jurídico uruguayo fue muy discutida y hasta resistida por algunos sectores de la sociedad, por lo que se tuvo especial cuidado en su redacción, en especial en relación a la protección del concepto de personalidad jurídica.

⁹ Serick, Rolf. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*. Barcelona, España, 1958, pág. 133.

En la LSCU está regulado en sus artículos 189 a 191, habiendo ubicado su regulación en el capítulo primero de la parte general, lo cual lo hace aplicable a todas las sociedades comerciales.

El instituto objeto del presente análisis en el derecho uruguayo, es una herramienta procesal encaminada al desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, cuando esta es utilizada en fraude a la ley, violando el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas, o terceros.

En tal sentido, su aplicación se traduce en desestimar la personalidad jurídica del sujeto de derecho, permitiendo identificar quienes están detrás del mismo, y una vez probado fehacientemente el cometimiento de fraude, imputarles a quienes corresponda, los actos que en apariencia eran de aquel. Se busca reconocer la realidad tras las apariencias, corriendo el velo, desestimando la persona jurídica, imputando bienes o derechos a quien o quienes corresponda conforme a derecho.

La existencia de la persona jurídica con relación a la procedencia del disregard constituye un elemento imprescindible, y su utilización para cometer fraude o violar el orden público, significa el detonante que permite desconocerla.

Con su aplicación se busca evitar el uso abusivo de la personalidad jurídica, permitiendo al juez ingresar en la intimidad de la sociedad, levantando el velo de la misma penetrando hasta su estructura base, identificando a las personas físicas o jurídicas que hay detrás, a fin de aplicar las normas que realmente correspondan, responsabilizándolas de los hechos cometidos.

Los efectos de su declaración por parte del Juez, recaerán exclusivamente en el caso concreto, para el cual haya sido solicitada.

La correcta aplicación de la herramienta de la prescindencia de la personalidad jurídica respecto de una sociedad comercial constituye una de las formas más efectiva de protegerla. Olivera García¹⁰ al respecto sostiene: *“Frente a los excesos en el uso de la personalidad jurídica de las sociedades no propugna la supresión del concepto, sino su mejoramiento, acotando los efectos de dicha personalidad jurídica, cuando la misma es utilizada en fraude a la ley o al contrato. De este modo, es capaz de lograr soluciones más justas y certeras, compatibles con el mantenimiento de institutos tan importantes y necesarios para el funcionamiento del comercio.”* Agregando *“el objetivo del instituto es siempre el mismo, lograr una solución de justicia que permita que no queden impunes aquellos comportamientos que, ajustándose estrictamente a la letra de la ley o del contrato, busquen por medios que repugnan al correcto sentir jurídico y a la moral social obtener resultados claramente contrarios a claras prohibiciones que la ley quiso inequívocamente establecer.”*¹¹

De la lectura de la discusión parlamentaria referente a los artículos que regulan el instituto, se advierte la batalla que libran los legisladores buscando el equilibrio entre, por un lado la defensa del concepto de la personalidad jurídica y la separación de esta con la persona de los socios, tan importante en la vida comercial de una sociedad,

¹⁰ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 38.

¹¹ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 37.

y por otro lado la no reglamentación exhaustiva del instituto, que resulte en su debilitamiento y escasa aplicación.

Más aún, cuando en la época de la sanción de la norma en Uruguay se poseía la errónea convicción de que en las relaciones contractuales y económicas existentes, operaba la sencillez. Tal creencia quedó plasmada en la carta que oportunamente enviara el Poder Ejecutivo junto al proyecto de ley (que con posterioridad fuera la LSCU) al Parlamento. La misma es fechada 2 de setiembre de 1987 y en su quinto párrafo cito textual: *“Asimismo se ha tenido especialmente en cuenta, que la necesaria prolijidad de las disposiciones del Proyecto, no redunde en perjuicio de la sencillez tradicional, característica de nuestro ambiente jurídico y económico, teniendo en cuenta la ubicación y función de nuestro país en el ámbito internacional.”*

De la compulsa de los documentos¹² de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, encargada del análisis del proyecto de ley antes referido, se desprende esa preocupación por el uso abusivo que, de llegar a aprobarse, se le podría dar al instituto, debilitando en consecuencia la personalidad jurídica de las sociedades comerciales.

Y como evidencia de ello, citamos la exposición realizada en una de sus sesiones: *“No han sido ajenas a la Comisión las prevenciones que este tema provoca en el ámbito jurídico y empresarial. Se ha dicho, así, que la introducción de este*

¹² Parlamento del Uruguay, Trámite Parlamentario, Asunto 80355, *Sociedades Comerciales, Grupos Interés Económico y Consorcios*. Régimen, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/80355/tramite>

instituto, de escasos antecedentes en el derecho positivo comparado, no obstante su abundante desarrollo doctrinario, podría colocar en manos del pretorio un elemento de fácil uso abusivo. No sin hesitaciones, la Comisión ha entendido conveniente mantenerlo, aunque, con una redacción sustancialmente distinta a la del proyecto original. Lo ha hecho, básicamente, por estas razones: 1) Porque, de hecho, la personalidad jurídica de las sociedades y la afectación patrimonial consiguiente; han sido y son efectivamente utilizados como instrumento de fraude. Es deber del legislador procurar impedirlo. 2) Porque, en ausencia de previsión legal, el instituto ha sido efectivamente utilizado por nuestra jurisprudencia como desarrollo, no siempre preciso, de otros conceptos jurídicos (el abuso de derecho, por ejemplo). 3) Porque, en consecuencia, corresponde a la ley delimitarlo, acotarlo y fijar sus alcances, evitando tanto el uso indiscriminado del fraude como la utilización potencialmente abusiva del "descorrimiento del velo" de la personalidad jurídica, que derivaría de la ausencia de previsión normativa."

Sin embargo y a pesar de ello, parecería que en la práctica la batalla la ha ganado la defensa acérrima del concepto de la personalidad jurídica. Ello es así, no solo en relación a la postura que tiene la doctrina más influyente en el tema, sino también en relación a la aplicación del instituto por los jueces, que basados en aquella, han tenido una excesiva cautela en la procedencia del mismo.

Así pues, parecería resultar más importante dejar intacta la personalidad jurídica, que corregir su uso indebido; lo que ha derivado en una excesiva limitación a la

aplicación del instituto. Al respecto Olivera García¹³ expresa tan acertadamente: *“la forma de salvaguardar este cúmulo de principios esenciales –resumidos brillantemente en el concepto de personalidad jurídica- es darles a los mismos la dimensión que deben necesariamente tener, evitando que un uso perverso de los mismos ponga en crisis su propia vigencia.”*

3.2. Fundamentos.

En forma previa a la consagración normativa del instituto por la LSCU, la doctrina y la jurisprudencia encontraban el fundamento para la aplicación del mismo principalmente en la teoría del abuso de derecho, consagrado en el artículo 1321 del Código Civil.

Esta norma establece: *“El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.”*

Es así que, Herrera Oreggia¹⁴ analiza el instituto basándolo en el abuso de derecho y expresa que: *“Existirá abuso de derecho de la personalidad jurídica, entonces toda vez que se utilice la misma, sin justa causa, para: a) actuar en fraude a la ley, violar una prohibición legal o eludir una responsabilidad u obligación de fuente legal*

¹³ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 37.

¹⁴ Nicolás Herrera Oreggia *“Teoría del Disregard of Legal Entity; un enfoque basado en el Abuso de Derecho”*, Anuario de Derecho Comercial, 1984, Tomo 1, págs. 62 y 63.

(in fraudem legis). b) eludir una responsabilidad u obligación de fuente contractual; o c) eludir una responsabilidad u obligación de fuente extracontractual.”

Y además afirma que: *“Si no se da en la realidad subyacente uno de los tres supuestos ya indicados, no ha existido abuso se podrá haber utilizado la personalidad jurídica con un fin atípico.”*

No obstante, la LSCU fundó su procedencia en torno al concepto de fraude. Es así que surge de la discusión del proyecto en la Comisión de Constitución y Legislación¹⁵ lo siguiente: *“El concepto central a partir del cual gira el instituto es el de la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica. Ella se concreta en las hipótesis de fraude a la ley o violación del orden público, y en el de fraude a los derechos de los socios, accionistas o terceros. En este último caso el fraude debe, además, ocasionar perjuicio. El concepto de fraude, equivalente al de engaño, ha sido objeto de abundante producción doctrinaria que eximen de mayores comentarios.”*

Olivera García¹⁶ así lo concluye: *“Una idea central en la regulación legal del instituto de la prescindencia de la personalidad jurídica es el concepto de fraude. Después de muchas hesitaciones en el proceso de elaboración de la ley, la Comisión Especial de la Cámara de Representantes optó por construir el instituto en torno al concepto de fraude, por entender que es el único concepto preciso.”*

¹⁵ Parlamento del Uruguay, Trámite Parlamentario, Asunto 80355, Sociedades Comerciales, Grupos Interés Económico y Consorcios. Régimen, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/80355/tramite>

¹⁶ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 14.

3.3. Presupuestos.

La norma en su artículo 189 establece: *“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.”*

Entendemos que para que exista fraude la conducta deberá ser engañosa, encubierta, no obstante respecto del fraude a los derechos de los socios, accionistas o terceros, además se deberá producir un perjuicio.

Por consiguiente, la norma exige para que proceda la inoponibilidad, que mediando la utilización de la personalidad jurídica de la sociedad, deban darse los siguientes presupuestos: fraude a la ley, violación del orden público, o fraude y perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

Fraude a la ley: la personalidad jurídica debe ser utilizada en fraude a la ley, esto es cuando escudándose en ella, los individuos la utilizan para eludir un precepto legal y lograr de esta forma, el fin no querido por la norma violentada.

Esos actos realizados, en apariencia por la sociedad, pueden ser perfectamente lícitos. Esto es cuando el acto realizado por la sociedad no vulnera ninguna norma, sino que la prohibición legal es respecto de quien la está utilizando para realizarlo, es éste quien la está infringiendo.

Entonces, cuando se levanta el velo y permite ver a quien verdaderamente corresponde el acto, es cuando se advierte que esa persona estaba impedida por una norma determinada.

Un claro ejemplo de ello sería la utilización de una sociedad comercial (cuyo único accionista sea una persona física), para la adquisición de bienes inmuebles propiedad del cónyuge de ese accionista. De esta forma se burla la prohibición de otorgamiento de compraventas entre cónyuges establecida en el Código Civil. El perjuicio a un tercero puede ser eventual, bastando únicamente para la procedencia del instituto que se pruebe la existencia del fraude a la ley.

Asimismo, otro ejemplo sería cuando una persona burlando el precepto legal que establece la naturaleza ganancial para los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, utiliza una sociedad anónima para la compra de bienes inmuebles. En este caso, el cónyuge damnificado tendría que probar la utilización de la sociedad para cometer el fraude que sería impedir que el bien sea ganancial.

La Suprema Corte de Justicia hizo lugar a la prescindencia de la personalidad jurídica en un caso así¹⁷, admitiendo que existió fraude en el uso de la persona jurídica, al indicar que XX S.A había sido utilizada por parte del Sr. AA para evitar el ingreso del inmueble en el patrimonio ganancial. Concluyendo que resulta procedente declarar la inoponibilidad de la persona jurídica XX S.A, en relación a la actora y que para la

¹⁷ Sent. SCJ, 01.06.2011, N° 1.889/2011.

reclamante hay que considerar que el inmueble indicado es ganancial de ambos cónyuges.

Violación del orden público: refiriéndose a este, como aquellas normas que limitan la autonomía de la voluntad de las partes en protección del interés general de una sociedad que buscan el bien colectivo, cuya infracción afectaría el interés público y social tutelado en ellas.

Normas de orden público deben ser aquellas que inspiran el mantenimiento de la organización social, la justicia y equidad, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado.

Al respecto Nicolás Herrera¹⁸ entiende que *“todo lo que puede asimilarse a violación de orden público cae siempre, indefectiblemente, en alguna medida, en fraude a la ley o violación de una norma imperativa o que prohíbe actuar.”*

Fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros: en este último presupuesto la norma exige la concurrencia de fraude y perjuicio. No solo exige la utilización de la sociedad para cometer fraude, sino que también exige la existencia del perjuicio ya sea en relación a los socios, accionistas o terceros.

El fraude supone actuar de mala fe y con intención de dañar; la ley no solo pondera un accionar doloso, sino que también demanda la presencia del perjuicio real o

¹⁸ HERRERA, Nicolás. *“La inoponibilidad de la personalidad jurídica”*. En: Universidad de La Republica (Uruguay). Instituto de Derecho Comercial. La nueva ley de sociedades: ley No.16.060 de 4 de setiembre de 1989. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990.

sea del daño ocasionado por ese acto fraudulento. Y respecto de este presupuesto no se permitiría la aplicación del instituto, si el perjuicio no se produce.

En una sentencia¹⁹ del Tribunal de Apelaciones se recoge el presupuesto y claramente se concluye que: *“...nos encontramos ante una sociedad anónima sin giro empresarial alguno, de aquellas que, normalmente, se “compran” con el único fin de transferirle formal y aparentemente la titularidad dominial de bienes inmuebles que, de esta manera, se colocan fraudulentamente fuera de la esfera patrimonial del deudor.”* Y prosigue el Tribunal expresando: *“Existió, pues, una utilización fraudulenta de la personalidad jurídica de la sociedad, ya que su finalidad no parece ser otra que la de defraudar a los reales o potenciales acreedores de sus verdaderos dueños.”*

Por el contrario, y respecto de un caso similar, en el cual una persona física enajena un inmueble a una sociedad anónima y recibe como contraprestación acciones de esa sociedad, Nicolas Herrera²⁰ afirma que: *“Si el motivo del demandado fue, para el futuro, dificultar el cobro por parte de sus futuros acreedores, al imponerles un bien (acciones) de más difícil persecución, con actos queridos y válidos y con contraprestaciones reales, pues estaba en su derecho y si ello preocupa al acreedor, pues no debió darle crédito y si no se informó, ese fue su riesgo (consciente o inconsciente).”*

¹⁹ Sent. TAC 6°, N° 341/2007, 05.12.2007.

²⁰ HERRERA, Nicolás. *“De la simulación y el disregard: En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude”*. Anuario de Derecho Comercial, nov. 2006, Tomo 11, págs. 473-480.

Se infiere, que para este autor no supone un uso abusivo de la personalidad jurídica utilizarla para la tenencia de bienes inmuebles con el único fin de dificultar la persecución de dichos bienes por parte de los acreedores del accionista. No estamos para nada de acuerdo con ello, es más, entendemos que “*dificultar el cobro por parte de sus futuros acreedores*” significa un claro perjuicio para estos.

Además, no debemos perder de vista el concepto de sociedad comercial dado por el artículo primero de la LSCU, el cual establece que habrá tal cuando los aportes de los socios se apliquen al *ejercicio de una actividad comercial organizada*.

Del análisis de la jurisprudencia en nuestro país, este último presupuesto (fraude y perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros) ha sido el que más se ha utilizado por los actores del derecho a la hora de aplicar la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Conclusión a la que también arriba Olivera García²¹ cuando expresa: “*Llama la atención que, en nuestra jurisprudencia, prácticamente la totalidad de los fallos refieren a la posibilidad de persecución por los acreedores de una persona jurídica de bienes que se encuentran en el patrimonio de otra persona física o jurídica. No se han identificado casos en los cuales se acoja la teoría ante situaciones puras de fraude a la ley o de violación de normas de orden público. La aplicación del instituto se halla siempre vinculada a la utilización de la sociedad comercial como instrumento para defraudar a terceros.*”

²¹ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. “*Prescendencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.*” Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 16.

Surge además del análisis de la jurisprudencia nacional que los profesionales del derecho, frente a la existencia de fraude o encubrimiento, han preferido la utilización de la acción pauliana o la acción de simulación, según corresponda (herramientas consagradas en el Código Civil).

Sin embargo, concordamos con Olivera García²² cuando entiende que *“el concepto de fraude que provoca la inoponibilidad de la personalidad jurídica es mucho más amplio que el concepto de fraude pauliano y permite su extensión a situaciones no circunscriptas necesariamente al fraude a acreedores.”*

3.4. Prueba fehaciente.

La LSCU en su artículo 189, inciso segundo establece: *“Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.”*

Los fines expresados serían los mencionados en el primer inciso, o sea, el cometimiento de fraude a la ley, violación del orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

²² OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 35.

La Suprema Corte de Justicia en numerosos fallos²³ aboga especialmente por la prueba fehaciente del fraude. Es así que exige la prueba del cometimiento de fraude y de la utilización de la persona jurídica para cometerlo, y en relación al concepto de fraude cita en reiteradas ocasiones a Tancredi Galimberti que en su Diccionario Jurídico²⁴ expresa que: *“El fraude se configura mediante dos rasgos generales: la intención de dañar o perjudicial (consilium fraudis) y la consecuencia de un daño real o eventual (eventus damni).”* Y continúa la Corte expresando: *“éstos son los elementos que permiten al juzgador prescindir de la apariencia de personería que oculta la realidad societaria con fines ilícitos, ya sea acudiendo al “disregard”, ya aplicando los principios generales en materia probatoria que autoriza nuestro Derecho”.*

Sin embargo entendemos, que el fraude no consiste en el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad per se, sino que son dos aspectos diferentes, interdependientes sí, pues deben coexistir para la procedencia del instituto, pero no deben confundirse en uno solo.

El fraude es una conducta engañosa, encubierta que persigue un beneficio propio o ajeno, en perjuicio de un tercero; por lo tanto puede haber abuso de una personalidad jurídica sin que ello implique un engaño para perjudicar a un tercero. No obstante, la conjunción de ambos hace procedente el instituto.

²³ Sent. SCJ, N° 768/2008, 17.11.2008. Sent. SCJ, N° 123/2000, 09.03.2000. La Justicia Uruguaya, set - oct 2000, Tomo 122, pp.149-154. Sent. SCJ, N° 937/2008, 24.12.2008.

²⁴ GALIMBERTI, Tancredi, Diccionario Jurídico, Vol. 2, pág. 1.043.

La existencia del fraude debe ser concreta, por ejemplo la sola existencia de un conjunto económico no significa en si misma que la forma societaria está siendo utilizada en fraude a la ley o de terceros, ello se desprende, además, de numerosos fallos judiciales²⁵. Por consiguiente, no sólo deberá existir el conjunto económico, sino que deberá existir también el fraude, y es necesario probarlo, así como también la utilización de aquel para cometerlo.

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia sentenció²⁶: *“la falta de prueba existente en autos del uso abusivo de la personalidad jurídica del Banco de Montevideo, en tanto la responsabilidad del conjunto económico no es objetiva, sino que debe necesariamente acreditarse la intención fraudulenta, para que, en consecuencia, se pudieran activar los instrumentos legales existentes para evitar el daño causado fraudulentamente... En conclusión, se comparten los fundamentos de la Sala "ad quem" en cuanto a que, para aplicar el instituto corresponde invocar actuación fraudulenta, es decir un designio inicial en la estructura financiera del grupo económico dirigido a perjudicar a clientes inversores y tal extremo, con las probanzas incorporadas, no está acreditado.”*

Ahora bien, entendemos que la prueba fehaciente de un hecho alegado en juicio, es un requisito intrínseco de todo proceso judicial; un elemento perteneciente al debido proceso consagrado constitucionalmente.

²⁵ Sent. SCJ, N° 913/2008, 19.12.2008. Sent. TAT 3°, N° 369/2014, 24.10.2014. Sent. TAC 4°, N° 45/2016, 05.04.2016. SCJ, N° 937/2008, 24.12.2008.

²⁶ SCJ, N° 937/2008, 24.12.2008.

Concordamos con Olivera García²⁷ cuando al respecto expresa que: *“Parecería como si resultara una novedad o especialidad de este instituto que los hechos que motivan su aplicación deben estar probados y que la ley debe ser aplicada por el magistrado en forma cuidada y criteriosa. Estos requisitos son intrínsecos al desarrollo de todo proceso y a la función del magistrado actuante, de donde no percibimos esta supuesta excepcionalidad.”*

El legislador, debido a la existencia del temor de tornar endeble el concepto de la personalidad jurídica y, buscando conciliar las distintas posturas que generaba el instituto de la prescindencia (en especial la resistencia que existía a su consagración legal), incluyó en la norma, la exigencia de una prueba fehaciente. Por lo que se entendió que el Juez solo podría decretar la prescindencia de la personalidad jurídica, cuando el caso sea indiscutible.

También coincidimos con lo sostenido por el Ministro Cafasso, en sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, que fuera comentada por Cristina Herdt y la suscrita²⁸, cuando sostiene que: *“La circunstancia de que se exija la prueba fehaciente de la utilización de la sociedad comercial como instrumento para alcanzar los fines fraudulentos, no impide que se arribe a esa prueba por medios que en su conjunto utilice un espectro probatorio en el que tengan cabida los indicios y las presunciones*

²⁷ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 35.

²⁸ CAPPETTA RODRÍGUEZ, Soledad; HERDT, Cristina. *“La inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades deducidos como defensa.”* Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay [Recurso en línea], ene.-dic. 2003, Tomo 89, Número 1-12, págs. 315-322.

como parte fundamental. Del mismo modo que ocurre en todo caso de simulación y de acción pauliana. Lo que no va en desmedro de la fehaciencia de la prueba, ya que de otro modo nunca se podrían atacar instrumentos y hasta escrituras públicas dubitadas.”

Sin embargo, no es la postura de la jurisprudencia nacional mayoritaria, la cual sostiene que no basta con la existencia de indicios y presunciones, sino que deberá probarse la efectiva utilización de esa sociedad, la existencia de una conducta engañosa, y cuando corresponda, el perjuicio causado en consecuencia.

El Ministro Cafasso en otra sentencia²⁹, se expresó en ese sentido: “*si pretendemos tener pruebas fuera del ámbito presuncional nunca se aplicarán las normas ni el disregard”*.

Si bien pensamos que las normas jurídicas deben ser interpretadas a priori, de acuerdo con lo que de ellas se desprende, sin descuidar la intención y voluntad del legislador; es imprescindible y esencial para la buena salud de una sociedad, que las mismas se interpreten desde una óptica realista, teniendo muy en cuenta la coyuntura social, económica y cultural existente en el momento de la interpretación.

En tal sentido demostrado está que, una desmedida exigencia probatoria vuelve casi inaplicable dicho instituto.

²⁹ Sent. TAC 1°, N° 20/2000, 24.02.2000.

3.5. ¿Instituto de aplicación excepcional y subsidiaria?

La doctrina³⁰ que más influyó en los comienzos de la aplicación del instituto en nuestro país, sostuvo que el mismo tenía los caracteres de excepcional y subsidiario. Lo cual sostiene aún hasta nuestros días, cuando luego de sancionada la norma nada de ello se desprende de la misma.

El carácter de excepcional Nicolás Herrera³¹ lo fundamenta con la siguiente afirmación: *“la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica debe ser necesariamente excepcional, es decir, la primacía de la personalidad jurídica (su uso no abusivo) es la regla general; el uso ilícito de ese “derecho” (entre comillas pues deja de serlo con su abuso) será la excepción a demostrar.”*

Entendemos que nada tiene que ver el uso que a la personalidad jurídica se le dé con reglas generales o excepciones. Sino que ello son lecturas de una realidad determinada en un momento determinado.

La forma en que se observen los hechos no puede ser nunca una imposición de los operadores jurídicos. No podemos afirmar a priori que la personalidad jurídica no está siendo mal utilizada, sino que ello debe ser una realidad constatada, una vez observado y probados tales extremos.

³⁰ HERRERA OREGGIA, Nicolás. “Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho”. Anuario de Derecho Comercial, 1984, Tomo 1, pp.53-71.

³¹ HERRERA, Nicolás. “De la simulación y el disregard: En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude”. Anuario de Derecho Comercial, nov. 2006, Tomo 11, págs. 473-480.

Aquella afirmación y postura doctrinaria es citada hasta nuestros días en repetidos fallos judiciales.

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia comparte esta posición, expresando en la sentencia número 186 del año 2015³² que: *“En efecto, lo que el inciso segundo del art. 189 de la Ley 16.060 exige es una interpretación de los elementos probatorios de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de forma rigurosa, dada la excepcionalidad que reviste el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica.”*

En dicha sentencia hace referencia a la sentencia número 123 del año 2000³³, en la cual en sus considerandos desarrolla más el tema, expresando que: *“La mayoría de la Corte... considera que el disregard es una acción excepcional mediante la cual el Juez está habilitado a ingresar dentro del marco de la persona jurídica y llegar hasta las personas físicas (o jurídicas) que hay en su base y hasta la plataforma económica subyacente a fin de aplicar aquellas normas de derecho que correspondieren evitándose así el uso abusivo de la personalidad jurídica. Dado su carácter de excepcionalidad es que cabe aplicar este correctivo únicamente cuando la persona jurídica es utilizada abusivamente, encubriendo conductas que burlan a los acreedores, los cuales, como se dijo, no quedó demostrado en el caso en autos.”*

Del análisis de los considerandos citados, se desprende el especial énfasis que el magistrado le atribuye, al carácter de excepcional que se afirma tiene el instituto,

³² Sent. SCJ, N° 186/2015, 05.06.2015.

³³ Sent. SCJ, N° 123/2000, 09.03.2000. La Justicia Uruguay, set - oct 2000, Tomo 122, pp.149-154.

claramente influenciado por la postura que la doctrina antes comentada ha mantenido respecto del mismo.

En nuestra opinión, el carácter de excepcional que se le da al instituto, se debe al celoso cuidado que se le tiene a la personalidad jurídica que goza la sociedad comercial. Lo cual compartimos plenamente; ello es fundamental, es el motor del comercio en la sociedad actual. Sin embargo, únicamente su buen uso contribuirá con la seguridad jurídica también tan necesaria en toda sociedad.

Por consiguiente, no hay que perder de vista que tan excesivo cuidado puede obstaculizar la corrección del uso indebido que a la misma se le pueda dar, haciendo de esta herramienta algo excepcional y escasamente procedente.

El carácter de subsidiariedad también le fue adjudicado por la mencionada doctrina, con anterioridad a la consagración legal del instituto en nuestro ordenamiento jurídico³⁴, sin embargo, podemos notar que mantiene su postura tiempo después de sancionada la norma, en otro trabajo³⁵ cuando afirma: *“la acción de disregard es también subsidiaria. Solo podrá aplicarse el disregard cuando en el caso no procedan otros institutos previstos por la legislación para ello.”*

³⁴ HERRERA OREGGIA, Nicolás. “Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho”. Anuario de Derecho Comercial, 1984, Tomo 1, pp.53-71.

³⁵ HERRERA, Nicolás. *“De la simulación y el disregard: En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude”*. Anuario de Derecho Comercial, nov. 2006, Tomo 11, págs. 473-480.

Tampoco compartimos que se le asigne al instituto que nos ocupa el carácter de subsidiario. Dicha interpretación podría haberse entendido antes de su regulación normativa, sin embargo luego de esta, no encontramos el fundamento para tal afirmación.

Igualmente también podemos notar que esa posición doctrinaria generó arraigo en la jurisprudencia nacional. Una vez sancionada la norma, dicha doctrina ha seguido siendo tenida en cuenta, cuando en muchos casos a la hora de decidir la procedencia del instituto, se exigen ambos caracteres.

En tal sentido se expresa en un fallo lo siguiente: *“Que si se conceptualizara la teoría del disregard se concluiría que se trata de una acción excepcional, subsidiaria y relativa... Que el requisito de subsidiariedad fluye cuando otros institutos del derecho (acciones pauliana o simulatoria e incluso las acciones revocatorias concursales) no pueden prosperar...”*³⁶

Muy por el contrario, concordamos con Olivera García³⁷ cuando afirma que la LSCU no establece ni requiere una aplicación excepcional del instituto, sino que las aseveraciones de la doctrina nacional previas a dicha ley, revelan *“un cierto temor en la aplicación de un instituto de reciente consagración legislativa, que remueve y pone en*

³⁶ Sent. TAC 3°, 02.10.1991. La Justicia Uruguaya, jul - ago 1992, Tomo 105, pp.113-116.

³⁷ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 35.

crisis algunos conceptos que como el de persona jurídica fueron tenidos por mucho tiempo como absolutos.”

No obstante, disentimos en esto último, pues el instituto de referencia, no pone en peligro el concepto de persona jurídica, sino que a nuestro juicio lo protege. Igualmente, cabe aclarar, que basándonos en el trabajo completo de dicho autor, creemos que esta afirmación refería al pensamiento de la doctrina antes comentada, y no al propio.

3.6. Alcance y efectos.

La norma que venimos analizando también delimita el alcance de esta herramienta procesal a la hora de desplegar sus efectos y desplegar sus consecuencias, una vez declarada la inoponibilidad.

Es así que, en el artículo 190 en su primer inciso establece: *“La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.”*

Por lo que, una vez configurados y probados alguno de los tres presupuestos previamente analizados del instituto, el Juez declarará la inoponibilidad pero únicamente respecto del caso concreto para el cual se solicita, y únicamente respecto del actor que la reclama.

Entendemos que, en caso de llegar a buen fin la pretensión, siendo las consecuencias tan importantes y trascendentes para la persona jurídica, es acertada la norma cuando adjudica el desconocimiento únicamente al caso concreto. Por lo que de esta forma, no ataca a la sociedad comercial en todas sus relaciones jurídicas, sino que solo respecto de aquellas que conciernen a ese caso concreto.

De esta forma, el velo de la sociedad se levantará a los efectos de que esa persona jurídica sea inoponible en relación solamente a aquél que promueve la pretensión. Para así, poder identificar lo que está detrás de la misma, aplicándole el derecho que corresponda.

De los documentos ya citados, respecto de la discusión del proyecto por parte de la Comisión de Constitución y Legislación³⁸ y en relación a la voluntad del legislador, se extrae lo siguiente: *“En primer lugar, la circunstancia de que la declaración de inoponibilidad sólo produce efectos en el caso concreto. La declaración de prescindencia no ocasiona ni la nulidad del acto ni su general ineficacia. El concepto es, precisamente, ese: inoponibilidad respecto de quien ha obtenido un pronunciamiento judicial favorable, y sólo respecto de él.”*

En el segundo inciso del artículo mencionado indica qué hacer una vez prescindida la persona jurídica de la sociedad y establece que *“se imputará a quien o a*

³⁸ Parlamento del Uruguay, Trámite Parlamentario, Asunto 80355, Sociedades Comerciales, Grupos Interés Económico y Consorcios. Régimen, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/80355/tramite>

quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad”.

Por consiguiente, una vez corrido el velo de la persona jurídica y identificado lo que tras de ella hay, será posible imputar aquellas obligaciones y derechos, que en apariencia pertenecían a la sociedad, a los sujetos que en realidad son titulares de los mismos.

De esta forma, clarificada la maniobra, se imputará a quienes corresponda los bienes o derechos que en las apariencias pertenecían a la sociedad, pero en la realidad y solo respecto del actor deberán considerarse alojados en el patrimonio de quien utilizaba la sociedad como pantalla.

Acogida la acción de prescindencia y por consiguiente obtenida la inoponibilidad de la personalidad jurídica con la correspondiente imputación de derechos y obligaciones a quienes son los verdaderos titulares, el reclamante deberá iniciar la acción procesal que corresponda, encaminada a la satisfacción del derecho frustrado. Es decir, quien obtuvo la inoponibilidad permitiendo así, por ejemplo, identificar el verdadero titular de un bien inmueble, podrá iniciar luego el proceso judicial pertinente, con el fin de cobrar su crédito contra ese bien.

En el tercer inciso del artículo que estamos analizando, encontramos otro límite a los efectos de la declaración de inoponibilidad, y ese límite es el tercero de buena fe.

La protección de los terceros de buena fe es un principio general en nuestro ordenamiento jurídico, principio que el legislador tuvo en cuenta a la hora de regular este instituto, mencionándolo expresamente.

Dicho inciso establece que *“en ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.”*

Es así que, la validez de los actos y contratos celebrados entre la sociedad y los terceros ajenos a los hechos que motivan la prescindencia de la persona jurídica, no podrán ser alcanzados por las consecuencias de esta.

Cabe preguntarse quiénes serían considerados terceros en una acción de inoponibilidad. Según Rodríguez Mascardi³⁹: *“el elenco... incluye a accionistas o socios minoritarios del ente cuestionado, meros inversores y la mayoría de las veces carentes de participación en la vida societaria, y en consecuencia ajenos a las desviaciones que se invocan en la acción. También lo serán los acreedores de la sociedad que verán disminuir la garantía de su patrimonio y esencialmente aquellos que adquirieron derecho concretos sobre bienes involucrados en el proceso de inoponibilidad.”*

Más adelante, la nombrada autora, plantea la discusión doctrinaria existente respecto del alcance que tiene el concepto de terceros de buena fe invocado por el legislador. La discusión gira en el eje de si el concepto comprende exclusivamente a

³⁹ RODRÍGUEZ MASCARDI, Teresita. *“El abuso de la personalidad jurídica y su repercusión en el mercado”*. Estudios Jurídicos, 2012, Número 10, págs.159-174.

aquel que resulte afectado en forma directa, o la ley alude a los terceros de buena fe con generalidad y amplitud. Esto último es compartido por dicha autora.

Adherimos a la posición de Rodríguez Mascardi, pues entendemos que la norma no limitó el alcance del concepto por lo cual no podría limitarlo el intérprete.

Por otra parte, a nuestro entender, en el último inciso de este artículo, la norma aclara cualquier duda que lo anterior pueda suscitar, estableciendo que: *“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.”*

De esta forma, pensamos que para el caso de que sea declarada la inoponibilidad y esta alcance a terceros de buena fe sin afectarlos, y/o aunque sus efectos únicamente recaigan sobre el caso concreto, no se deberá dejar de penalizar a todas las personas que participaron en la maniobra.

Vale decir, que esas limitaciones a su alcance y sus efectos, no inhibirán al Juez respecto de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, dependiendo las consecuencias que sobre ellos recaigan, del grado de su intervención y el conocimiento de los mismos.

3.7. Vía procesal.

El último inciso del artículo 189 dispone el camino procesal para el ejercicio de la acción de inoponibilidad, estableciendo que: *“Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario.”*

Al respecto, Olivera García⁴⁰ nos hace notar que *“Esta norma implica un apartamiento del principio general contenido en el art. 18 de la LUSC, según el cual, cuando la ley disponga o autorice una acción legal, la misma se sustanciará por el procedimiento extraordinario (arts. 346 y 347 del Código General del Proceso).”*

De la lectura de dicho inciso se desprende que la inoponibilidad se podrá pretender además, por otras vías procesales como de defensa o excepción, reservando el juicio ordinario para la vía de acción. Sin embargo, esta interpretación no ha sido unánime en la jurisprudencia.

El tema fue abordado en un trabajo⁴¹ realizado por Cristina Herdt y la suscrita en relación a una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno.

Esta sentencia del Tribunal revoca una sentencia de primera instancia en la cual el Juez había fallado que no podía interponerse la inoponibilidad de la personalidad jurídica como excepción o defensa en un trámite incidental de tercería de dominio, concluyendo que no era esa la vía procesal adecuada. Por lo que en segunda instancia

⁴⁰ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 27.

⁴¹ CAPPETTA RODRÍGUEZ, Soledad; HERDT, Cristina. Ob. Cit.

se revoca dicha sentencia y se declara la inoponibilidad de la personalidad jurídica frente al acreedor que invocó el disregard.

En la misma, el Ministro Cafasso afirma que procede la invocación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica por vía de defensa, en primer término porque debe estar reservado al ejecutante el derecho de utilizar todos los medios a su alcance para defender su pretendido derecho.

Además, el nombrado Ministro entiende que la norma no hace otra cosa que admitir otras vías procesales para pretender la inoponibilidad, cuando expresa que para la vía de acción procederá el juicio ordinario. Implícitamente está admitiendo que podrán utilizarse otras vías como ser la de defensa o de excepción.

En cuanto a la legitimación para entablar la pretensión, nuestra ley fue más allá que la ley argentina tutelando, no solo a los terceros perjudicados con la actuación de la sociedad, sino que también incluyó a los socios y accionistas, como sujetos legitimados para su invocación.

3.8. Inscripción registral.

La LSCU prevé en su artículo 191 que el Juez ordene, si correspondiere, la inscripción en el Registro Público del testimonio de la pretensión de la presidencia de la personalidad jurídica.

La norma deja a criterio del Juez para el caso concreto, si correspondiere o no la inscripción de la pretensión en el citado Registro. Y agrega la misma, que además podrá adoptar otras medidas cautelares.

De acuerdo con la Ley N° 16 871 de fecha 28 de setiembre de 1997 (Ley Registral Uruguay), dicho testimonio se inscribe en el Registro Nacional de Actos Personales, sección Interdicciones.

La inscripción de la pretensión en el Registro Público ampara al que pretende la inoponibilidad de la sociedad comercial, en cuanto a que no verá frustrado su derecho con el paso del tiempo una vez que sea declarada la misma, ya que cualquier inscripción posterior le será inoponible.

Es decir que, le será inoponible al actor por ejemplo, cualquier enajenación que se realice con posterioridad a la inscripción de la pretensión, quedando protegido el patrimonio de la sociedad objeto de esta, durante el proceso.

Será tarea del notario, cuando sea llamado a intervenir en un negocio jurídico, analizar el certificado registral solicitado respecto de la sociedad comercial parte en el referido negocio. Y en el caso de surgir respecto de esa sociedad comercial, una inscripción de una pretensión de inoponibilidad de la personalidad jurídica, aquél deberá en primer lugar estudiar el expediente judicial correspondiente para así determinar si el bien objeto del proyectado negocio, pudiera verse afectado en caso de declararse la inoponibilidad.

Según datos obtenidos del citado Registro, en los últimos diez años se han inscripto un promedio anual de catorce pretensiones. En el 2014 fueron siete las inscripciones, superando la veintena solamente en el año 2011.

El promedio anual mencionado, es muy bajo y refuerza lo expresado en este trabajo respecto de la escasa aplicación que presenta el instituto en Uruguay.

Más aún, el análisis de los números en los últimos años, demuestra que la tendencia es a la baja.

4. Conclusiones.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica es un instituto que goza de plena vigencia en la realidad contemporánea.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina uruguaya más influyente en la materia, han sido las responsables de su uso tan restringido, haciendo del mismo un instituto de aplicación excepcional.

Además, la exigencia de una especial valoración de la prueba (“prueba fehaciente”), ha servido para limitar su aplicación y su procedencia.

A propósito de ello, Olivera García⁴² expresa que: *“El análisis de los antecedentes jurisprudenciales citados revela que, en el Uruguay, la teoría de la*

⁴² OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *“Prescendencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo.”* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 34.

prescindencia de la personalidad jurídica se encuentra aún en proceso de maduración y consolidación. A pesar de la consagración legal del instituto –como vimos, absolutamente excepcional en el derecho comparado- no solamente nuestros tribunales, sino también todo nuestro foro profesional, no han completado aún el proceso de incorporación de esta novedosa figura a nuestra cultura jurídica.”

A nuestro entender, la escasa aplicación del instituto analizado no radica en que tanto la jurisprudencia como el foro profesional uruguayo posea un proceso de maduración lento, sino que la postura de cada uno obedece a motivos distintos.

La jurisprudencia ha sido enormemente influenciada por la doctrina nacional que analizó el instituto antes de su consagración legal, y su apego a aquellas conclusiones (carácter excepcional y subsidiario por ejemplo) se manifiesta hasta nuestros días.

En las reflexiones finales del trabajo de Olivera García⁴³ ya citado, cuando hace referencia a las circunstancias que motivan la escasa aplicación de este instituto, expresa que: *"En tercer lugar, la referencia que realiza gran parte de la jurisprudencia a la excepcionalidad o subsidiariedad del instituto. Es común hallar fallos que hacen referencia al disregard como un instituto de carácter excepcional o especial, aplicable cuando no existen otras vías que el derecho acuerde, el cual debe ser objeto de un especial rigor probatorio y de especiales cuidados en su aplicación. Esta característica, destacada por la doctrina nacional previo a la ley societaria y que, definitivamente, la LUSC no establece ni requiere..."*

⁴³ OLIVERA GARCÍA, Ricardo. *"Prescindencia de la Personalidad Jurídica en el Derecho Uruguayo."* Mar del Plata, Buenos Aires, Argentina, octubre 2010, pág. 35.

En lo que refiere a la falta de internalización de la herramienta por parte del foro profesional uruguayo, como una vía más para satisfacer los derechos frustrados de las personas, entendemos responde al escepticismo que le despierta la postura que frente al instituto posee la jurisprudencia.

No obstante, es imposible dejar de tener en cuenta el papel fundamental que la doctrina nacional ha tenido en la construcción de este escenario.

Compartimos las expresiones de Rodríguez Mascardi⁴⁴ cuando dice: *“El gran mérito del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica es que permite la oxigenación del derecho societario, posibilitando involucrar a aquellos que la utilizan torpemente”* Y más adelante agrega: *“No por rendir equivocado culto a la seguridad jurídica deben limitarse los alcances de una teoría que resulta vital para impedir el mal uso de las estructuras societarias.”*

Por consiguiente, los actores del derecho debemos estar atentos, pues la defensa en forma cegada de la personalidad jurídica, ha permitido su abuso. Sólo la protegeremos si empleamos todas aquellas herramientas que sirven para fortalecerla.

Y la realidad ya nos ha mostrado de forma innegable que el abuso de las personas jurídicas ha facilitado el encubrimiento de numerosos delitos graves y malas prácticas que tanto dañan a la humanidad, ejemplo de ello son el terrorismo, la corrupción, el lavado de activos, la evasión, el ocultamiento de bienes, etc.

⁴⁴ RODRÍGUEZ MASCARDI, Teresita. *“El abuso de la personalidad jurídica y su repercusión en el mercado”*. Estudios Jurídicos, 2012, Número 10, págs.159-174.

Por ende, concluimos que sería conveniente replantearnos el lugar que se le ha asignado en nuestra práctica a esta valiosa herramienta jurídica.

La norma la recoge cabalmente, brindándonos todos los elementos necesarios para una correcta aplicación.

Depende únicamente de todos los involucrados utilizarla en aras de una sociedad con una mayor equidad y justicia.