

Oponibilidad 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**

Por Leandro J. Caputo

1. Introducción

Mediante la reforma del año 1983 a la ley de sociedades comerciales (en adelante LSC), se introdujo como tercer párrafo a su art. 54 la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria.

Ese paso legislativo constituyó el primer antecedente de esta naturaleza, posteriormente seguido por la ley 16.060 de la República Oriental del Uruguay.

La aplicación de la norma, pese a su amplitud y las importantes consecuencias que puede generar, fue escasa hasta que hace algunos años su utilización se hizo extensiva al menos en el ámbito del fuero laboral.

Esta aplicación por parte de los tribunales laborales tuvo sentidos opuestos lo cual había generado en la doctrina la opinión sobre la necesidad de contar con un fallo plenario o de una sentencia de la Corte Suprema. Esto último ocurrió primero y será objeto de uno de los dos temas que analizaremos en este trabajo.

El segundo aspecto que abordaremos es el tratamiento de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el anteproyecto de la ley de sociedades comerciales, elaborado por Salvador D. Bergel, Jaime L. Anaya y Raúl A. Etcheverry¹.

Los redactores del anteproyecto tuvieron en cuenta algunas situaciones que habían despertado críticas o puntos discordantes en la aplicación del art. 54, párr. 3° de la LSC.

2. La inoponibilidad de la personalidad jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Pese a haber dictado sus sentencias en causas originadas en relaciones laborales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, remitiendo en todos los casos al dictamen previo del procurador fiscal, ha sentado algunas conclusiones importantes –y correctas– sobre el instituto en examen, que son de aplicación para la generalidad de los supuestos, ya que sus conclusiones no se limitan al ámbito del derecho del trabajo.

Los litigios en cuestión trataban sobre la responsabilidad de los socios y de los directores en casos de verificarse el llamado pago “en negro” (o sin registración) de empleados.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Julio C. Otaegui participó originariamente de la Comisión, mas presentó su renuncia al alejarse del cargo de ministro de justicia Jorge Vanossi.

Con carácter previo a la resolución de los casos por la Corte Suprema, distintos fallos dictados por la alzada laboral habían recepcionado la aplicación de la doctrina la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria a supuestos en los cuales se verificaba la existencia de las aludidas relaciones laborales no registradas².

Los argumentos utilizados en esos pronunciamientos fueron los siguientes:

a) No puede decirse que el pago “en negro” encubre la consecución de fines extrasocietarios, puesto que el principal fin de una sociedad comercial es el lucro; pero sí que constituye un recurso para violar la ley, el orden público (el orden público laboral expresado en los arts. 7º, 12, 13 y 14 de la ley de contrato de trabajo –LCT–), la buena fe (que obliga al empresario a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador, art. 63, LCT) y para frustrar derechos de terceros (a saber, el trabajador, el sistema previsional, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial).

b) No obsta a esa solución el hecho de que la parte actora haya trabajado para la sociedad anónima y no para los socios directivos de ésta en forma individual. La demanda contra los socios no se funda en un inexistente contrato de trabajo con ellos, sino en la responsabilidad de estos por los hechos y deudas de la sociedad cuando se aplica a ésta la cláusula de desestimación de la personalidad prevista en el citado art. 54 de la ley 19.550.

c) La práctica de no registrar ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado, práctica comúnmente denominada pago “en negro” y prohibida por los arts. 140 de la LCT y 10 de la ley 24.013, constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que tiene normalmente por fin último la evasión al sistema de seguridad social. Se perjudica al trabajador, que se ve privado de todos los beneficios sociales, al sector pasivo, que es víctima de la evasión y a la comunidad comercial en cuanto al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado que la reservada a otros empleadores de la ley.

Las soluciones así justificadas no fueron compartidas por otras salas del tribunal de alzada aludido, lo que llevó a la doctrina especializada a avizorar como necesario un pronunciamiento plenario o de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que pusiera fin a la controversia³.

Finalmente, el Alto Tribunal emitió ese pronunciamiento, en primer lugar, en la causa “Carballo, Atiliano c/Kanmar SA”, donde revocó un pronunciamiento de la Sala 9 de la alzada laboral, que había confirmado el fallo de primera instancia, haciendo extensiva la condena a un director de la demandada⁴.

² CNTrab, Sala III, 11/4/97, “Delgadillo Linares, Adela c/Shatell SA y otros s/despido”, sent. 73.635; íd., íd., 19/2/98, “Duquelsky, Silvia c/Fuar SA y otro”, JA, 1999-IV-768; íd., Sala VI, 23/3/01, “García, Analía B. c/Compañía de Gas de la Costa”; íd., Sala VII, 17/6/99, “Villafañe, Evelia M. c/Mirmar SA”, JA, 2000-I-582; íd., Sala X, 31/7/00, “Palomeque, Aldo R. c/Benemeth SA y otros”, LL, 2001-B-539. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó este fallo.

³ Ver Mark, Mariano H., *Interpretación del art. 54 ley 19.550, según la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*, JA, 2001-IV-226.

⁴ DT, 2003-A-222 y siguientes.

Si bien la LSC no reviste el carácter de ley federal, lo que en principio no habilitaba la instancia extraordinaria, ante la ausencia de un fallo plenario, la resolución por parte de la Corte Suprema constituye un hito importante.

No obstante lo cual, no era dable esperar que el Tribunal se ocupara de una cuestión de este tipo que, analizada bajo estrictos términos técnicos, debió haber sido resuelta por un fallo plenario de la propia Cámara del Trabajo⁵.

En el precedente señalado, la Corte Suprema remitiéndose a los fundamentos y conclusiones del procurador fiscal de la Nación, resolvió que:

“Los jueces laborales han hecho aplicación de una disposición de la ley de sociedades que no constituye una derivación razonada del derecho vigente, pues se contrapone con principios esenciales del régimen societario”.

“Han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que ésta conforma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía”.

“Resulta irrazonable que el simple relato del actor sin mencionar el respaldo de otras pruebas producidas en la causa tenga la virtualidad de generar la aplicación de una causal de responsabilidad en materia societaria que tiene carácter excepcional, sin la debida justificación”.

El Tribunal confirmó ese criterio en el recurso de hecho deducido por Gabriel, Jacobo y Sergio Lipovetsky en la causa “Palomeque, Aldo R. c/Benemeth SA y otro”⁶. Dictaminó el procurador que la importancia que la personalidad diferenciada entre la sociedad y sus socios y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que configura un régimen especial porque dicho tipo societario constituye una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía; en ese contexto considera de orden excepcional la aplicación de esta causal de “responsabilidad”.

De la jurisprudencia así dictada por la Corte, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Ratifica el criterio restrictivo bajo el cual debe ser analizado el instituto en cuestión.

b) No comparte el criterio relativo a que el incumplimiento de una ley de orden público –como por ejemplo, la LCT– constituye *per se* el encuadramiento de esa situación fáctica en el hecho previsto por el art. 54, párr. 3° de la LSC.

c) En los fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en que se extendió la responsabilidad, no se ponderó debidamente un aspecto esencial resalado por la Corte Suprema: no se acreditó la existencia de una relación entre el dependiente no registrado y el controlante de la sociedad. Éste sería el único supuesto,

⁵ Ello, sin perjuicio de las opiniones personales respecto de la constitucionalidad de ese tipo de fallos.

⁶ CS, 3/4/03, “Palomeque, Aldo R. c/Benemeth SA y otro”, LL, 2003-F-731.

en el caso aquí analizado, en el cual la actuación de la sociedad constituiría un mero recurso para violar el orden público, puesto que esa actuación, en tal caso, se interpondría con la apuntada finalidad defraudatoria.

d) Lo probado en las distintas causas laborales aludidas fueron incumplimientos de la sociedad y no que la actuación de ésta haya tenido, como tal, una finalidad antijurídica. Se confunde así, el incumplimiento en el que cualquier sociedad pueda incurrir –sin que por ello, por ejemplo, quede sin efecto la limitación de la responsabilidad al aporte establecido en el art. 1° de la LSC– con la utilización desviada de la forma societaria. La diferencia es clara y no puede admitir equívocos.

e) Que no se acreditó la existencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, que prevaleciendo de dicha personalidad afectaba el orden público laboral o evade normas legales.

f) Que la personalidad diferenciada entre la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta configura un régimen especial porque aquellas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía⁷.

a) Relación entre el controlante y el tercero damnificado

Resulta importante poner énfasis en el aspecto mencionado como c precedentemente. Al respeto, la Corte Suprema sostuvo: “tampoco se advierte –en rigor, no lo ha postulado así el decisorio de la Sala– que estén reunidos los elementos necesarios para considerar que entre los co-demandados a título personal y el actor existía un contrato de trabajo”.

Anticipamos aquí que entendemos que resulta acertada la postura del Tribunal⁸, en tanto se advierta que el fundamento de la aplicación de la inoponibilidad reside en un doble vicio, consistente en que, por un lado, debe configurarse un apartamiento –en la actuación concreta bajo análisis– de la causa fin del negocio societario; y además, en forma coetánea, cabe exigir la presencia de uno de los vicios de los actos jurídicos. Este fundamento implica, en definitiva, que se utiliza erróneamente la normativa de la personalidad jurídica para evitar que ciertas consecuencias jurídicas recaigan sobre el controlante abusivo.

Así, uno de los efectos de la sanción prevista por el art. 54, párr. 3° de la LSC consiste en la imputación de la actuación de la sociedad a aquellos que la hicieron posible.

Cabe aquí recordar, puesto que parece un aspecto olvidado, que la inoponibilidad de la personalidad jurídica tiende a sancionar un uso abusivo o mal uso o uso

⁷ Conclusión que, evidentemente, cabe hacer extensivo al resto de las sociedades comerciales tomando en consideración que el fundamento resulta igualmente aplicable y la ubicación del art. 54 de la LSC en la parte general, lo que impide limitar su aplicación sólo a las sociedades anónimas.

⁸ Que mereció la crítica de Gulminelli, Ricardo L., *Un retroceso en materia de responsabilidad societaria*, LL, 2003-F-731.

indebido de la normativa de la persona jurídica, con la intención de evadir cargas u obligaciones imputables, por ejemplo, a los miembros de la entidad⁹.

Siguiendo a Suárez Anzorena recordamos que la imputación es una “mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica o determinada persona fijando a tal fin diversos recaudos, variables según el supuesto, entre los cuales está la capacidad de cumplir el acto, adquirir los derechos o asumir las obligaciones que de él deriven y también las consecuencias sancionatorias de la ejecución de un acto prohibido”¹⁰.

En función de ello, es dable considerar que el controlante a quien se imputa la actuación de la sociedad busca mediante esa actuación evitar cierta consecuencia jurídica: que esa actuación le sea imputada a él.

Sobre esta base, cabe preguntarse quién es la persona que, pretendiendo ampararse en la actuación de la sociedad, defrauda los derechos del tercero. Evidentemente, el controlante que hace posible la actuación de la sociedad busca evitar desentenderse de una cierta situación jurídica frente al tercero al cual se interpone la aludida actuación.

Puede advertirse, consiguientemente, la existencia de una relación entre el tercero damnificado y el controlante que éste pretende evitar en su imputación jurídica respecto de su persona mediante la actuación societaria sobre la cual pretende recaigan únicamente esas consecuencias jurídicas por él evitadas.

En supuestos en los cuales el medio societario se utilice para violar la legítima o la ganancialidad, incumplir un pacto de no competencia o eludir normas de orden público, como las de naturaleza laboral, por ejemplo, es clara la existencia de una relación, o en otros términos, la presencia de un vínculo jurídico que exige frente a un tercero un determinado obrar que pretende ser eludido mediante la interposición de la actuación societaria.

En esta línea de razonamiento, la sentencia de la Corte Suprema resulta acertada. Por ende, es correcto sostener que si no se acredita una relación entre el supuesto controlante torpe y el presunto tercero damnificado, en modo alguno se presenta un supuesto respecto del cual pueda predicarse que la actuación de la sociedad fue dirigida a contrariar la causa fin del negocio societario.

Es aquí donde cabe retomar lo anticipado sobre la presencia de un doble vicio: 1) alguno de los vicios de los actos jurídicos, más, 2) el vicio consistente en el apartamiento de la causa-fin del negocio societario¹¹. En el caso analizado no se presenta el segundo supuesto.

⁹ López Díaz, Patricia, *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentación de la personalidad jurídica*, Santiago, Lexis Nexis, 2003, p. 81. Como destaca Ana María M. de Aguinis, “se prescinde de la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige, se ocultan tras aquélla para eludir obligaciones hacia terceros” (*Control de sociedades*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1996, p. 115).

¹⁰ Suárez Anzorena, Carlos, *Personalidad de las sociedades*, en Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael M. - Ragazzi, Guillermo E. - Rovira, Alfredo L. - San Millán, Carlos, “Cuadernos de derecho societario”, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000, p. 131.

¹¹ Cabe aquí aclarar que los supuestos previstos en el art. 54, párr. 3° de la LSC se basan sobre la teoría de los vicios de los actos jurídicos. Así, la consecución de fines extrasocietarios implica un caso de simulación; la violación de la ley o el orden público es un supuesto de ejercicio abusivo de

b) Inoponibilidad y responsabilidad de los directores

En cuanto al argumento que presentamos como *f*, al rechazar la imputación y responsabilidad de los administradores, la Corte Suprema dio prevalencia al mantenimiento de los efectos plenos de la personalidad jurídica por sobre la aplicación de la doctrina emergente del art. 1081 del Cód. Civil que preceptúa que: “La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal”.

Es que, sin perjuicio de señalarse que ha sido expuesto que la responsabilidad de los administradores tiene su origen en su actuación dolosa¹² y que, como destaca Galgano, el tercero contratante con la sociedad no puede fundar su acción en un incumplimiento culposo o doloso de la sociedad¹³, como se trata en el caso en análisis, lo cierto es que la Corte Suprema considera que la responsabilidad del administrador en casos como el analizado no deviene de su participación personal en el hecho, en los términos del art. 1081 del Cód. Civil, sino de una desviación en la actuación de la sociedad.

3. Modificaciones propuestas por el anteproyecto de reformas a la ley de sociedades

El anteproyecto propone las siguientes reformas sobre el instituto en análisis: a) simples cuestiones de redacción, como hacer mención a la actuación “*que esté destinada a la consecución*” en lugar del actual texto que establece “*la actuación... que encubra la consecución*”. No vemos en ese cambio más que una cuestión de redacción; b) la protección de los derechos de terceros de buena fe; c) la consagración de la sociedad unipersonal; d) la admisión del llamado interés del grupo, y e) la inoponibilidad horizontal.

a) La situación de los terceros de buena fe

La situación de los terceros de buena fe en cuanto ella puede verse afectada por las consecuencias de la declaración de inoponibilidad fue objeto de especial preocupación doctrinaria, en tanto existe la necesidad de compatibilizar los derechos del sujeto damnificado con aquellos de los acreedores de la sociedad, tal como sostiene Nissen¹⁴. Agrega este autor que en sentencias dictadas frente a supuestos de violación de normas de orden público provenientes del derecho de familia y sucesio-

derechos y defraudar a terceros es un supuesto de fraude. Véase la opinión concordante de Otaegui, Julio C., *Concentración societaria*, Bs. As., Ábaco, 1984, p. 473.

En el primer supuesto, la estructura de doble vicio se presenta coetáneamente, ya que al buscarse la satisfacción de fines extrasocietarios, a la vez que se simula se deja de lado la causa fin del negocio societario. Por su parte, en los dos restantes supuestos, esa estructura doble se presenta de la siguiente manera: apartamiento de la causa fin (“la actuación... constituya un mero recurso para”) y un vicio del acto jurídico (violar la ley o el orden público o defraudar a terceros).

¹² Cozian, Maurice - Viandier, Alain, *Droit des sociétés*, 11^a ed., Paris, Litec, p. 278, donde destacan que la responsabilidad hacia los terceros es excepcional.

¹³ Galgano, Francesco, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Zanichelli, 2000, p. 292.

¹⁴ Nissen, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales*, t. I, Bs. As., 1994, Ábaco, p. 75.

nes, se ordenó que los bienes aportados ilegítimamente a la sociedad se incorporen a la sucesión del causante o al patrimonio conyugal, debiendo la sociedad reducir su capital social, si los socios no optan por su disolución definitiva¹⁵.

Propicia realizar este equilibrio y no desconocer la responsabilidad limitada al aporte. Ello puede afectar derechos de terceros que sean legítimos acreedores de la sociedad, por lo cual, frente a supuestos de tal tipo entiende aplicables los arts. 107 y 109 de la LSC¹⁶.

Según nuestra opinión, frente a la colisión de intereses entre quien se ve perjudicado por la actuación desviada de la sociedad y el tercero de buena fe acreedor de la misma que no debe verse agraviado por la disminución patrimonial que provocará como efecto la ineficacia parcial del negocio societario, la posibilidad de aquél de agredir el bien fraudulentamente aportado a la sociedad debe quedar supeditada a la satisfacción de sus créditos por parte de la sociedad o a la garantía suficiente del cobro oportuno de tales créditos¹⁷, para lo cual será de aplicación lo dispuesto en el art. 204 de la LSC.

No obstante ello, en caso de que la sociedad no pudiese cumplir anticipadamente o garantizar el crédito del tercero acreedor de buena fe, prevalecerá el derecho de éste ya que el acreedor perjudicado por la actuación del ente quedará protegido con la imputación directa de la obligación al socio o al controlante y con la responsabilización de los mismos que impone la norma societaria pudiendo ser resarcido por la vía del art. 1057 del Cód. Civil.

A igual solución arriba Otaegui¹⁸ al expresar que puede darse el caso de terceros no perjudicados por la actuación de la sociedad pero sí por la inoponibilidad de la personalidad jurídica en tanto los bienes pertenecientes a la sociedad se consideren de propiedad de sus socios o controlantes. Tales terceros, a su juicio, pueden ser socios o accionistas no controlantes, socios o accionistas externos, en el supuesto de un grupo societario, y también los acreedores de buena fe de la sociedad cuya personalidad se desestima y cuyos intereses se perjudican con la afectación del patrimonio social –en su forma externa que provoca la confianza de terceros– a la satisfacción de los derechos de los terceros beneficiados por la inoponibilidad. Por estos perjuicios, concluye, deben responder, asimismo, sus causantes, o sea los socios o controlantes, como dispone el párr. 3° del art. 54 de la LSC en concordancia con la doctrina del art. 1056 del Cód. Civil.

Esta última es la posición adoptada por el anteproyecto, que propone agregar un párrafo final al art. 54, en los siguientes términos: “Lo dispuesto se aplicará 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”.

Así, el anteproyecto pone fin a esta discusión.

¹⁵ Nissen, *Ley de sociedades comerciales*, t. I, p. 75 citando a Favier Dubois (h.) y Bargalló.

¹⁶ Nissen, *Ley de sociedades comerciales*, t. I, p. 75.

¹⁷ Conforme Nissen aun cuando dicho autor propone una solución distinta a la nuestra (*Ley de sociedades comerciales*, t. I, p. 75).

¹⁸ Otaegui, *Concentración societaria*, p. 480 y 481.

b) La sociedad unipersonal

El art. 1° del anteproyecto consagra la posibilidad de constituir sociedad anónima o de responsabilidad limitada unipersonal, poniendo fin a la discusión sobre el requisito de la pluralidad y evitando recurrir a soluciones calificadas como llamativas, como la expuesta por Yadarola en cuanto al negocio fiduciario¹⁹.

Esta admisión, en lo que al tema en análisis concierne, evitará recaer en la discusión relativa a la existencia de intereses extrasocietarios en los casos en que la actuación realizada por una sociedad en la que uno de los socios ostenta una participación casi total del capital accionario, como así también, la necesidad de aplicar teorías que han sido duramente criticadas, como la del *pactum fiduciæ* en el derecho societario, o la del negocio jurídico indirecto, que implica un arduo análisis sobre la causa del fin del negocio.

c) El interés grupal²⁰

Resulta importante la modificación propuesta al párr. 2° del actual art. 54 de la LSC, consagrando expresamente la admisión legal del llamado interés grupal.

Este reconocimiento permite un mayor margen de acción para el funcionamiento grupal, puesto que la existencia del grupo no permite suponer que pueda existir con carácter presuntivo un abuso de la controlante hacia la subsidiaria²¹ lo cual implica sostener que la sola existencia de una relación de control en los términos del art. 33 de la ley 19.550, no es motivo que autorice por sí mismo a extender a la controlante la responsabilidad de la controlada²².

¹⁹ Cuya recepción en el ámbito societario mereció la dura crítica de Gervasio Colombres. La posición de Yadarola también fue expuesta por Marcos Satanowsky y Julio C. Otaegui.

²⁰ Si bien excede el objeto de este trabajo, cabe aclarar que la expresión "interés grupal" tiene un contenido cuyo contorno es preciso determinar suficientemente, puesto que no puede implicar el sometimiento arbitrario de la controlada a la política fijada por la dirección del grupo. También puede entenderse que, a través de "interés grupal", se hace alusión al ejercicio de los derechos que asisten a la controlante, en su caso, como accionista mayoritaria (directa o indirectamente) y que, por consiguiente, aquella expresión podría referir al interés de esta sociedad y no del grupo en sí.

²¹ Según enseña Raúl A. Etcheverry, el control es un instrumento de funcionamiento del modelo organizativo de grupo empresario que las partes construyan (*Responsabilidad de la persona controlante, RDCO*, 1986, p. 585). "El control no está prohibido por la ley, y antes bien, está permitido, aunque se encuentre reglado... Por ello, el hecho de control o la actividad de control no es, en sí misma, punible, ni jurídicamente reprochable" (p. 587). La ausencia de una regulación específica sobre la temática atinente al grupo no es una deficiencia de la legislación argentina, sino una consecuencia, a nivel mundial, de la dificultad de aprehensión de ese fenómeno. Sin embargo, esa ausencia no debe conducir al error de pretender interpretar el derecho vigente en sentido que inhiba la actuación del grupo, la cual en definitiva reposa sobre una dirección común organizada y ejecutada por la controlante (ver de nuestra autoría *Releyendo el art. 54, párr. 1° de la ley de sociedades comerciales, JA*, 2003-I-984).

²² CNCom, Sala D, 3/11/97, "Fortune, María J. c/Soft Publicidad SA y otro s/ordinario", *ED*, 180-308. La Sala A ha expuesto el mismo criterio al sostener que carece de relevancia el mero control para atribuir la imputación de obligaciones de la sociedad controlada a la controlante ya que ni la posición dominante ni aún de subordinación resultan de por sí generadora de responsabilidad, en tanto se trate de sociedades diferenciadas pues revisten cada una los atributos que definen la personalidad jurídica, en tanto no constituyan un medio para la obtención de beneficios con quebrantamientos de las reglas societarias para perjudicar o burlar derechos de terceros (CNCom, Sala A, 10/2/03, Conar-

Como destaca Manóvil la sola pertenencia de una sociedad a un grupo o el solo hecho del control no son por sí indicativos de que necesariamente se produce un desplazamiento automático del interés social y su reemplazo por otro, externo a ella²³, en tanto, en principio, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad podría afirmarse que el tercero tiene el deber de diligencia de investigar con quién contrata y si no le satisfacen las condiciones de su contraparte, debe exigir garantías²⁴.

Esta solución ahora está expresamente refrendada en el anteproyecto.

d) La inoponibilidad horizontal

Mediante la alusión a la inoponibilidad horizontal nos referimos al supuesto en el cual la inoponibilidad puede alcanzar a personas que no sean socios o controlantes de la sociedad desestimada. Caso que puede presentarse, indudablemente, en presencia de un grupo societario.

El párr. 3° del art. 54 de la LSC establece un campo de acción reducido, en tanto prevé la imputación de la actuación societaria al “socio o controlante que la hicieron posible”.

Salvando los problemas interpretativos que genera la alusión al controlante, en virtud de la definición que brinda el art. 33 de la LSC²⁵, la acción deducida sobre la base del párr. 3° del art. 54 de la LSC parece limitarse a alcanzar en sus conse-

pesa-Continental Armadores de Pesca c/Pesquera San Isidro SA s/ordinario”, *ED*, 203-70). Sostienen Pinedo y Waterhouse que: “El hecho objetivo de que una sociedad esté bajo la dominación de otra, no afecta la existencia jurídica independiente de ambas, ni se altera la situación por tener dos sociedades los mismos accionistas y directores. Cada sociedad conserva su personalidad y los acreedores respectivos sólo tiene como garantía los bienes de la entidad con que contrataron, sin poder aspirar a hacer efectivos sus créditos sobre los de la otra; los deudores de una de las sociedades no podrán oponerle como compensación los créditos que tengan contra la otra, ni las sociedades podrán hacer lo mismo con sus acreedores. La sociedad dominante no responde por los actos y obligaciones de la dominada, ni por los hechos de los directores elegidos por ella (salvo su responsabilidad por actos contrarios a la ley o los estatutos celebrados con su aprobación, como cualquier accionista)” (Pinedo, Alejandro A. - Waterhouse, Enrique, *Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, *ED*, 10-878). Por su parte, también Cabanellas de las Cuevas destaca que el control no es suficiente para desestimar la personalidad jurídica de la sociedad (Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho societario. La personalidad jurídica societaria*, Bs. As., Heliasta, 1994, p. 333).

²³ Manóvil, Rafael M., *Grupos de sociedades*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, p. 579.

²⁴ Manóvil, *Grupos de sociedades*, p. 735 y 736, aun cuando destaca que en la realidad comercial las situaciones no siempre se presentan de esa manera.

²⁵ Vanasco destaca la cuestión al sostener que la ley no aclara si hace referencia a la definición de controlante que brinda el art. 33 de la LSC, lo cual excluiría a las personas físicas. El art. 33 de la LSC considera controlante a la sociedad que incurra en alguno de los supuestos en él previstos. Aclara, consiguientemente, que “si en el art. 54, párr. 3°, se utilizara el término controlante en el sentido técnico que resulta de las definiciones del art. 33 de la LSC, no quedarían comprendidas en la responsabilidad que él impone las personas físicas que tuvieran las participaciones sociales que indica la ley o ejercieran sobre otra sociedad una influencia dominante, ya que, como hemos visto, el art. 33 solamente se refiere a sociedades y no a personas de existencia real”. A su juicio, para evitar la duda, la norma debió haber aclarado que se refiere a la responsabilidad tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas que fueren controlantes de otra sociedad constituida con fines extrasocietarios. Sin embargo, destaca que el art. 54, párr. 3° de la LSC comprende también al controlante persona física (Vanasco, Carlos A., *Manual de sociedades comerciales*, Bs. As., Astrea, 2001, p. 128) conclusión a la cual también parece llegar Otaegui (*Concentración societaria*, p. 460 y 461).

cuencias al controlante o socio. Dejaría fuera del alcance, entonces, a la controlada del controlante favorecida, respecto de la cual cabría realizar una doble desestimación de personalidad²⁶.

El art. 190 de la ley de sociedades uruguayas permite realizar esta imputación sin tener que recurrir a una doble desestimación, toda vez que establece: “*se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad*”.

El anteproyecto incorporó cambios sobre este particular, abandonando el criterio restrictivo que dimanaba del texto vigente; así la reforma propuesta incluye entre los sujetos pasivos de la imputación a los controlantes directos o indirectos.

Se evita de esta forma tener que recurrir a la doble desestimación señalada por Manóvil.

e) La desestimación pasiva

Llamamos desestimación pasiva²⁷ al supuesto en que los socios pretenden que los terceros no puedan ampararse de la existencia de la sociedad, pues, ello constituiría un ejercicio abusivo de sus derechos.

Es de resaltar esta cuestión, toda vez que la jurisprudencia ha sostenido que en casos como el aquí tratado no resulta aplicable el instituto de la inoponibilidad, habida cuenta que ante la índole incuestionada de la sociedad resulta imposible atribuir a los socios las consecuencias patrimoniales de la actuación de dicho sujeto. Sin embargo, destacó el tribunal que en los casos de control en el sentido del art. 33 de la LSC se produce un debilitamiento de la interposición de la persona jurídica en relación a la hacienda y patrimonio de modo que, en la realidad técnico-económica, subyacente, el socio controlante deviene en cierto modo titular cuasi inmediato de tales atributos²⁸.

La inaplicabilidad del párr. 3° del art. 54 de la LSC a los supuestos de desestimación solicitada por los socios, o incluso por la sociedad, fue también tratada por la Sala C del tribunal en la causa: “Simancas, María A. c/Crosby, Ronald K. y otros/sumario”, bajo el criterio de ponderar que el art. 54 de la LSC “*regula supuestos de desestimación en protección de terceros, acreedores de la sociedad o de los socios, y por consiguiente, no abarca –como principio– la desestimación en beneficio de los socios o de la propia sociedad*”.

Como fundamento, el tribunal consideró que no puede estimarse ilícita la utilización de la forma societaria para una causa distinta a la prevista por el ordenamiento siempre que la causa perseguida por las partes no sea, en sí misma, ilícita. Ello lo lleva a sostener a Otaegui que el primer supuesto del art. 54 párr. 2° de la LSC sólo es aplicable a los casos de simulación ilícita para lograr fines ilícitos o perjudicar a

²⁶ Manóvil, *Grupos de sociedades*, p. 1010.

²⁷ Expresión acuñada por Otaegui (*Concentración societaria*, p. 472). Carlos A. Molina Sandoval la llama desestimación pasiva indirecta (*La desestimación de la personalidad jurídica societaria*, Bs. As., Ábaco, 2002, p. 74).

²⁸ CNCCom, Sala B, 29/11/94, “Marlowe, Randall J. c/Banco del Buen Ayre SA”, LL, 1995-C-282 y 283.

terceros, pero no en los casos de simulación lícita que la ley no reprueba, tal como surge de la doctrina de los arts. 957, 958 y concs. del Cód. Civil.

La doctrina nacional ha emitido importantes opiniones destacando: a) que el párr. 3° del art. 54 de la LSC no contempla el supuesto de desestimación pasiva en beneficio de la sociedad o sus socios; b) que esto no excluye su viabilidad, y c) que toda vez que un tercero invoque abusivamente la personalidad de una sociedad, cabrá desestimar la pretensión²⁹.

La ley uruguaya ha superado la cuestión, al regular expresamente 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”³⁰.

La cuestión ha sido tratada en la jurisprudencia comparada al permitir que la sociedad controlante sea sujeto legitimado para reclamar la indemnización debida por la expropiación de inmuebles de la controlada³¹.

Por su parte, el proyecto del año 1993 propuso incorporar a la última parte del párr. 3° del art. 54 que la responsabilidad solidaria e ilimitada se debe respecto de los otros socios, la sociedad y terceros³².

Finalmente, el anteproyecto del año 2003, incorporó a los socios, lo que consagra expresamente la desestimación pasiva.

4. La constitución de la sociedad

Ni el artículo vigente ni el anteproyecto regulan la aplicación de la inoponibilidad al acto fundacional de la sociedad.

La omisión de la LSC ha merecido la crítica, bien fundada, de Vanasco.

Este autor destaca que el aspecto desvalioso que permite la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria radica en la constitución intencional de sociedades con la única y exclusiva finalidad de utilizar tan sólo la personalidad social para aprovechar los efectos que a ella atribuye la ley.

Así, entiende que la alusión a la actuación de la sociedad es una expresión poco feliz, pues, no recoge en todos sus alcances la teoría de la penetración, ya que de esa expresión podría interpretarse que la sociedad está constituida sólo con fines

²⁹ Por las tres consideraciones: Otaegui, Julio C., *El art. 54 de la ley de sociedades comerciales: inoponibilidad de la personalidad jurídica*, ED, 121-805; por el último, coincide Manóvil (*Grupos de sociedades*, p. 1015).

³⁰ Art. 189 de la ley 16.060.

³¹ Al respecto pueden citarse los casos: “DHN Food Distributors v. London Borough of Tower Hamlets” (I WRL 852, Court of Appeals, 1976, “Company Law, 150 leading cases”, p. 6, London, 2000, Old Bailey Press) y “Smith, Stone & Knigh Ltd. v. Birmingham Corporation” (4 A11 ER 116, King’s Bench Division, “Company Law, 150 leading cases”, p. 25). Debe remarcarse que aun en el derecho inglés se discute que ambos sean supuestos en los que efectivamente se corre el velo societario.

³² Ver *Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 40. La Comisión estuvo integrada por Edgardo M. Alberti, Miguel Á. Araya, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera, Héctor A. Mairal, Ana I. Piaggi y Efraín H. Richard.

extrasocietarios, pero que no actúa, no quedaría comprendida en el supuesto legal. Por ello, según su criterio, una interpretación absolutamente estricta podría llevar a creer que una sociedad que no actúe no podría caer en un supuesto que autorizaría el reconocimiento a la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Concluye, entonces, que el significado de la norma consiste en que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria cuando la sociedad fue creada ficticiamente para perseguir fines ajenos a los que el instrumento jurídico sociedad debe cumplir, vale decir, se crea y usa desviadamente el instituto; por lo tanto, la norma debió contemplar también el supuesto de constitución de la sociedad³³.

Por nuestra parte, contrariamente, entendemos que cuando la LSC se refiere a la actuación de la sociedad no incluye su constitución³⁴, pues, si bien mediante la constitución de la sociedad se puede incurrir en fraude a la ley o a terceros, en ejercicio abusivo de derechos o en simulación, lo cierto es que en ese supuesto no se estará en presencia de una actuación de la sociedad, como preceptúa el párr. 3° del art. 54 de la LSC, sino ante un accionar de sus fundadores que no la han utilizado como un medio para cometer fines ilícitos aún.

No hay, entonces, una actuación de la sociedad, sino de sus fundadores, y por lo tanto, su relación con terceros deberá analizarse sobre la base de la normativa de fondo sobre vicios de los actos jurídicos, recibiendo la consiguiente sanción.

Al momento de su constitución, los socios no han utilizado la actuación de la sociedad como un recurso para, por ejemplo, defraudar a terceros; por consiguiente, no habrá ninguna actuación que declarar inoponible y por ende imputar las consecuencias del acto al controlante torpe. Tampoco se presenta un desvío de la causa fin en la actuación de la sociedad.

Contrariamente, el accionar de los fundadores de la sociedad está a la vista de terceros, todavía no ha tenido oportunidad de esconderse detrás del orden personificante y por lo tanto deberá regirse por las normas del Código Civil que resulten aplicables³⁵. Es que la teoría de la inoponibilidad tiene sentido “para penetrar a través de ella [la persona jurídica] en su interior y alcanzar a las personas y bienes que bajo su cobertura se cobijan”³⁶.

Nótese que podrá aplicarse la figura del fraude (por ejemplo, ante aportes fraudulentos de bienes), la del ejercicio abusivo de derechos o la simulación absoluta.

Sobre este particular, la jurisprudencia ha destacado la aplicación de la figura del ejercicio abusivo de derechos al supuesto de constitución de la sociedad, al considerarla una forma vacía de contenida³⁷.

³³ Vanasco, *Manual de sociedades comerciales*, p. 114 y 126.

³⁴ Ver el criterio concordante de Gulminelli, *Un retroceso en materia de responsabilidad societaria*, LL, 2003-F-731.

³⁵ Esta conclusión implica rever la posición que expusimos en la conferencia brindada en marzo de 2002 en el Instituto Argentino de Derecho Comercial.

³⁶ Tribunal Supremo Español, citado por López Díaz, *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*, p. 73. Por ello, concluimos nosotros, los actos relativos a la constitución de la sociedad no configuran un mal uso de la personalidad jurídica.

³⁷ CNCom, Sala E, 18/12/00, “Mondine, María E. c/López, Vicente O. s/sumario”, citado en Nissen, Ricardo - Pardini, Marta - Vítolo, Daniel R. (dirs.), *Responsabilidad y abuso en la actuación societaria*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002, p. 334 y siguientes.

En estos supuestos, la sanción es más rigurosa que la traída por la ley societaria, pues, implica la nulidad del acto constitutivo.

Un supuesto especial que ha tratado la jurisprudencia es el relativo a la simulación absoluta de la sociedad, basada sobre los art. 956 y ss. del Cód. Civil.

Como particularidad se destaca que estas sociedades son alcanzadas con la sanción de nulidad³⁸.

Un precedente de inestimable valor en la materia lo constituye el fallo dictado por la Sala C de la Cámara Comercial en los autos “Macoa SA y otros”³⁹ en el cual se expresan el dictamen de Alfredo Di Iorio y el voto de Jaime Anaya lo cual aporta al examen de una temática poco frecuente, el hecho de haber sido tratada por dos juristas de altísimo nivel.

La materia fáctica en cuestión fue, como estamos desarrollando, la simulación absoluta de sociedades, entendidas, en el caso, como aquellas formadas por ciertos profesionales para su posterior “venta” a clientes o incluso potenciales clientes (que tenga necesidad de contar con una estructura societaria)” a fin de evitarles incomodidades”.

El Registro Público de Comercio declaró la inadmisibilidad de la constitución de esas sociedades, lo cual fue recurrido por los constituyes simulantes mereciendo el recurso suerte adversa.

En la resolución que dictó la alzada comercial se destacó el voto de Anaya, que entre otros argumentos consideró que: “la situación de autos se subsume en la hipótesis de la llamada sociedad preordenada... esto es, aquella en que una pluralidad de personas interviene por encargo o interés de una sola persona, obligándose a transferirle en su oportunidad las acciones, que es el efecto querido desde el inicio... también quedarían encuadradas como sociedades ficticias, en tanto ninguno de los que suscriben como socios pasarían de ser un testaferro; o, yendo todavía más lejos, sería una sociedad nula o inexistente, porque ninguno de los firmantes del contrato de sociedad ha querido ser socio, ni realizar actividad alguna, ni efectuar aportes para el cumplimiento de una empresa. En suma, estaríamos frente a sociedades que se han constituido sin originaria pluralidad de accionistas o lisa y llanamente sin accionistas, sociedades simuladas o sociedades nulas... En el caso de las sociedades constituidas por profesionales para retener en cartera y con destino a un ‘mercado’ de sociedades, faltan elementos esenciales del negocio societario cuya inexistencia lo vician desde el monto mismo del acto de su constitución”.

Resulta, entonces, que el acto administrativo de constitución de la sociedad no está alcanzado por la doctrina de la inoponibilidad, y puede ser alcanzado por una acción de revocatoria, bajo los términos del derecho común.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

³⁸ Según Juan M. Dobson, se produce en este caso un allanamiento, o sea, el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho (*El abuso de la personalidad jurídica en el derecho privado*, Bs. As., Depalma, 1985, p. 16).

³⁹ JA, 1980-IV-627 y siguientes.