

## **Indisponibilidad de los depósitos bancarios y responsabilidad de la controlante**

**Examen preliminar de la sociedad extranjera, el grupo de sociedades,  
el control de sociedades y la inoponibilidad  
de la personalidad jurídica**

**Por Alberto V. Verón**

### **A) Sociedad extranjera**

**§ 1. Sucursal, asiento o representación.** La sociedad constituida en el extranjero está habilitada para “establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación”, debiendo, asimismo, observar los requisitos que exige la última parte del art. 118 de la ley de sociedades comerciales. Con especial referencia a la *sucursal* de una sociedad constituida en el extranjero, se ha dicho que saber si existe una sucursal o no, es una cuestión de hecho, que debe establecer el juez, habida cuenta de la importancia comercial del establecimiento local y la extensión de los poderes conferidos al gerente<sup>1</sup>.

Por otra parte, se ha considerado que las expresiones *asiento* y *cualquier otra especie de representación*, resultan, al menos, poco claras, pues la primera no se sabe lo que es, pareciendo englobar algo de cierta estabilidad que no necesariamente exige la designación (y menos la inscripción) de un representante; en cuanto a la segunda se añade que sólo puede entenderse aquella representación debidamente inscrita<sup>2</sup>.

**§ 2. Acto aislado y constitución de sociedad.** En la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley General de Sociedades Comerciales de 1967 se expresaba, como no podía ser de otra manera, que *asociarse* o *participar* en sociedades no es un acto aislado. En efecto, una sociedad constituida en el extranjero puede optar por participar, vincularse, controlar, fusionarse o escindirse; en cualquiera de estos supuestos, se considera que se trata del ejercicio habitual del comercio<sup>3</sup>. Por su parte, la jurisprudencia, desde antiguo, se ha pronunciado en el sentido de que la constitución de una sociedad extranjera no importa la realización de un acto aislado, sino que, por el contrario, implica el desarrollo de las más amplias y diversas actividades mercantiles, al integrarse a la vida económica del país a través de su incorporación a una sociedad local. Esta es la orientación pacífica y reiterada de nuestra doctrina<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> CApel Concepción del Uruguay, Sala Civ y Com, 18/11/76, *Errepar*, II, Sociedades, 024-001-001, 2.

<sup>2</sup> O'Farrell, Ernesto - García Morillo, Pablo, *El emplazamiento en juicio de sociedades extranjeras*, LL, 1997-E-1318.

<sup>3</sup> Kaller de Orchansky, Berta, *Las sociedades comerciales en el derecho internacional privado argentino*, LL, 147-1208.

<sup>4</sup> Nissen, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales*, Bs. As., Ábaco, 1982, t. II, p. 330; Freire Aurich, Juan F., *Emplazamiento en juicio de la sociedad constituida en el extranjero*, LL, 1998-D-1129.

**§ 3. Constitución de sociedad y participación en sociedad: tesis permisiva.** Tanto la jurisprudencia como la doctrina han fundamentado el alcance que debe otorgarse al art. 123 de la ley de sociedades comerciales, sosteniendo la extensión de su aplicación a las participaciones (y no sólo a la constitución) que tengan las sociedades constituidas en el extranjero en sociedades nacionales. Es que el término *constituir* empleado por el art. 123 comprende, no sólo formar parte fundacional, sino también participar en sociedad existente en la República, dada la naturaleza jurídica de la sociedad<sup>5</sup>; limitar el alcance al exclusivo acto constitutivo inicial significa una interpretación frustrante del fin de la norma y de los intereses que por medio de ella se ha procurado tutelar<sup>6</sup>.

La restricción del cumplimiento de los requisitos prescriptos en el art. 123 al solo caso de una constitución fundacional, dejaría con frecuencia sin aplicación a la norma en otros casos en que se diera la misma razón legal; pero además, tal interpretación permitiría eludir fácilmente, en la práctica, lo establecido por el art. 124; bastaría soslayar la etapa fundacional de una sociedad y recurrir a la llamada “compra” de sociedades ya constituidas e, inclusive, a veces, constituidas con la sola finalidad de ser puestas en venta; el “precio” pagadero por esas sociedades sería, al mismo tiempo, el precio pagado por sustraerse a la aplicación de una norma en la que está comprometido el interés público<sup>7</sup>. Si sólo la constitución de sociedades requiriera la inscripción en el Registro Público de Comercio de la sociedad extranjera que participa en aquélla, bastaría con evitar este paso para que una vez nacida la sociedad pudiera participar en ella sin ninguna cortapisa; evidentemente, en tal caso, el art. 123 sería letra muerta<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Rovira, Alfredo R., *Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República*, LL, 155-989: “tanto constituye sociedad aquel que se asocia originariamente con otro para fundar una sociedad como aquel que asocia a otras personas, ya socios, en sociedad existente”. Halperin, Isaac, *Curso de derecho comercial*, Bs. As., Depalma, 1972, vol. I, p. 300: “no es sólo participar en el acto de fundación, sino también adquirir posteriormente parte en sociedades de interés o de responsabilidad limitada”. Fargosi, Horacio P., *Anotaciones sobre el límite de votos del art. 350 del Código de Comercio y la ley de sociedades comerciales*, LL, 150-1009. Zaldivar, Enrique, *Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina*, Bs. As., Edifor, 1972, p. 85. Rovira, Alfredo R., *Sociedades constituidas en el extranjero*, LL, 1977-XXXV-684: “el art. 123 debe aplicarse ya se trate de sociedades *intuitu personae*, por cuotas o por acciones y si bien puede resultar incómodo exigir su cumplimiento en este último caso, *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*, en consecuencia, toda vez que un accionista o sociedad extranjera pretenda ejercer los derechos derivados de su *status socii*, originario o derivado, deberá encontrarse plenamente habilitado para ello, es decir, cumplir con el art. 123 dado que tal requisito calificará al socio para el ejercicio de sus derechos y cumplimientos de las obligaciones emergentes de su calidad de socio en la República”. Zaldivar, Enrique - Rovira, Alfredo R., *El artículo 123 de la ley 19.550*, RDCO, 1979-731 y ss.; Lovagnini, Ricardo J., *Régimen jurídico de las sociedades extranjeras*, LL, 1998-F-995; CNCom, Sala C, 5/11/76, LL, 1977-A-473; íd. Sala B, 2/6/77, LL, 1977-C-597; íd. Sala C, 21/3/78, LL, 1978-B-343; íd. Sala B, 20/7/78, LL, 1978-C-523 y ED, 79-390, preconizando un criterio amplio; CNCiv, Sala L, 12/5/95, *Errepar*, t. II, 024-005-001, 9; CNCom, Sala A, 5/8/83, “Doctrina Societaria Errepar”, diciembre 1997, p. 617 a 223.

<sup>6</sup> Fargosi, Horacio P., *Notas sobre los alcances e interpretación del artículo 123 de la ley 19.550*, LL, 1977-C-595, apoyándose en criterios hermenéuticos reiteradamente recordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>7</sup> CNCom, Sala C, 21/3/78, ED, 77-476 y RepLL, XXXVIII-1958, sum. 23.

<sup>8</sup> CNCom, Sala B, 2/6/77, LL, 1977-C-597.

**§ 4. Constitución de sociedad: tesis restrictiva.** Se cree que a través del lenguaje empleado por la ley de sociedades comerciales, *constituir* y *fundar* son usadas en el mismo sentido (arts. 4°, 17, 21, 28, 32, 84, 149, 165, 166, 168, 170, 175, 179, 182, 183, etc.), y que, en cambio, *integrar*, *formar parte*, *incorporarse* (arts. 21, 30, 31, 32, 33, 155, 369, etc.), son usadas en sentido totalmente distinto<sup>9</sup>. El art. 123 que ha sido expresamente redactado con una modificación sustancial respecto del Anteproyecto de Ley General de Sociedades Comerciales, debe interpretarse, como todas las leyes, con un criterio de razonabilidad, oportunidad y correcto ajuste a las condiciones fácticas de cada caso; ello conducirá a soluciones justas, que implican la adecuada interpretación de las télesis de la norma importando dar certeza y proveer razonables decisiones a situaciones de control, participación o vinculación entre sociedades existentes en el país y otras constituidas en el extranjero<sup>10</sup>. La resolución final de este fallo se decidió por la no aplicación del art. 123 en virtud, sostenía, de que la firma extranjera prestaba un servicio de preponderante interés público (integraba una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, Hierro Patagónico de Sierra Grande SA), de que la participación era mínima, y de que su actuación en la asamblea obedeció a intensas gestiones del directorio<sup>11</sup>.

**§ 5. Participación irrelevante.** No parece posible ni razonable que la adquisición de una sola acción o de varias no significativas dé lugar a considerarla como *participación* sujeta a las exigencias del art. 123. En este orden, es preciso distinguir dos situaciones: una, la producida con el movimiento del capital originado en la simple *compraventa de acciones*, y otra muy diferente, la que crea la *participación del accionista en una asamblea de la sociedad*, con facultad decisoria sobre la actividad y desenvolvimiento social. Es evidente que en el segundo de los supuestos, si la sociedad integrante es extranjera, debe estar registrada en el país. Admitir lo contrario equivale a admitir que los arts. 31 a 33, no regirían en el caso de que la socia fuera una sociedad extranjera<sup>12</sup>. En sentido similar se expresó que se excluye del ámbito del art. 123 a las adquisiciones circunstanciales de acciones, como pueden ser las inversiones a breve término de sobrantes financieros, pues es evidente que tal clase

---

<sup>9</sup> Viano, María I. Bisio de - Richard, Efraín H., *La inteligencia del artículo 123 de la ley 19.550 y las inversiones extranjeras*, JA, 1978-IV-352, apoyándose en el voto minoritario (doctor Alberti) de la CNCom, Sala D, 11/10/78, LL, 1979-C-552 y JA, 1979-III-400; Saenz Valiente, Luciano A., *Alcance del art. 123 de la ley de sociedades*, LL, 1999-B-1160.

<sup>10</sup> CNCom, Sala A, 13/2/80, LL, 1980-B-26.

<sup>11</sup> Ver una crítica a este fallo en Nazar, Félix, *Una discutible interpretación del art. 123 de la ley de sociedades*, LL, 1980-D-1010.

<sup>12</sup> CNCom, Sala B, 2/6/77, LL, 1977-C-597; CNCom, Sala A, 23/6/77, LI, 1978-XXXVIII-453: la compra de acciones por una sociedad extranjera en el país, constituye un acto aislado. El art. 123 no comprende la simple adquisición de acciones, salvo que tal negocio jurídico motive la aplicación de los arts. 31 a 33, o que la sociedad extranjera adquirente sea elegida para integrar el directorio o el consejo de vigilancia o participe en la asamblea de accionistas (CNCiv, 30/12/93, "Doctrina Societaria Errepar", diciembre 1997, p. 617 a 224, JA, 1994-IV-637, y RepLL, LV-2159). No hace mucho tiempo la Inspección General de Justicia mediante dictamen del 14/6/00 sentó que sólo es necesaria la inscripción de la sociedad extranjera en los términos del art. 123, cuando su participación en la sociedad local es mayoritaria o necesaria para formar la voluntad social, lo que se determina si, restando las acciones del participante extranjero no registrado, no se alcanzan los porcentajes de quórum y mayorías exigidos por la ley.

de operaciones no puede involucrarse en el concepto de constitución de sociedades ni razonablemente puede reclamar la aplicación del art. 123<sup>13</sup>.

**§ 6. Regulación y control de la participación extranjera.** La regulación y control de la participación extranjera en sociedades locales se sujeta a leyes especiales (v.gr., ley de inversiones extranjeras) y a las normas de la ley de sociedades comerciales a propósito<sup>14</sup>, como las que contienen los arts. 31 a 33 sobre la limitación participativa, la prohibición de participaciones recíprocas, y el concepto de sociedades controladas y vinculadas<sup>15</sup>. De aquí que cuando la autoridad de contralor comprueba que la participación societaria otorga el control a la sociedad constituida en el extranjero, y con mayor razón, si la sociedad que se constituye en la República es una subsidiaria integral, debe ejercer las atribuciones que la legislación le confiere en orden a su fiscalización permanente<sup>16</sup>. Se reputa así que el control societario está básicamente contenido en el art. 33 tanto para las sociedades domésticas cuanto para las sociedades constituidas en el extranjero.

No obstante, y en cuanto a las limitaciones impuestas por los arts. 30 y 31, existe doctrina y jurisprudencia que considera que tales normas no rigen para las sociedades extranjeras, aduciendo que ellas han sido pensadas para la protección de los socios o accionistas integrantes de la sociedad participante<sup>17</sup>.

**§ 7. Régimen participacional: nuestra opinión.** Sin perjuicio de reconocer que la Exposición de motivos no resulta lo suficientemente clara en apoyo de una interpretación del art. 123 que comprenda, no sólo el acto constitutivo, sino también la participación de una sociedad extranjera en una sociedad constituida en la República; y a pesar de los esfuerzos por hacer incidir, objetando esta posición, la disimilitud en la normativa societaria del empleo de las palabras *constituir* o *fundar* frente a los términos *integrar*, *formar parte* o *incorporarse*, se tiene que dar prevalencia interpretativa a la naturaleza jurídica de la sociedad como un todo dinámico compuesto de disposiciones normativas concatenadas, en función del fin armónico por ellas perseguido, sobre el elemento gramatical o literalidad de un texto que malogra aquella finalidad, conduciendo a consecuencias no queridas por el legislador. Alrededor de esta pauta general debiera desarrollarse el criterio judicial de razonabilidad, oportunidad y peculiaridades de cada caso.

<sup>13</sup> CNCom, Sala C, 21/3/78, ED, 77-476 y RepLL, XXXVIII-1958, sum. 24; en contra: Nissen, Ricardo A., *La participación de sociedades extranjeras en sociedades nacionales*, "Doctrina Societaria Errepar", t. VI-209.

<sup>14</sup> Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho mercantil moderno*, Bs. As., Astrea, 1979, p. 227.

<sup>15</sup> No sucede lo mismo con la compra de acciones, siempre que no se incurra en la aplicación de los arts. 31 a 33, que se inspiran en el interés público y así impedir que se burle el art. 123 (Halperin, *Curso*, vol. I, p. 300); CNCom, Sala C, 21/3/78, LL, 1978-B-343: tratándose de sociedad anónima, ello sólo es necesario cuando la sociedad constituida en el extranjero concurre a su fundación o cuando posteriormente, adquiere acciones que le otorgan el control de derecho o simplemente de hecho, como asimismo en los supuesto en que, sin adquirir tal posición, participa activamente con sus acciones en el ejercicio de los derechos de consecución, dato revelador de que no es una fugaz u ocasional accionista.

<sup>16</sup> CNCom, Sala C, 5/11/76, LL, 1977-A-473.

<sup>17</sup> Nissen, Favier Dubois (h.), Machado de Villafañe, Perciavalle; JuzgCivCom n° 13, 11/4/95, "Doctrina Societaria Errepar", diciembre 1997, p. 617 a 222.

No emplear el sistema hermenéutico precedentemente insinuado conduciría a arriesgar los principios soberanos de la República, frustrando todo un sistema de contralor a que deben ser sometidas las sociedades comerciales en las que toman participación sociedades constituidas en el extranjero, máxime cuando la sociedad nacional presta un servicio público.

El régimen participacional sujeto a las exigencias del art. 123 no puede ser otro que el previsto en la ley de sociedades comerciales (arts. 31 a 33), que impone límites a dicha participación, prohíbe las participaciones recíprocas y define a las sociedades controladas y vinculadas. Toda otra operación o negociación accionaria al margen de ese sistema de control –como las participaciones o adquisiciones que no alcanzan los porcentajes estipulados en dichos artículos, o la mera compraventa de acciones como actos aislados o circunstanciales–, no caen en el ámbito de influencia del art. 123; ello, claro está, sin perjuicio de que se apliquen las normas sobre inversiones extranjeras (u otras leyes especiales) y *la teoría de la penetración cuando se advierta la lesión del interés público*.

## B) Grupo de sociedades

**§ 8. Las sociedades multinacionales.** La problemática moderna de la sociedad o empresa multinacional constituye, en cierta manera, una compleja y gigante derivación de la nacionalidad de las sociedades que entran a funcionar internacionalmente, por lo general, según la complicada técnica conocida como *agrupamiento de sociedades*. Las empresas multinacionales, no sólo actúan en diversas naciones, sino que, con alguna frecuencia, sus capitales pertenecen a personas de diversas nacionalidades, extendiendo sus actividades privadas a nuevas formas de dominación económica y, a veces, social, cultural y política. Se han señalado sus ventajas y desventajas<sup>18</sup>, debiendo prevalecer siempre –en caso de conflictos– las relaciones jurídicas del país de radicación, en el que se encuentran interesados el orden público y el interés institucional<sup>19</sup>, ya que, por añadidura, *las formas jurídicas que la ley prevé para actividades lícitas y conformes a su derecho objetivo no pueden legitimar*

<sup>18</sup> “Se instalan en determinado país para producir a un menor costo, por: 1°) menores salarios directos o indirectos (v.gr., mano de obra barata por el atraso de la organización previsional); 2°) menor costo de transporte (sea de la producción, sea de los elementos necesarios para esa producción); 3°) ventajas fiscales (aduanas, impuestos a las utilidades); 4°) conquista de ventajas en el mercado invadido (sea por los méritos de la producción, sea por las preferencias o privilegios que alcanza por los medios más dispares). Para el país en que se instalan produce ciertas ventajas: a) ocupación; b) adelanto tecnológico (normalmente, ya que por lo común emplean la tecnología más avanzada); c) retención de técnicos e investigadores, que no emigran; d) nuevos rubros de exportación (incluso de trabajo por las materias primas elaboradas). Mas su actuación liberada de control, *puede tener para el país las siguientes desventajas*: 1°) exportación de utilidades; 2°) importación eventual de tecnología de segunda clase, por la que se paga un precio desproporcionado por *royalties* (regalías), que en realidad es transferencia disfrazada de utilidades, con evasión impositiva; 3°) empleo del ahorro nacional en la medida que utilizan –o se le permite utilizar– el crédito bancario local, lo que influye en contra del desarrollo del país por la insuficiencia del ahorro nacional para afrontar las necesidades de crédito de las industrias locales” (Halperin, Isaac, *Manual de sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 1957, p. 677).

<sup>19</sup> CSJN, 2/5/74, ED, 55-247 y JA, 27-1975-381.

*políticas económicas y financieras contrarias a las necesidades de la sociedad*<sup>20</sup>, con lo que:

a) Debiera marginarse toda discusión disyuntiva sobre si las sociedades extranjeras tienen o no nacionalidad, afirmándose en cambio que el derecho no puede ignorar la existencia real de ellas.

b) Las sociedades extranjeras son personas jurídicas a las que se les otorga un especial *estado* de acuerdo con los criterios de atribución del vínculo de nacionalidad, en función de los diferentes fines o consecuencias para los que se aplican<sup>21</sup>.

c) La palabra “nacionalidad” no parece cumplir ya la función de presentación del orden jurídico que se le había atribuido con respecto a las sociedades<sup>22</sup>, mas sí debiera empleársela como un necesario recurso técnico para abrir las puertas a una fértil elaboración doctrinaria y jurisprudencial, inducida, en los tiempos actuales, por la complicada y creciente evolución de la empresa multinacional.

**§ 9. Nuevas realidades sobre la personalidad societaria.** Como muy bien lo apunta Suárez Anzorena<sup>23</sup>, los hechos económicos del mundo capitalista, principalmente el fenómeno de concentración económica y el progreso tecnológico<sup>24</sup>, generan sociedades con personería y régimen jurídicos supranacionales, o agrupaciones conocidas como *holdings*, o las denominadas “uniones de empresas”; estas verdaderas corporaciones económicas de gran magnitud y poder sirven a una indiscutida realidad económica-social del mundo actual que la normativa jurídica debe asumir en una correcta dimensión y alcance<sup>25</sup>.

**§ 10. Técnicas manipuladas en los grupos de sociedades.** Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de las formas societarias varían y adoptan diferentes nombres, pero todas postulan en sustancia la consideración de la realidad económica-social y la supremacía del derecho objetivo. Esto adquiere particular relevancia cuando los jueces deben enfrentarse con los complejos problemas jurídicos que suscita la fenomenología moderna de los grupos societarios; particularmente en sus interferencias y conexiones y con relación al carácter supranacional que es su nota característica en la vida contemporánea, todo lo cual consolida los poderes de concentración o las dificultades que presenta su control, la difusión de su influencia y el entrecruzamiento de sus redes de administración con sociedades reales o aparentes<sup>26</sup>. En el caso de los grupos de empresas se verifican de ordinario numerosas operaciones cruzadas y complejas que a menudo impiden

<sup>20</sup> Caso “Swift-Deltec”.

<sup>21</sup> Le Pera, *Cuestiones*, p. 215, para quien las sociedades no tienen una nacionalidad sino eventualmente varias a la vez, apoyándose en Rabel y en Niboyet.

<sup>22</sup> Le Pera, *Cuestiones*, p. 216.

<sup>23</sup> Suárez Anzorena, Carlos, *Personalidad de las sociedades*, en Zaldívar, Enrique y otros, “Cuadernos de derecho societario”, Bs. As., Macchi, 1972, t. I, p. 165 y 168.

<sup>24</sup> Ver: Verón, Alberto V., *Sociedades anónimas de familia*, Bs. As., Ábaco, 1979, t. I, p. 37.

<sup>25</sup> En Alemania la cuestión está muy controvertida, desarrollándose su jurisprudencia como consecuencia de la inadecuada como insuficiente regulación legal, alrededor, especialmente, de la temática referida al grupo de sociedades (Embid Irujo, José M. - Varela, Fernando, *Personalidad jurídica, levantamiento del velo societario y práctica judicial*, LL, 2000-B-1091).

<sup>26</sup> CSJN, 4/9/73, ED, 51-229.

determinar si hubo daño real o éste fue compensado con utilidades derivadas de otras operaciones. El perjuicio –gatillo que genera responsabilidades– es de difícil definición. Corresponde dividir hipótesis, clasificar supuestos y analizar las realidades concretas como situaciones jurídicas objetivas sin atenerse –necesariamente– a la clasificación clásica entre derechos y obligaciones de los accionistas y derechos y obligaciones de los administradores<sup>27</sup>.

**§ 11. Hechos que conducen a la unidad de personalidad: una primera aproximación al allanamiento de la personalidad.** La unidad de la personalidad, empresas agrupadas o vinculadas, como su contracara, la autonomía de la voluntad de cada una de éstas, ha tenido disímiles pronunciamientos judiciales, resolviéndose que el juez puede “penetrar” una sociedad constituida anteriormente para *descorrer el velo* y sacar a la luz la realidad subyacente, cuando ésta, por hechos o actos posteriores, viene a quedar concentrada en manos de una persona individual o de un grupo económico y esta persona o grupo emplea o abusa de esa personalidad con fines lesivos de terceros y con una finalidad antifuncional<sup>28</sup>.

La unidad de la personalidad podrá ser enlazada a través de diversas connotaciones que pueden fluir de los hechos relativos a la unidad de la explotación, la identidad del nombre, del objeto societario, del sustrato empresarial, de los bienes aportados, del patrimonio atribuido, etc.; en tal caso la diversidad se da en el plano de la apariencia, en el plano de lo estrictamente formal pero no en el de la realidad normativa<sup>29</sup>. Procede descorrer el velo de la personalidad para investigar el fondo real de la situación, por lo que no cabe argüir con la distinta personalidad para soslayar la subyacente realidad socio-económica que domina efectivamente a la entidad colectiva<sup>30</sup>. Por otra parte, no existe libertad de elección, que informa el principio de la autonomía de la voluntad, si no hay independencia real de las empresas vinculadas mediante lo que se denomina contrato pero que en realidad traduce un aporte de capital<sup>31</sup>. Por eso es que en el caso de sociedades diferenciadas según el derecho privado, pero económicamente vinculadas en forma total, en el caso de subordinación jurídica y económica o de control de las decisiones de un ente por otra persona, procede el allanamiento de la personería<sup>32</sup>; y cuando el empleador es un grupo económico en su totalidad, que funciona como única empresa que adopta la forma de personas jurídicas diferentes según los tipos societarios existentes en el país en que se radica y actúa, cabe concluir que se trata de una sola entidad real, puesto que la apariencia formal no impide la consideración de la verdadera situación subyacente aun en ausencia de conductas fraudulentas<sup>33</sup>.

**§ 12. Rechazo de la unidad de personalidad.** A inicios de la vigencia de la ley de sociedades comerciales ya se había sentado que no suponiendo la existencia de

<sup>27</sup> Aguinis, Ana M. M. de, *Derecho económico, mercado de capitales y conflictos societarios*, LI, 69-1994-346.

<sup>28</sup> CNCom, Sala G, 11/4/86, *RDCO*, 1992-433; en sentido similar: íd. Sala B, 4/4/00, “Doctrina Societaria Errepar”, enero 2001, p. 652.

<sup>29</sup> C1ªCivCom La Plata, Sala III, 27/12/73, *ED*, 57-548.

<sup>30</sup> C1ªCivCom La Plata, Sala III, 27/12/73, *RepLL*, XXXV-1702, nº 4.

<sup>31</sup> CSJN, 31/7/73, *LL*, 151-353.

<sup>32</sup> CSJN, 26/2/85, *LL*, 1985-B-414; íd. 17/12/73, *LL*, 153-303.

<sup>33</sup> CNTrab, Sala VII, 5/2/96, “Doctrina Societaria Errepar”, diciembre 1997, p. 643.

unidad económica entre una pluralidad de sociedades, y de transformación, fusión o escisión entre ellas, como tampoco no operándose la transferencia de fondo de comercio (ley 11.867), no responden concurrentemente a un acreedor de una de ellas disuelta y en estado de liquidación, toda vez que dichas sociedades conforman sujetos de derechos distintos con la consiguiente diferencia de responsabilidades<sup>34</sup>. En efecto, una de las vías conducentes a la condenación conjunta de las supuestas adquirentes es la demostración de haber existido, de parte de las empresas compradoras, una *voluntad jurídicamente computable* en el sentido de constituirse como compradoras simultáneas en un mismo negocio, esto es, en términos usuales, la *voluntad de formar una sola parte adquirente y obligada al pago*. Pero tal voluntad debe ser demostrada por sí y no con una mención de la situación de vinculación (que es una conducta privativa de las demandadas), porque los contratos son expresiones de voluntad (art. 1137, Cód. Civil)<sup>35</sup>. En otras palabras, las sociedades de derecho son personas jurídicas (art. 33, Cód. Civil.). Entonces, sociedades distintas serán personas jurídicas y sujetos distintos, de lo cual se desprende que la responsabilidad propia de una persona jurídica no podrá extenderse a otra distinta de la primera, salvo cuando exista una causa jurídica que autorice esa extensión. Las dos o más personas que forman un grupo económico son jurídicamente independientes, lo que significa que si son dos o más sociedades comerciales, desde el punto de vista jurídico formal, cada una de ellas aparece como persona jurídica autónoma en el sentido de que tiene su estatuto, patrimonio propio, directorio, sindicatura, asamblea y todos los atributos que caracterizan a una persona de existencia ideal<sup>36</sup>. Dentro de esta orientación adversa a la unidad de personalidad, se dijo también que, en la práctica, la sociedad contratante constituya –en el ámbito interno del grupo societario– “simple expresión de descentralización administrativa” no obsta a que frente a terceros guarde su respectiva individualidad, tanto jurídica como patrimonialmente, *en tanto aquella interdependencia no haya importado afectación del orden público o de derechos de terceros*, incluyendo también a los socios<sup>37</sup>. Tratándose de sociedades anónimas formalmente constituidas que, por principio, gozan de personalidad jurídica distinta, todo mecanismo de allanamiento de personalidad, inoponibilidad o *disregard of legal entity*, debe ser aplicado con criterio restrictivo, sin que la sola existencia de un conjunto económico o de control lo autorice, máxime cuando el actor no ha expresado *un interés jurídico tutelable en la desestimación de la personalidad o extensión de la responsabilidad*, ni demostró siquiera la imposibilidad actual de la controlada de satisfacer las obligaciones derivadas de su actuación<sup>38</sup>. Otro fallo, en un caso concreto, impuso que las deficiencias en la instrumentación de las operaciones en general o la existencia de préstamos entre distintas personas jurídicas que pertenecerían a un mismo grupo económico, no pueden ser interpretados como una utilización de la personalidad diferenciada por su accionista controlante para satisfacer fines personales o para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar los derechos de terceros, sino que predica sobre la existencia de víncu-

<sup>34</sup> CNCom, Sala B, 23/12/76, ED, 74-701.

<sup>35</sup> CNCom, Sala D, 23/3/84, LL, 1984-C-247, y DJ, 1984-4-111.

<sup>36</sup> CNTrab, Sala VII, 1/12/86, DT, 1987-A-714, y RepLL, XLVII-1630, sum. 1.

<sup>37</sup> CNCom, Sala D, 26/2/82, JA, 1982-IV-491, y RepLL, XLIII-2247, sum. 4; CNCom, Sala C, 8/3/84, LL, 1984-C-219, y ED, 108-136; íd. Sala D, 8/4/87, LI, LVII-1988-386; CCiv y Com San Martín, 2/9/99, LLBA, 2000-86 y ED, 187-176.

<sup>38</sup> JuzgCom n° 9, firme, 31/5/90, LL, 1991-A-254, y ED, 140-683.



los de asistencia financiera entre personas jurídicas que, por sí solos, no permiten afirmar la configuración de un uso “desviado” de dicha personalidad ni responsabilizar por ello a la persona física mencionada, máxime si se tiene en cuenta que se trata de actividades inherentes al objeto social y que no se han señalado cuáles serían los propósitos desviados que se presentarían ni las presuntas maniobras que los atenderían, circunstancias que determinan la falta de acreditación del presupuesto fáctico establecido en el art. 54 *in fine* de la ley 19550 e impiden la aplicación de la consecuencia legal que aquélla prevé<sup>39</sup>.

**§ 13. La teoría de la penetración en el derecho tributario: el grupo de sociedades como unidad contribuyente.** La consideración del agrupamiento de sociedades como *unidad* en el derecho societario ha sido encarado, aunque incipientemente, por la ley 19.550, otorgando especial atención al problema del derecho de información en punto a la confección y exposición de los estados contables.

En el orden nacional, la ley 11.683, reputa sujetos de los deberes impositivos, entre otros, a aquellos que sean considerados por las leyes tributarias como *unidades económicas* para la atribución del hecho imponible, como los grupos de sociedades, configurando además el principio general conocido como de la *realidad económica*. Precisamente, es en este principio donde fundamentó la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la aplicación de la *unidad* de varias sociedades en un *leading case*<sup>40</sup> que antecedió a procedimientos posteriores similares<sup>41</sup>.

También la normativa impositiva recogió el principio<sup>42</sup>, pero en todos los casos la cuestión se circunscribió a sociedades locales, filiales y sociedades extranjeras matrices. En el tan sonado caso “Parke-Davis SA” (sociedad constituida en la Argentina con capital extranjero preponderante) la Corte Suprema desconoció la deducción de regalías pagadas a la empresa extranjera (pese a que las sumas eran normales y razonables), no obstante la inexistencia de normas legales en contrario, haciendo aplicación de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica para ir al trasfondo de la realidad comercial y develar así la verdad oculta: utilidades para beneficiarios del exterior y no regalías.

De cualquier manera también deben tenerse presente numerosos fallos (algunos no coincidentes con el señalado precedentemente) relacionados con el tema en examen. Es que de la revisión de antecedentes se desprende la inexistencia de un concepto unívoco de *unidad o conjunto económico*<sup>43</sup> en el derecho tributario argenti-

<sup>39</sup> CNCom, Sala C, 11/10/98, “Doctrina Societaria Errepar”, diciembre 1999, p. 520 y 521.

<sup>40</sup> CSJN, 31/3/73, *DF*, XXIII-A-327.

<sup>41</sup> CSJN, 18/10/73, *DF*, XXIII-A-608. No obstante puede citarse como precedente anterior el caso, CFed, Sala Contenciosoadministrativa, 23/2/61, *JA*, 1961-V-598, que dejó sentado que los conceptos sobre *vinculación económica, conjunto económico, comunidad de intereses y sociedades encadenadas*, tienen acepción propia en el derecho tributario para poder definir, a los efectos fiscales, *la realidad económica* de las empresas vinculadas internacionalmente entre sí por capitales, intereses o direcciones comunes.

<sup>42</sup> Impuesto a las ganancias, ley 20.628, art. 14; inversiones extranjeras, ley 20.557, art. 26; control de la importación de tecnología, ley 20.794, art. 14.

<sup>43</sup> Para determinar la configuración de un *conjunto económico* deviene adecuado, entre otras cosas, probar la existencia de un paquete accionario de control de ambas sociedades en manos de las mismas personas, comunidad de órganos de administración, ejecución y fiscalización, existencia de registros contables paralelos y una interdependencia económica, de modo tal que la actividad de

no, incurriéndose a veces en el error de creer que cualquier reunión de capitales o de actividades con un fin económico particular, puede dar lugar a la configuración de esa unidad, cuando para ello es necesario que dicha entidad económica constituya un todo orgánico, disponga de autonomía funcional, de patrimonio propio y tenga una “voluntad”; y aun admitiendo que *el conjunto económico* sea un *sujeto* independiente, lo sería del *tributo*, mas no de la *obligación* como sujeto pasivo<sup>44</sup>.

El *principio de la realidad económica* tiene remotos antecedentes en las viejas reglas de la hermenéutica del Código Civil (art. 1326, y nota al art. 1493), de prevalencia de la naturaleza jurídica sobre la calificación de las partes; de tal modo que el principio de conjunto económico no implica invalidar la personalidad de las sociedades a todos sus efectos sino solamente a los fines fiscales, por lo que no se trata de un supuesto de nulidad sino de ineficacia; los principios de la realidad y del conjunto económico pueden aplicarse en beneficio de los contribuyentes, o sea que se admite la viabilidad de la desestimación pasiva<sup>45</sup>.

Si a una sociedad, en la época en que acontecieron los hechos impositivos que se controvierten, se le dispensó por la autoridad fiscal un tratamiento impositivo uniforme, tanto en sus relaciones extraterritoriales como en las que se producen en el ámbito de nuestro país, sobre la base de que formaba parte de un conjunto societario inescindible con la sociedad matriz extranjera y otra nacional, es admisible que haya liquidado sus impuestos en función de haberse considerado incluida en dicho conjunto económico interno e internacional, pues la existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente, conduce al examen del alcance del concepto de la realidad económica específicamente aceptado en las leyes impositivas nacionales y tal regulación normativa da preeminencia –para configurar la cabal intención del contribuyente– a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas, que pueden ser inadecuadas o no responder a esa realidad económica; ello así, los tribunales pueden descorrer el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación de la teoría de la penetración y admitir la invocación de la teoría del conjunto económico o sus equivalentes, ya que de lo que se trata es de la necesaria primacía de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva, sea ésta favorable al fisco o al contribuyente<sup>46</sup>.

**§ 14. Extensión de la quiebra.** La ley 24.522 de concursos y quiebras en su art. 161, mantuvo la reforma introducida por la ley 22.917 a la ley de concursos, art. 165, que extendió la quiebra a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una

---

una de ellas constituya factor desencadenante de la suerte de la otra (CNCom, Sala A, 26/10/95, ED, 1996-2439, sum. 17).

<sup>44</sup> Giuliani Fonrouge, Carlos M., *Derecho financiero*, Bs. As., Depalma, 1978, vol. I, p. 386.

<sup>45</sup> Otaegui, Julio C., *Invalidez de actos societarios*, Bs. As., Ábaco, 1978, p. 241, apoyándose en los casos “Mellor Goodwin”, “Parke-Davis” y “Ford Motor Company”, como así también en Martínez de Sucre, V., *Compendio, afirmación y extensión de principios aplicados por la Corte Suprema*, LL, 155-160.

<sup>46</sup> CSJN, 26/2/85, LL, 1985-B-413, y LL, 1985-C-779, 780, sum. 24.

dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

La referencia a la *persona* controlante debe comprender no sólo a las personas físicas sino también a las *personas jurídicas*, como las *sociedades comerciales* que son controlantes en los términos de esta disposición concursal. La normativa concursal examinada, al conceptualizar al *control* solo toma de la ley de sociedades comerciales el que se refiere a la *participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social* (control interno), y, como la interpretación de aquel instituto debe hacerse de manera restrictiva, no parece de aplicación en el supuesto de la figura del control externo (como la del art. 33, párr. 2º)<sup>47</sup>. La extensión de la quiebra opera de la sociedad controlada a la controlante, mas no de ésta a aquélla.

La extensión de la responsabilidad se ordenará teniendo en cuenta las características particulares de cada caso. Así, la responsabilidad propia de una persona jurídica no podrá extenderse a otra distinta, salvo cuando exista una causa jurídica que autorice esa extensión, teniéndose siempre presente que lo que el derecho no admite y sanciona condignamente es el abuso de la personalidad, pero no su uso lícito, su utilización conforme con la finalidad querida por la ley y sin desnaturalización del instituto<sup>48</sup>. Sin embargo, el hecho de que la controlada constituye un sujeto distinto de derecho *no implica que la controlante no deba en determinadas circunstancias responder por las obligaciones de aquélla, pues el dominio de la voluntad social que ejerce puede trasladarle la consecuencia de los actos realizados por ésta, pero mandados o dispuestos por aquélla*, un caso típico de extensión de la responsabilidad de la controlante por las obligaciones de la controlada cuando ésta sufrió una enajenación total de su paquete accionario a la controlante, precisamente en oportunidad y con motivo excluyente de un proyecto cuya adjudicación se obtuvo con el aporte profesional exitoso del abogado actor, quien es el que reclama la condena al pago de los honorarios devengados, no siendo necesario para hacer extensiva la responsabilidad de la controlante abundar en argumentos sobre grupos societarios o empresarios, o desestimación de formas societarias o a la teoría de *clean hands* pues, como la mayoría, es un caso que se resuelve estrictamente por el sentido común<sup>49</sup>. En fin, la circunstancia de que una sociedad sea controlante de la otra no apareja irremediamente la extensión de responsabilidad por los actos de la controlada, *pero ello no sucede cuando la actuación conjunta de ambas empresas causó perjuicios comprobados y se percibieron ganancias indebidas a través del establecimiento de tipos contractuales regulados mediante normas predispuestas, cuyas consecuencias operativas pusieron al descubierto conductas reñidas con la buena fe, violentando derechos de terceros*<sup>50</sup>.

### C) Control de sociedades

**§ 15. Sociedad controlada y control.** La disposición del art. 54, guarda armonía con el control de sociedades legislado por el art. 33, principalmente en cuanto a

<sup>47</sup> Odriozola, Carlos S., *Los grupos de sociedades y los accionistas externos*, LL, 1986-E-1117.

<sup>48</sup> CNCCom, Sala D, 3/11/97, "Doctrina Societaria Errepar", febrero 1998, 796-52, y RDCO, 1999-547.

<sup>49</sup> CNCiv, Sala L, 12/5/95, "Doctrina Societaria Errepar", julio 1999, 44-29 y 30.

<sup>50</sup> CNCCom, Sala B, 24/9/98, "Doctrina Societaria Errepar", octubre 1999, 330-2.

los problemas jurídicos que plantea, destacando –precisamente– el de la personalidad jurídica y su desestimación.

El mundo moderno de los negocios demuestra que las sociedades comerciales por donde generalmente se encauzan jurídicamente las empresas no son unidades absolutamente individuales con derechos y obligaciones, que no trascienden más allá que de sí mismas, sino entes que frecuentemente se interrelacionan con otros semejantes, convirtiéndose la autonomía de sus voluntades en conceptos relativos<sup>51</sup>.

De aquí que el tema del control societario asume gran trascendencia en cuestiones como la protección de los accionistas minoritarios, el derecho de voto, la nacionalidad de las sociedades, los contratos entre empresas, las participaciones accionarias recíprocas, el derecho fiscal, etcétera. En cualquier caso parece que la problemática de la personalidad jurídica merece un nuevo planteamiento.

**§ 16. Contralor de hecho y de derecho.** El *contralor de hecho* es el que se ejerce a través de vínculos contractuales (como préstamos de magnitud o arrendamiento de la explotación) y por el cual la empresa controlante, en base a su influencia económica, podrá imponer un determinado comportamiento a la asamblea y a los administradores, accionando así desde el exterior y no desde el interior de los órganos sociales; y el *contralor de derecho*, es el que se ejerce a través del derecho a determinar la voluntad social (asegurándose la mayoría de votos en las asambleas) principalmente, en cuanto a la designación de los directivos. Esta clasificación dista mucho de ser absoluta ya que ambas pueden muy bien concatenarse, por lo cual el contralor será siempre y en último término, situación de hecho a establecer en cada caso concreto, sin que sean admisibles normas más que medianamente generales al respecto<sup>52</sup>.

**§ 17. La noción de conjunto económico y el control social.** El tema sobre las sociedades controladas y controlantes parte de la noción básica referida al concepto de control que nace del moderno fenómeno del agrupamiento de empresas. Este *control* no resulta de la fiscalización, verificación o examen a que están autorizados los órganos internos de la sociedad (sindicatura, consejo de vigilancia, auditoría anual), como tampoco está referido al contralor que proviene de relaciones contractuales abstraídas del poder decisional que otorgan las acciones mediante los votos en las resoluciones sociales. Se trata de lo conocido por la doctrina como *control interno*, noción no muy definida hasta ahora pero que entraña un *poder efectivo* en la conducción de los negocios sociales<sup>53</sup>, permitiendo a quien lo ejerce ostentar el control de la actividad de la sociedad a través de la entidad de su voto que impone en las decisiones sociales, bien con la mayoría calculada sobre la totalidad de los votos posibles según el tipo societario y contrato o estatuto, bien con un control *mi-*

<sup>51</sup> Razones organizativas, históricas o impositivas pueden llevar a desarrollar una explotación por medio de un ente totalmente controlado; las causas son tan diversas como las que llevaron al agrupamiento de empresas (CNCom, Sala B, 24/9/98, "Doctrina Societaria Errepar", octubre 1999, 330-2).

<sup>52</sup> Ferro Astray, José A., *Empresas controladas*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961, p. 28 y 30.

<sup>53</sup> Con el tiempo la jurisprudencia hizo suya esta noción (CNCiv, 12/5/95, *Errepar*, t. II, 024-005-001, 9).

*noritario* que se ejerce de hecho a través de la efectiva concurrencia y votación en las asambleas o reuniones.

La sociedad controlada constituye un sujeto distinto de la controlante, aunque configure una unidad económica, pues tal unidad no es obstáculo para la independencia jurídica<sup>54</sup>.

El concepto de sociedad controlada supone la existencia por lo menos, de dos sujetos de derecho entre los cuales exista un vínculo –jurídico y/o económico– de subordinación o dependencia<sup>55</sup>. De aquí que el contralor no se da únicamente como una típica relación jurídica, sino también como determinadas situaciones de hecho que derivan de otras diversas relaciones jurídicas que el derecho debe asimilar (como las leyes fiscales en la materia, los *holdings*, el *konzern* alemán, etcétera).

Etcheverry señala que el agrupamiento de empresas y sociedades persigue la unidad de decisión económica, la unidad de gestión y la unidad de resultados, y que el medio para poder llegar a tales objetivos, es disciplinar el control, herramienta que dará solidez y duración a la unidad deseada, pues controlar una empresa es poder disponer de los bienes de ella y de su voluntad; de aquí que el ejercicio del control es una función social y que la persona o sociedad controlante ejerce la soberanía societaria, aunque la ley debe poner límites al control y castigar el exceso o la desviación del poder, ya que el mal uso del poder se sanciona con responsabilidad; ergo, la antigua ecuación *poder de gestión-responsabilidad*, debe ser reemplazada en esta temática por *poder de control-responsabilidad*<sup>56</sup>. Aunque la existencia de un grupo económico no significa que pese a la indudable existencia de control por parte de una de ellas sobre las demás, éstas dejarán de actuar con absoluta independencia respecto a ciertos aspectos de su propio quehacer ordinario<sup>57</sup>. Existe *conjunto económico* cuando un grupo central opera mediante diversas sociedades, a las que domina de tal manera que la voluntad de éstas no se expresa a través de los propios directores, sino del conjunto central<sup>58</sup>.

**§ 18. El sistema de la ley de sociedades comerciales sobre el control.** La ley no ha establecido un sistema general sobre el control de sociedades al que nos venimos refiriendo, como tampoco lo había hecho con relación al fenómeno de agrupamiento de sociedades; sin embargo, el art. 33, en su versión original, acomete la problemática del *control interno*, tomando como fundamento *el control financiero*, esto es, el poder de voto que fluye del capital social (acciones, cuotas o partes sociales) como expresión de una voluntad que se impone como voluntad de la sociedad<sup>59</sup>; aunque sólo comprende a las *sociedades comerciales* y no a las personas

<sup>54</sup> CNCiv, Sala L, 12/5/95, “Doctrina Societaria Errepar”, julio 1999, 44-28.

<sup>55</sup> A su vez, la situación de contralor puede no quedar exclusivamente reducida a dos empresas, sino extenderse, sin limitaciones, a varias de ellas, dando origen a ‘grupos’ de empresas, organizados de acuerdo a dos principales sistemas: el estelar y el de sociedades en cadena. (Ferro Astray, *Empresas controladas*, p. 14).

<sup>56</sup> Etcheverry, Raúl A., *Primeras ideas sobre la responsabilidad de la controlante en el nuevo régimen del artículo 54 de la ley de sociedades*, LI, LI-1985-156.

<sup>57</sup> CNTrab, Sala VII, 1/12/86, DT, 1987-A-714, y RepLL, XLVII-1630, sum. 1.

<sup>58</sup> CNTrab, Sala III, 7/6/84, DT, 1984-B-1607, y RepLL, XLIV-2025, sum. 9.

<sup>59</sup> Alegria, Héctor, *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control*, RDCO, 1978-311.

físicas, ni tampoco a las jurídicas que no sean sociedades comerciales. Como lo apunta Alegria<sup>60</sup> la ley contempla tanto el control directo como el indirecto (que se ejerce por medio de una sociedad también controlada por la controlante), que se practica por derecho propio y por cualquier título mediante los votos necesarios para formar la voluntad social. Inicialmente, al constituirse la sociedad el control interno será aquel que fluya de la voluntad de la asamblea o reunión constitutiva en base al capital social y habida cuenta de las características que se otorguen a las acciones, cuotas o partes de interés que los representa. Durante el funcionamiento de la sociedad entendemos que subsiste un control de derecho *potencial* o teórico que abre paso a un control de *hecho* o *efectivo* que, sin representar una mayoría teórica y necesaria, corresponde a los votos que se necesitan para formar la *voluntad social*.

Se estipula que el régimen de sociedades controladas puede resultar de la participación que *directamente* posea la controlada en la controlante, o que *indirectamente* –por intermedio de otra sociedad a su vez controlada– posea tal participación. Adviértase que el control sólo puede ejercerse a través de una sociedad, imposibilitando que se ejerza por intermedio de una persona física<sup>61</sup>. Esta sociedad, a su vez, tendrá que ser *comercial*, es decir alguna de las tipificadas por la ley de sociedades comerciales, de acuerdo con el carácter dogmático establecido en los arts. 1º, 2º y 3º de la normativa societaria.

El art. 33, modificado por la ley 22.903, clarifica en buena medida el alcance conceptual de lo que debe entenderse por *voluntad social*, que no es otra cosa que aquella que se exterioriza en las reuniones sociales o asambleas. Pero la alteración más importante que produce es la incorporación al concepto de control del denominado *control externo*, con lo cual se consagra en la normativa societaria lo que la doctrina venía demandando (extensión del régimen de sociedades controladas al control externo o de hecho), y la jurisprudencia resolviendo (allanamiento o no de la personalidad jurídica; ver texto actual del art. 54). De aquí que se considera acertada la no reglamentación pormenorizada del régimen de sociedades controladas, pues –tal como se lo ha estructurado– permitirá al intérprete prescindir o no de la personalidad jurídica, basado en el correcto alcance que deba darse, especialmente, al control externo ponderado por el ejercicio de una influencia dominante nacida de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, y de especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Creemos innecesario dar una ejemplificación sobre cuándo se presenta una situación de control externo o de hecho. Lo que sí podemos decir es que el control de sociedades puede perseguir finalidades diversas, como la creación de una entente financiera; la disminución de cargas fiscales; la racionalización de la producción y comercialización, etcétera<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Alegria, *Algunas reflexiones*, RDCO, 1978-312 y siguientes.

<sup>61</sup> Lo que ha suscitado la crítica de De Benedetti –citada por Villegas, Carlos G., *Acciones de voto plural*, Bs. As., Depalma, 1973, p. 116– quien afirma que resulta anacrónico haber recogido en el art. 33 sólo una de las varias fórmulas contenidas en la *Company Act de 1948*.

<sup>62</sup> Solá Cañizares, Felipe de, *Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado*, Bs. As., Tea, 1957, t. II, p. 269 y 270: “es una fórmula a la vez segura y elástica para llegar a realizar grandes negocios a base de una dirección única, para mantener empresas que solas, encontrarían dificultades financieras, para realizar integraciones verticales desde las primeras materias hasta la venta y concentraciones horizontales que no siempre son perjudiciales. Las sociedades de control

La actual redacción del art. 33, se proyecta a la demostración de la existencia del control que permita ejercer una influencia dominante, que por las consecuencias que importa y en el caso de que la misma resultare de la existencia de ‘especiales vínculos’ deberá tener una permanencia en el tiempo e intensidad que configure válidamente una situación de control societario. Esta influencia dominante en razón de la tenencia de capital, se da clásicamente como consecuencia del ausentismo de los accionistas a las asambleas, lo que permite demostrar históricamente que el control de las mismas y por lo tanto de la voluntad social, puede lograrse con un porcentaje de votos muy inferior al 51%<sup>63</sup>.

Santillán explica que el inc. 2º toma la redacción de la legislación italiana, conforme lo establece el art. 2359 del Cód. Civil vigente, pero se aparta del modelo italiano, pues no hace mención de “particulares vínculos contractuales”, sino de “especiales vínculos existentes”, dada la difícil constatación de la fórmula “vínculos contractuales”<sup>64</sup>.

Cabe añadir, finalmente, que el reciente régimen de transparencia de la oferta pública dispuesto por el decr. 677/2001, entre otras interesantes novedades, introduce “reglamentariamente” no pocas previsiones concernientes a las situaciones de control, las que, puede afirmarse, repercuten o complementan el contenido normativo del art. 33, como la definición que formula sobre los términos *controlante*, *grupo controlante* o *grupos de control*, indicando que comprenden a las personas físicas o jurídicas que en forma directa o indirecta, de manera conjunta o individual, posean una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este caso si es en forma estable, les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia.

## D) Inoponibilidad de la personalidad jurídica

**§ 19. Antecedentes y razones de su empleo.** Se afirma que la multiplicidad de casos atentatorios de la lógica común y del sentido de justicia, llevó a la necesidad de encontrar un instrumento que permitiera operar sobre la cuestión del abuso o del fraude cometido a través de una sociedad, “flexibilizando” el muro interpuesto entre la persona jurídica y sus miembros. Para afrontar esos excesos los tribunales acuñaron doctrinas como las del *allanamiento*, la *desestimación*, la *penetración* o la *redhibición de la personalidad jurídica* o del *levantamiento del velo societario*, todas con sus correspondientes correlativos en la doctrina anglosajona<sup>65</sup>; también en Europa se han empleado institutos como el *empresario oculto*, la *doctrina de terceros*,

---

facilitan las concentraciones internacionales y también las empresas públicas. Con frecuencia las crean los propios Estados”.

<sup>63</sup> Odriozola, Carlos S., *Los grupos de sociedades y los accionistas externos*, LL, 1986-E-1115.

<sup>64</sup> Santillán, Jorge M., *Las sociedades controladas y la reforma de la ley 22.903*, RDCO, 1984-740.

<sup>65</sup> Se estima que las corrientes norteamericanas que, seguramente, adoptaron la teoría de Savigny (la persona jurídica es una creación legal y artificial del derecho positivo para el logro de determinados fines y objetivos), ha sido la más adecuada para la aplicación de la teoría del *disregard* o del descorrimiento del velo de la personalidad jurídica (Varela, Fernando, *La evolución de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, LL, 1998-D-1179).

la *doctrina de la apariencia* (Francia) o la máxima conocida como *clean hands* (manos limpias) similar al principio general de la *buena fe* (Estados Unidos), entendiéndose que —más allá del nombre que se otorgue al fenómeno— *la realidad impone que cuando la estructura formal de la persona ideal se utiliza ilegítimamente, perpetrando fraudes o lesionando derechos de terceros, debe descorrerse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial; debe el juez poner al descubierto los fines y motivaciones reales de los individuos que son miembros de la sociedad y que han utilizado a ésta como máscara para la consecución de fines reprobados por el ordenamiento*<sup>66</sup>.

Si no se admiten excepciones al respeto que merece la forma con que el derecho reconoce a la persona jurídica pueden darse resultados injustos en casos que ofrecen circunstancias especiales. Ello ha determinado que la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica tenga categoría de principio tanto en el derecho comparado como en el nacional, e inclusive en el internacional<sup>67</sup>.

**§ 20. Fundamentos sobre su regulación.** Cuando se abusa de la personería jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, es lícito rasgar o levantar el velo de la personería para penetrar en la verdad que se esconde tras de él y hacer prevalecer la justicia, y las normas de orden público que han pretendido violarse<sup>68</sup>. Puesto que la personería jurídica se reconoce para facilitar el cumplimiento de ciertos fines prácticos, es lógico que cuando la utilización de ella se desvía de dichos fines, cuando, en otras palabras, se *abusa* de la personería para fines no queridos al otorgarla, sea lícito atravesar o levantar el velo de la personería para llegar a la esencia de la institución<sup>69</sup>. La inserción en el art. 54, de la ilegalidad de *finés extrasocietarios* debe entenderse como una decisión de política legislativa, de contenido moralizador, orientada a preservar el carácter instrumental de las sociedades, en tutela de terceros y socios, con efecto sancionatorio en beneficio del tráfico comercial en general<sup>70</sup>. Serick<sup>71</sup> sostenía que existen tres casos en los que se debe prescindir de la personalidad: el fraude a la ley por medio de la persona jurídica, el fraude y lesión del contrato, y los casos de daños con fraude o deslealtad a terceros con la utilización de la persona jurídica, lo que no le impedía censurar los precedentes alemanes y norteamericanos fundados en la buena fe, realidad de la vida, poder de los hechos, o conceptos cargados de una extrema vaguedad<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> López Mesa, Marcelo J., *Someras consideraciones sobre la desestimación de la personería societaria*, "Doctrina Societaria Errepar", octubre 1997, p. 391.

<sup>67</sup> CNCCom, Sala E, 5/9/84, LL, 1984-D-412.

<sup>68</sup> CNCiv, Sala F, 10/6/76, LL, 1977-A-209; CNCCom, Sala D, 18/3/97, RDCO, 1997-804.

<sup>69</sup> CCivCom Rosario, Sala III, 21/6/82, JA, 983-II-187 y ED, 102-173; CNFedCivCom, Sala I, 29/4/83, LL, 1983-D-168; CNTrab, Sala II, 21/9/87, DT, 987-B-2065 y RepLL, XLVII-1987-1630, sum. 3; CNCiv, Sala C, 13/10/87, LL, 1988-B-383 y DJ, 988-2-241; CNTrab, Sala II, 25/11/96, LL, 1998-F-850, 40.993-S, y JA, 1998-I-176; CCivCom San Martín, 2/9/99, LLBA, 2000-85, sum. 1, y ED, 2000-187-176.

<sup>70</sup> Romano, Alberto A., *Uso de sociedades con particular referencia a los "finés extrasocietarios"*, LL, 2001-B-1014.

<sup>71</sup> Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona.

<sup>72</sup> Varela, *La evolución de la personalidad jurídica*, LL, 1998-D-1174, añadiendo que una vez que el *common law* comenzó a aplicar la teoría de la desestimación, se generaron grupos de casos a los que se aplican esta teoría: fraude a la ley; fraude de contrato; transmisión fraudulenta del patrimonio del deudor a una persona jurídica en perjuicio de terceros; sociedades matrices/filiales; buena fe.



**§ 21. Regulación normativa y alcances.** A partir de la sanción de la ley 22.903, ésta se aparta de la corriente negativista introduciendo la regulación de un régimen de *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, declarando que la actuación de la sociedad que encubra la prosecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar el derecho de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios causados<sup>73</sup>. Esta norma institucionaliza así en la preceptiva, en apretada síntesis, lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia sentaron en cuanto a la noción y naturaleza de la persona societaria, el abuso del derecho y la desestimación de la personalidad, las nuevas realidades de la personalidad societaria, los grupos de sociedades, y la teoría de la penetración (levantamiento del velo). La jurisprudencia ha confirmado que esta disposición no es novedosa, sino que arraiga en la directiva del art. 2º<sup>74</sup>.

Pero la previsión normativa sobre el *levantamiento del velo* la encontramos también en otros cuerpos legales como el art. 2º de la ley 19.359 (régimen penal cambiario); o los arts. 161, 163, 164 y 171 de la ley 24.522 (de concursos y quiebras), al regular la extensión de la quiebra.

Como colofón destacamos las apreciaciones de Embid Irujo y Varela<sup>75</sup> apuntando que: a) la legislación societaria argentina constituye una excepción al resto de las legislaciones comparadas ya que no existen regulaciones en el mundo que permitan la aplicación de dicha norma, es decir, el propósito de “descorrer” el velo de la personalidad jurídica, pues en general la formación y consolidación de la doctrina del “levantamiento del velo” han sido, esencialmente tareas asumidas por los tribunales; b) el problema actual es la forma en que los tribunales están aplicando dicho instituto, no dándole la importancia que esta normativa posee ya que es de vital importancia tratar de rescatar el espíritu del legislador en torno al art. 54 *in fine* de la ley para luego permitirse la aplicación de la misma si el caso lo hiciera posible.

**§ 22. El control y la inoponibilidad de la personalidad jurídica.** La importante norma contenida en el art. 54 (modificado por la ley 22.903) guarda armonía con el control de sociedades legislado por el art. 33, principalmente en cuanto a los problemas jurídicos que plantea, destacando –precisamente– el de la personalidad jurídica y su desestimación.

Es común afirmar que la sociedad, como persona jurídica, es un centro autónomo de imputabilidad de derechos y obligaciones con total independencia de los sujetos que lo integran<sup>76</sup>, y, como tal, plantea el interrogante de si es legítimo hacer prevalecer tal persona como una estructura artificial, por encima de su realidad eco-

<sup>73</sup> Vale decir que el texto actual a partir de una vertiente ética, se adecua jurídicamente a la razón misma del reconocimiento de la personalidad que no puede servir para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto por el art. 1º; la solución es coherente, así, con la estructura técnica y lógica de la ley 19.550 (Exposición de motivos de la ley 22.903, cap. I, secc. VI, 3).

<sup>74</sup> CNCom, Sala E, LL, 5/9/84, 1984-D-412.

<sup>75</sup> Embid Irujo - Varela, *Personalidad jurídica*, LL, 2000-B-1093.

<sup>76</sup> Las sociedades de derecho son personas jurídicas (art. 33, Cód. Civil) y sujetos de derecho (art. 2º, LSC); luego, sociedades distintas serán personas jurídica y sujetos distintos (CNCom, Sala D, 3/11/97, *Errepar*, t. II, 014-003-001, 9).

nómica o jurídica; en otras palabras, el contralor que ejerce una sociedad sobre otra afecta a la personalidad jurídica de esos sujetos de derecho, dada la indudable unidad económica entre las sociedades que desvirtúa, en los hechos, la autonomía “legal” de que gozan. En virtud de la modificación introducida por la ley 22.903 al art. 54, reiteramos, la ley de sociedades comerciales configura la noción sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica, diciendo que la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los *controlantes* que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios causados. Obviamente, no configurándose en aquel concepto caso alguno de inoponibilidad de la personalidad jurídica, ésta resulta válida a todos los efectos pues 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 por las deudas de la controlada, salvo que haya existido un indebido desvío del interés social de la controlada hacia la controlante; pues, reiteramos, lo que el derecho no admite y sanciona condignamente es el abuso de la personalidad, pero no su uso lícito, conforme con la finalidad querida por la ley y sin desnaturalización del instituto<sup>77</sup> así: a) el coligamiento interno entre sociedades con personalidad jurídica no priva a éstas de autonomía jurídica en la relación externa con los terceros<sup>78</sup>; b) la sociedad controlada constituye un sujeto distinto de la sociedad principal y no puede considerársela, a los fines de la competencia territorial, en la controversia individual del trabajo, una dependencia de ésta<sup>79</sup>.

A su vez, la jurisprudencia ha considerado que la definición que el art. 33, efectúa de sociedades controladas y vinculadas en manera alguna implica negativa legal de las respectivas personalidades jurídicas<sup>80</sup>. En otro caso se consideró que tratándose de participaciones sociales cualitativas, a los fines de dicho artículo, 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 casi inmediato de tales atributos<sup>81</sup>. Más aún, una filial argentina no puede eludir su responsabilidad si a la postre resultara tenerla, escudándose en una personalidad jurídica que le confiere la ley nativa, pero que no alcanza a esconder su carácter de filial, declarada pública y explícita de la matriz alemana<sup>82</sup>. Así también, cuando existe similitud entre los nombres comerciales de las sociedades codemandadas y coincidencia en su objeto social, se han registrado considerables remesas entre ambas y envíos de dinero que resulta verosímil atribuir a inversión o aporte de capital, cabe concluir que se encuentra acreditada la configuración del control externo por especiales vínculos previstos en el art.

<sup>77</sup> CNCCom, Sala D, 3/11/97, *ED*, 180-307, y *RDCO*, 1999-547, apoyados en nuestra doctrina. Así también, posteriormente, Caputo, Leonardo J., *Responsabilidad de la sociedad controlante*, *JA*, 2001-II-936: la circunstancia de que una sociedad sea controlada interna o externamente –de derecho o de hecho– sea directa o indirectamente a través de una sociedad vinculada o dominada, no conduce por sí a negar su autonomía jurídica y patrimonial y por ende, a la comunicación de la responsabilidad por sus actos a su controlante.

<sup>78</sup> Cass. Sez. I, 13/3/64, n° 561 “Giust. Civ. Mass.”, 1964, 247.

<sup>79</sup> Cass. Sez. II, 18/2/63, n° 382, “Giust. Civ. Mass.”, 1963, 181.

<sup>80</sup> CNCCom, Sala D, 26/2/82, *JA* 1982-IV-491, y *RepLL*, XLIII-2248.

<sup>81</sup> CNCCom, Sala B, 29/11/94, *LL* 1995-C-280.

<sup>82</sup> CNCiv, Sala L, 12/5/95, “Doctrina Societaria Errepar”, julio 1999, 45-33.

33, inc. 2° de la ley 19.550, lo cual hace aplicable el art. 54 de este cuerpo legal para condenar solidariamente a la sociedad controlada<sup>83</sup>. Es que la independencia jurídica de cada sociedad no implica que la controlante no deba, en determinadas circunstancias, responder por las obligaciones de la controlada, pues el dominio de la voluntad social que ejerce puede trasladarle las consecuencias de los actos realizados por ésta pero mandados o dispuestos por aquélla<sup>84</sup>.

También se ha dicho en sede judicial que, al no establecer el art. 33 las consecuencias del control en las sociedades, el mero incumplimiento contractual por parte de la controlada no puede dar lugar a responsabilizar a la controlante, sobre todo si no se ha demostrado la imposibilidad actual de satisfacer las obligaciones contractualmente asumidas<sup>85</sup>.

**§ 23. Extensión de la quiebra. Determinación de su sujeto real.** En un caso, se había desestimado la personalidad jurídica en beneficio del interés público por razones de política jurídica basadas en la extensión de la quiebra prevista en los arts. 164 y 165 de la reemplazada ley 19.551<sup>86</sup>. Ya vigente la ley 24.522, y finalizando el año 1997<sup>87</sup>, los tribunales se expiden en la materia diciendo que la ley de quiebras provee dos normas que constituyen una clara aplicación del reproche al *abuso*, pero no al *uso lícito* de la distinta personalidad de las sociedades –distinta tanto de la personalidad de sus integrantes, cuanto de las otras sociedades–. Tales son las normas previstas en el art. 161, párr. 2° de dicha normativa, conforme con la cual la quiebra se extiende a toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte, y el art. 172 de la mencionada ley 24.522, que establece que en hipótesis de conjuntos económicos, aun manifestados por relaciones de control, la quiebra de un sujeto no se extiende a los restantes cuando no se dan las características del art. 61, estableciendo un *principio general* (la quiebra de un integrante del conjunto no se extiende a los demás) y la *excepción* (pero sí se extienden cuando se dan las especiales circunstancias del art. 161)<sup>88</sup>. Al poco tiempo se emite otro pronunciamiento que destaca por su completividad temática y secuencial<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> CNCivComFed, Sala I, 25/2/99, ED, 184-448, con nota de Odriozola, Carlos S., *El control externo y una singular interpretación de los arts. 33 y 54 de la LSC*.

<sup>84</sup> CNCiv, Sala L, 12/5/95, LL, 1997-D-855, 39.715-S, DJ, 1997-3-864, y JA, 1996-III-550.

<sup>85</sup> CNCom, Sala B, 20/5/87, RDCO, 1987-982.

<sup>86</sup> CNCom, Sala B, 6/12/82, LL, 1983-B-362, y JA, 1983-II-549.

<sup>87</sup> Antes de finalizar este año, y durante su transcurso, se emiten dos pronunciamientos a favor de la extensión de la quiebra por aplicación de la normativa concursal; en uno, por haberse desviado el interés social de la controlada en beneficio de la controlante durante un tiempo prolongado (CNCom, Sala E, 7/2/97, ED, 1998-175-331, con comentario de Games, Luis M., *Sociedad controlante. Extensión de quiebra*, estimando que tal extensión de la quiebra no quedó lo suficientemente clara en la sentencia); y en otro por haberse acreditado una confusión patrimonial inescindible, entre controlante y controlada (C1<sup>a</sup>CivCom Mar del Plata, Sala II, 2/9/97, LL, 1998-C-261, DJBA, 154-2652, JA, 1998-I-136, y ED, 178-424).

<sup>88</sup> CNCom, Sala D, 3/11/97, "Doctrina Societaria Errepar", febrero 1998, p. 796.

<sup>89</sup> Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros de Mendoza, 20/3/98, "Doctrina Societaria Errepar", enero 1999, p. 598 a 601, 14 a 28. Así considera que la actuación de una sociedad ficticia que sólo existe en apariencia, a los fines de asumir los negocios del fallido, sus hijos y apañadores, aún prescindiendo de las soluciones previstas por el art. 161 de la ley 24.522, puede ser objeto

**§ 24. Pautas básicas para que opere la inoponibilidad.** La inoponibilidad es una figura proveniente del derecho común, no estructurada sino en soluciones muy particulares en el derecho civil y el comercial. Se trata de la privación total o parcial de efectos de un acto jurídico, respecto de alguna de las partes o de todas ellas. La causa de la privación de efectos es externa al acto y si ella cesa, renace dichos efectos con todo su vigor original. En definitiva, no se trata de ningún supuesto de validez ya que el acto es siempre válido. La inoponibilidad de la personalidad no lo es de la sociedad, ni de su acto constitutivo<sup>90</sup>.

Girón Tena aconseja precisar lo más posible las características dogmáticas y técnicas del concepto personalidad jurídica; luego, en la aplicación, buscar primeramente la correcta subsunción y evitar las generalizaciones que contiene, demarcando la esfera de las normas por su fin; y finalmente, proteger esa correcta aplicación con las figuras y técnicas adecuadas –fraude a la ley, simulación, negocio indirecto, modalidades de figuras unidas– cuidando su armonización, pareciéndole aceptable la tendencia predominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas (considera que las aportaciones anglosajonas presuponen unas ideas y conceptos intrasladables a los derechos continentales): partir como principio del respeto a la personalidad jurídica porque la existencia de la figura en el ordenamiento positivo es incompatible con la necesidad de su justificación en cada caso, lo que extendería la inseguridad jurídica; luego, a efectos de la penetración a los socios, combinar las tesis ‘objetiva’ (penetración si se trata de una aplicación de la personalidad que no se ajuste a la

---

de extensión de quiebra, recurriendo a los principios del derecho común, pues al corrérsele el velo de la personalidad y descubrirse lisa y llanamente una sociedad aparente, todo el patrimonio de la misma deberá ser integrado a la masa. Ello constituye un típico supuesto de desestimación de la personalidad jurídica del derecho común por “apariencia” de sociedad en realidad inexistente, donde se declarará precisamente la “inexistencia” del seudoente y se determinará que los verdaderos sujetos de la falencia son quienes se escondieron tras su fachada.

Aun no dándose los extremos que la ley concursal prevé para la transmisión de la falencia, puede llegarse a sus mismos resultados prácticos recurriendo a institutos del derecho civil (simulación, abuso del derecho, etc.), o de disposiciones societarias (arts. 2º y 54, ley 19.550), pues respecto de éstas, si bien la primera de esas normas dispone la personalidad jurídica diferenciada entre la sociedad y sus socios, ello es así con el alcance fijado por la misma ley, con lo que estableció el “principio de funcionalidad” de la personalidad así reconocida. En realidad, en este caso, más que de extensión, se trata de la determinación del sujeto real de la quiebra, por cuanto, comprobada la inexistencia de la sociedad, se declarará la quiebra a quien corresponde y comprende en el desapoderamiento de la primera, bienes que restaban por fuera de él en base a entelequias.

Existe consenso en la doctrina y jurisprudencia en el sentido de que es criterio implícito de la ley admitir la posibilidad de otros modos de comunicación de falencia diversos a los contemplados en la ley de concursos, pues los supuestos previstos por el art. 161 de la ley 24.522 son sólo un supuesto regulado de allanamiento de la personalidad, pero en modo alguno el único. Por ello, el hecho de que esa norma no contemple el caso donde se intenta trasvasar la quiebra del socio a la sociedad que integra, no es decisivo: la acción igualmente prosperará si se comprueba el abuso de la personalidad.

Al poco tiempo los tribunales juzgan que la circunstancia de que una sociedad sea controlante de otra no apareja irremediablemente la extensión de responsabilidad por los actos de la controlada, *salvo que la actuación conjunta de ambas empresas haya causado perjuicios comprobados* (CNCCom, Sala B, 24/9/98, ED, 180-540).

<sup>90</sup> Etcheverry, Raúl A., *Primeras ideas sobre la responsabilidad de la controlante en el nuevo régimen del artículo 54 de la ley de sociedades comerciales*, LI, LI-1985-159.

normativa jurídico positiva que rige su aplicación) y ‘subjettiva’ (que con ella se cometa un abuso con el fin de eludir obligaciones contractuales o daños a terceros)<sup>91</sup>.

Estamos persuadidos que la inoponibilidad de la personalidad jurídica la resolverá el juez, tomando como pauta básica el contenido del art. 54, párr. último. En ambos supuestos normativos –de gran amplitud– el intérprete tendrá que atenerse a las particularidades de cada caso y en la estricta medida en que se estime que se haya incurrido en cualquiera de esas dos transgresiones<sup>92</sup>, pues no hay que olvidar que en el mundo de los negocios modernos las pautas de actuación empresarial no pueden tomarse con excesiva rigidez, máxime si se piensa que a veces el encubrir la consecución de fines extrasocietarios puede obedecer a conveniencias societarias, salvaguardadoras finalmente del objeto social, en tanto nada se viole y a nadie se perjudique<sup>93</sup>. Si se viola y perjudica a terceros, cuando en el actual contexto de globalización de la economía, la actuación, por ejemplo, de los agentes financieros (como bancos y financieras *off shore*) y de las empresas multinacionales (sociedades “extranjeras”) no se sujetan a pautas de seriedad y responsabilidad cuando sustituye al poder político destruyendo el trabajo y debilitando al Estado (v.gr., creciendo la deuda externa, extranjerizando el sector productivo de la economía, y estancándose el crecimiento de empresas domésticas y de la capacidad productiva); en semejante contingencia debiera repotenciarse el orden público societario, poniendo límites al poder económico nocivo<sup>94</sup>, lo cual, lamentablemente, no parece posible en el actual contexto normativo.

Cuando la normativa se refiere a la actuación societaria constituida para violar el orden público, deberá tomarse esta última expresión en sentido estricto (y no amplio, como la comprensiva de las llamadas “normas inderogables”)<sup>95</sup>. En cualquier caso, para “levantar el velo societario” el juez ha de superar lo que Embid Irujo denomina la *capacidad valorativa* a fin de “desvelar” la trasgresión sustancial del ordenamiento jurídico, cumpliendo una labor interpretativa y correctora superadora del vacío existente entre el hecho de la realidad y el presupuesto legitimador del “levantamiento del velo”, pero sin que el juez se convierta en una instancia revisora de la validez genérica del derecho de sociedades articulado, en la materia, alrededor de la técnica de la personalidad jurídica propia de la sociedad<sup>96</sup>.

**§ 25. Imprudencia de la desestimación. Principios fundamentales.** a) *Prudencia y excepcionalidad.* La teoría de la penetración, descorriendo el velo de la

<sup>91</sup> Girón Tena, José, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, t. 1, p. 167. La inoponibilidad no lleva a identificar a la sociedad con el socio, sino a proteger al tercero de buena fe, pero sin que ello implique, en principio, afectar en el presente ni en el futuro la normal actuación de la sociedad (CNCom, Sala A, 24/3/00, “Doctrina Societaria Errepar”, junio 2000, p. 1071).

<sup>92</sup> Encubrimiento de fines extrasocietarios y recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

<sup>93</sup> Estos fundamentos fueron aplicados en un caso jurisprudencial: CNCom, Sala C, 10/5/95, LL, 1996-B-598.

<sup>94</sup> Favier Dubois (h.), Eduardo M., *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del siglo XXI*, “Doctrina Societaria Errepar”, septiembre 2001, p. 249 a 263.

<sup>95</sup> Fargosi, Horacio P., *Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria*, LL, 1985-E-715.

<sup>96</sup> Embid Irujo - Varela, *Personalidad jurídica*, LL, 2000-B-1092.

personalidad societaria, se ha usado en algunos casos con extrema prudencia<sup>97</sup> y, en otros, se ha desechado. Y así comenzaron a entenderlo los tribunales sentando que la teoría de la penetración debe emplearse con una gran dosis de prudencia y de manera excepcional cuando se ha buscado o logrado fines contrarios a la ley abusando de la personalidad jurídica<sup>98</sup>; debe ser cuidadosamente utilizada (pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla) y sólo cuando de las circunstancias del caso puede inferirse con total certeza que se ha abusado del esquema societario para alcanzar fines contrarios a los designios de la ley; por lo que la desestimación de la forma de la persona jurídica debe quedar limitada a casos concretos, verdaderamente extraordinarios, pues, cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquéllas, salvo casos particulares, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de ella se haga<sup>99</sup>, procediendo sólo cuando otras defensas o instituciones ordinarias no contemplan la cuestión o no evitan la producción del abuso<sup>100</sup>. La *excepcionalidad* del carácter de este recurso desestimatorio de la personalidad jurídica, fue pronto confirmada<sup>101</sup>, aunque sin desechar la consideración de que la excepcionalidad con que debe aplicarse la doctrina de la *penetración* de la persona jurídica, unida a la diversa personalidad de ella y sus componentes, no puede convertirse en una valla artificial e insalvable que impida en la práctica la adecuada aplicación de esa doctrina y prescindiendo de la realidad —que es el campo donde debe indagar el intérprete— conduzca a un fin no querido por el propio ordenamiento jurídico que ha brindado la posibilidad de asumir esa

<sup>97</sup> O con suma cautela (CLaboral y Paz Letrada Corrientes, 25/4/97, *LLLitoral*, 1998-1-62). Desde un punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido *prudencialmente*, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los “derechos de los demás”, o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad (sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Primera, 28/5/84, citada por Boix Torres, Vicente, *Levantamiento del velo*, LL, 2000-B-953). Nuestros tribunales también suelen acoger el principio de prudencia; así: CNCom, Sala A, 25/06/01, *Errepar*, II, 014-004-001, 3; *id. id.*, 11/09/01, *Errepar*, II, 010-003-004, 46.

<sup>98</sup> CNCom, Sala B, 24/8/79, LL, 1979-D-265; en sentido similar: JuzgComCap nº 10, firme, 13/9/79, LL, 1980-A-116; CNCom, Sala A, 20/4/81, *Errepar*, II, Sociedades, 010.003.002, 14.

<sup>99</sup> CNCom, Sala E, 21/4/97, “Doctrina Societaria Errepar”, septiembre 1997, p. 330; *id.* Sala B, 6/12/82, LL, 1983-B-362, y JA, 1983-II-549; *id. id.*, 15/2/84, LL, 1987-A-659, sum. 37.519; CNCiv, Sala E, 18/2/97, LL, 1998-A-419, DJ, 1998-2-844. En doctrina se registra una opinión que aduce no existir razones lógicas ni sistemáticas para interpretar *restrictivamente* los presupuestos normativos cuya verificación, en el caso concreto, hacen aplicable la inoponibilidad del art. 54 (Filippi, Laura - García, Oscar A., *Personalidad jurídica e inoponibilidad*, LL, 2000-C-1080).

<sup>100</sup> CNCom, Sala B, 13/6/91, ED, 145-708; *id.* Sala A, 9/8/79, ED, 85-489; CNCom, Sala B, 6/12/82, LL, 1983-B-362 y JA, 1983-II-549; *id.* Sala B, 15/2/84, LL, 1987-A-659, 37519-S; CNCom, Sala A, 20/4/81, p. 559; JuzgComCap nº 10, firme, 13/9/79, LL, 1980-A-116; CNCiv, Sala K, 26/3/93, “Daen Construcciones SRL c/Gestoso, Roberto s/sumario” sentencia interlocutoria causa 123209; *id.* Sala J, 19/4/94, “Movimientos de Suelo SA c/Momentos SAACI y otros s/ordinario”, sentencia definitiva causa J09112.

<sup>101</sup> CNCom, Sala C, 22/12/97, “Doctrina Societaria Errepar”, octubre 1998, p. 359; CNCiv, Sala E, 18/2/97, LL, 1998-A-419, DJ, 1998-2-844; CCivCom Laboral y Paz Letrada Curuzú Cuatía, 15/10/98, *LLLitoral*, 1999-691, *RepLL*, LIX-2444, sum. 12, y LL, 2000-A-560, 42.305-S.

forma de personalidad, puesto que de este modo se consumaría una absurda contradicción<sup>102</sup>. La teoría de la penetración tiende a impedir que en *casos extremos* la personalidad societaria se use como pantalla legal para la frustración del derecho, pero no es un pabellón que pueda cubrir cualquier mercancía ni sirve para hacer –sin el debido fundamento– tabla rasa con la personalidad del ente jurídico, o para confundir invariablemente su individualidad con la de quienes lo integran<sup>103</sup>.

b) *No deben violarse reglas superiores del ordenamiento jurídico*. La ley admite la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes, y que este principio debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento jurídico; por lo que la adversa personalidad del ente societario respecto de quienes lo forman no puede sino conducir a deslindar las acciones que puedan intentarse contra uno u otro de tales sujetos<sup>104</sup>. La desestimación de la personalidad o atribución de responsabilidad a personas en apariencia distintas, de ninguna manera podría constituirse un medio por el cual determinado sujeto de derecho asuma la personalidad formalmente conferida a otro, en virtud de su propia invocación de mediar cierta confusión patrimonial u otra relación de vinculación societaria especial<sup>105</sup>. Los tribunales carecen por lo general de la facultad de prescindir de la forma de la persona ideal y de las consecuencias que de ellas resulten, excepto cuando ha sido empleada para fines reprobables, puesto que cuando la persona jurídica no se identifica con los hombres que se hallan detrás de ella, su patrimonio tampoco puede ser equiparado con los derechos de participación del ente colectivo<sup>106</sup>.

c) *La regla: emplearlo en interés de terceros*. El procedimiento de *levantar el velo* ha sido utilizado más en interés de terceros, y sólo excepcionalmente en interés de los accionistas, o sea en determinada circunstancia o para determinados fines (v.gr., evitar el abuso de los privilegios de la persona jurídica –como en el caso de fraude o de acciones culpables–; proteger a terceros –como acreedores o compradores–; asegurar el respeto de las prescripciones legales o de las obligaciones)<sup>107</sup>. Con sujeción a la regla del art. 2º de la ley 19.550 y su doctrina no se advierte el motivo para prescindir de la imputación que a cada una de las sociedades corresponde, en tanto no se ha demostrado que medie razón alguna para juzgar que su actividad no se haya ajustado a los fines legales de su constitución o que haya sido instrumento para perjudicar al demandante<sup>108</sup>.

## E) Indisponibilidad de los depósitos bancarios y responsabilidad de la matriz controlante

**§ 26. Las inconstitucionales directivas financieras.** El 1/12/01 el entonces presidente Fernando De la Rúa y su ministro de economía Domingo Cavallo dictan

<sup>102</sup> CNFedCivCom, Sala I, 29/4/83, LL, 1983-D-168.

<sup>103</sup> CNCiv, Sala B, 26/9/74, LL, 1975-A-804, 32.263-S.

<sup>104</sup> CNCom, Sala A, 22/11/85, LI, LIV-1986-1007.

<sup>105</sup> CNCom, Sala D, 26/2/82, JA, 1982-IV-491, y RepLL, XLIII-2247, sum. 3; en forma similar: CNCiv, Sala D, 5/12/97, LL, 1998-F-439.

<sup>106</sup> CNFedCivCom, Sala I, 29/4/83, LL, 1983-D-168.

<sup>107</sup> Tribunal Internacional de Justicia, 5/2/70, ED, 36-798.

<sup>108</sup> CNCom, Sala C, 8/3/84, LL, 1984-C-219, y ED, 108-136.

el decr. 1570 (de “necesidad y urgencia”) ordenando, entre otras directivas financieras, la prohibición de disponer de los depósitos de los particulares [permitiéndose sólo el retiro de 250 (\$ o U\$S)] semanales, y las transferencias al exterior (salvo puntuales excepciones menores), explicando que semejantes medidas pueden ser adoptadas por un breve período para evitar la disminución de los depósitos totales del sistema financiero, reconociendo –no obstante– que no es jurídicamente posible ni económicamente conveniente afectar la intangibilidad de los activos bancarios por parte de sus titulares, y que se trata de aventar el riesgo de una crisis financiera sistemática que pueda perjudicar a los ahorristas, protegidos inequívocamente por la ley 25.466, y a la economía nacional toda. El Poder Ejecutivo de entonces, con este decreto, comienza a transitar decididamente por el camino sinuoso de la violación de la Constitución inobservando flagrantemente el derecho de propiedad consagrado en su art. 17. De la Rúa abandona la presidencia antes de vencer su mandato; luego deviene un gobierno fugaz (el de Rodríguez Saá), hasta que por un mecanismo admitido constitucionalmente es designado presidente Eduardo Duhalde. A partir de su gestión la debacle iniciada el 1/12/01 se acelera y enturbia con una serie de medidas económicas resueltas discontinuamente sin un plan orgánico previo, con una aversión indisimulada del régimen de convertibilidad que lo lleva inopinadamente a decretar apresuradamente una devaluación del 40%, para luego continuar con otras medidas más enredadoras, consecuencia de esta devaluación repudiadora de la convertibilidad, como por ejemplo la ley 25.561 que deroga parcialmente la ley 23.928 (de convertibilidad); autoriza al Banco Central a comprar y vender divisas, y a emitir pesos; reestructura las obligaciones vinculadas al sistema financiero, a los contratos de la administración pública, y a los contratos entre particulares; se inician las prevenciones sobre control de precios; y suspende la ley 25.466 (que protegía a los ahorristas). Así también promulga la ley 25.563 y el decr. 320/2002 (15/02/02) suspendiendo por 180 días los concursos preventivos y las quiebras, las ejecuciones hipotecarias y prendarias, y las medidas cautelares; asimismo se “pesifican” las deudas privadas y bancarias. Estas medidas, descritas ejemplificativamente, como otras complementarias, *potencian* la inconstitucionalidad insinuada con el “corralito” de Cavallo, que no sólo es mantenido por Duhalde, sino que los agrava instalando el “corralón”, por el que no se devuelven los depósitos como naturalmente quieren los ahorristas a quienes se ofrece en compensación alternativas como “reprogramaciones” y bonos a largo plazo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un pronunciamiento diverso a otro anterior, resuelve declarar inconstitucional el “corralito”, aunque en los hechos, empleando argucias y procedimientos reglamentaristas, se “flexibiliza” la indisposición de los fondos pero, en lo esencial, la “confiscación” de éstos sigue vigente. Hasta puede sostenerse que el Congreso concedió al presidente Duhalde facultades extraordinarias otorgándole poder para que las fortunas de los argentinos queden a su merced, con el agravante de que la “pesificación” (que, entre otros efectos, los acreedores sufrieron un despojo en beneficio de sus deudores) inobservó la prohibición de prerrogativas provocando que no todos los habitantes sean iguales ante la ley (art. 16, Const. nacional), instalando arbitrariamente una nueva especie de *discriminación*.

En lo que al tema de este trabajo concierne, las directivas financieras referidas precedentemente pretenden autodefinirse como de “orden público económico” aunque deroguen –inconstitucionalmente– otras medidas también de “orden público económico”; como sea, en principio parece que no son susceptibles de ser invoca-



das con alcances extraterritoriales ni tampoco por sociedades constituidas en el extranjero en cuanto, para el cumplimiento de los contratos, cuenten con recursos –sitios dentro o fuera del país– no afectados por las restricciones financieras<sup>109</sup>.

**§ 27. Sociedad extranjera: actuación y responsabilidad.** Aunque se considere que el derecho societario argentino es neutro a admitir para las sociedades constituidas en el extranjero la actuación directa (art. 118) y la indirecta o participacional (art. 124), en cuanto a la personalidad, la decisión que se adopte debe adecuarse a la realidad de lo que será esa actuación, comprendiendo el deber de una utilización funcional del instituto escogida; ergo, si se optó por constituir o participar como socio sustancialmente único en una sociedad local, siendo que en realidad el fin perseguido era el de desarrollar habitualmente en territorio nacional la misma actividad realizada en el lugar del domicilio de la sociedad matriz o en el de otras filiales o integrantes del agrupamiento, tal circunstancia evidencia por sí misma una elección abusiva del recurso de la personalidad diferenciada y en potencial detrimento de los terceros, a quienes se intenta privar sin justificación suficiente de la responsabilidad directa de la casa matriz<sup>110</sup>.

**§ 28. Desestimación de la personalidad de una filial.** Como lo sostiene un autor<sup>111</sup> no cabe considerar que sean idénticas dos personas jurídicas *sólo por el hecho* de que una de ellas posea toda o casi todas las acciones de la otra; tampoco si están regidas por directores comunes o de alguna manera se hallan en estrecha conexión; tampoco si existe identidad de accionistas. En efecto, no hay nada que impida a una sociedad anónima ser dueña de la mayoría de las acciones de otra y así dominarla (aún con una minoría de capital), en tanto tal vinculación, por ejemplo, no suponga una connivencia dolosa<sup>112</sup>. Es que el proceso de concentración empresarial tiene una vitalidad propia de los actuales fenómenos económicos que el derecho intenta regular, con excepción de casos patológicos<sup>113</sup>. Sin reputarlo como caso patológico, no es menos cierto que: a) resulta poco aceptable, una aplicación restrictiva de la desestimación de la personalidad de una filial sustancialmente unipersonal, así como la exigencia de elementos subjetivos de atribución para que dicha desestimación proceda; b) lo determinante es el medio escogido y no el ejercicio abusivo o antijurídico del control: si las deudas de la filial son una extensión en el pasivo de la casa matriz, ello se verifica así desde que son contraídas y la efectividad de esa extensión dependerá de su planteamiento futuro, ya que es una función del interés de un determinado acreedor, que al derecho no le cabe suplir; c) no hay una ulterior ilicitud que haga nacer una obligación diferente de carácter reparatorio, sino de la extensión de la imputación de los efectos de una obligación anterior<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> Rossi, Hugo E., *Responsabilidad de la casa matriz por las obligaciones de la filial sustancialmente unipersonal*, "Doctrina Societaria Errepar", mayo 2002, p. 116 y 117.

<sup>110</sup> Rossi, *Responsabilidad de la casa matriz*, "Doctrina Societaria Errepar", mayo 2002, p. 108.

<sup>111</sup> López Mesa, *Someras consideraciones*, "Doctrina Societaria Errepar", octubre 1997, p. 397.

<sup>112</sup> CNCom, Sala B, 6/12/82, LL, 1983-B-362 y JA, 1983-II-549.

<sup>113</sup> CNCom, Sala A, 9/08/79, LL, 1980-C-27, y ED, 85-488.

<sup>114</sup> Rossi, *Responsabilidad de la casa matriz*, "Doctrina Societaria Errepar", mayo 2002, p. 108 y 109.

**§ 29. Filial dependiente y casa matriz.** Nos pareció útil iniciar este apartado rememorando la circular del Banco Central de la República Argentina RF 1322 la que, reglamentando las normas sobre fraccionamiento del riesgo de las operaciones de crédito, en el caso de conjunto y/o grupos económicos, estén o no vinculados a la entidad financiera, no sólo se aplican como si se tratara de un solo cliente, sino que, añade, considera que dos o más personas físicas o jurídicas forman un conjunto y/o grupo económico cuando de hecho o de derecho la unidad de decisión, el control patrimonial o la participación en el capital, entre otras modalidades de la estructura societaria del conjunto, revela la existencia de una relación de persona física o sociedad controlada.

En el caso que nos ocupa la *sociedad filial* no puede ser considerada un sujeto económicamente independiente, pues por encima de su formal autonomía patrimonial, lo que cuenta, sustancialmente, es el respaldo adicional que para esas operaciones representa el patrimonio, la solvencia y el prestigio internacional de la *casa matriz*; ergo, la filial totalmente controlada deja de ser un medio de limitación de responsabilidad, un patrimonio de afectación incompatible con la unidad económica subyacente, reteniendo solo su condición de instrumento de organización<sup>115</sup>.

**§ 30. Responsabilidad por el pasivo social.** Vale la pena tener presente que los principios de soberanía y contralor de entidades mercantiles que constituidas con arreglo a las leyes de sus respectivos países pretendan incorporarse a la vida económica de la Nación, fuerzan a interpretar el art. 123 de la ley 19.550 como comprensivo también de la hipótesis de participación en sociedades existente en la República, sin que sea óbice la sobrevenida alegación del cese de la sociedad extranjera en su calidad de accionista<sup>116</sup>. Es que no sólo están en juego aquéllos principios, sino también el interés de quienes contrataren con la sociedad así constituida para juzgar la eventual responsabilidad por el pasivo social<sup>117</sup>. En efecto, y en el caso que nos ocupa, si la concertación de los contratos de depósitos genera a la filial una ventaja competitiva respecto de otros operadores en el mismo mercado, beneficiando a la matriz al captar una porción significativa de éste, debe entenderse que tanto la matriz como su filial debían asumir el riesgo de una mayor responsabilidad patrimonial; la apariencia producida o inexcusablemente tolerada por la sociedad matriz de la existencia de un respaldo de ella a las actividades de la filial se produce, respecto de las operaciones particulares de ésta, en una garantía de solvencia y responsabilidad de la matriz por las operaciones de la filial, la cual tiene objetivamente los alcances de su exigibilidad por personas normales que pudieron razonablemente confiar en ella y contratar en consecuencia; promover o consentir esa exteriorización equivale a la propia desestimación de la separación patrimonial, sobre la cual no es lícito volver cuando se plantea el cumplimiento de contratos celebrados bajo tal apariencia<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> Rossi, *Responsabilidad de la casa matriz*, "Doctrina Societaria Errepar", mayo 2002, p. 108 a 117.

<sup>116</sup> CNCom, Sala D, 20/10/78, LL, 1979-C-95.

<sup>117</sup> Migliardi, Francisco, *Inscripción registral de sociedad extranjera que participa en sociedad existente en el país*, LL, 1979-C-553.

<sup>118</sup> Rossi, *Responsabilidad de la casa matriz*, "Doctrina Societaria Errepar", mayo 2002, p. 110, 111 y 117, añadiendo, apoyándose en Favier Dubois, que ello implica: 1) una suerte de extensión del

**§ 31. Tercero de buena fe.** También nos servirá como precedentes<sup>119</sup> dos pronunciamientos: a) el reconocimiento por el presidente del banco sobre el funcionamiento de una mesa de dinero existente en dicha institución, que captaba cifras muy considerables en relación con los mercados regulados, sobre la cual tenía conocimiento el directorio, los accionistas y los empleados del banco y que fue creada para no perder la masa de clientes de la institución bancaria, quienes confiaron en la seriedad del banco donde la mesa funcionaba, importó un “recurso para violar la ley” en los términos del art. 54 *in fine* de la ley 19.550<sup>120</sup>; b) en otro caso posterior el mismo Tribunal sostuvo que resulta procedente exigir al banco mutuario, de cuya personalidad jurídica habrían abusado los demandados, porque tal sociedad intervino en la recepción de fondos que, según los actores, los demandados desviaron de la caja del banco hacia los propios bolsillos<sup>121</sup>.

En el caso de los depósitos bancarios un tercero que pueda ser considerado una persona prudente y cuidadosa conforme a patrones normales de apreciación en un momento o circunstancia dada, podrá aceptar el respaldo de la matriz como una garantía no formal o implícita y se presumirá que si contratan con la filial ello habrá sido determinante para que lo hicieran con la expectativa lógica de que, si ésta tuviera dificultades para cumplir con el contrato, la casa matriz lo hará por ella sin necesidad de ningún reclamo judicial, entendiéndose como una conducta de buena fe en las tratativas precontractuales y tanto más si el contrato se concluye por adhesión a estipulaciones preordenadas, por lo que después la matriz, que como controlante produjo (o cuando menos toleró inequívocamente) la apariencia, no podrá sostener que sea relevante como eximente un conocimiento objetivo de la situación de diferenciación formal entre matriz y filial por parte del contratante ni pretender por lo tanto que éste carece de buena fe al reclamar a ella el cumplimiento del contrato<sup>122</sup>.

**§ 32. Demanda y emplazamiento de las matrices.** Rossi nos aporta las siguientes consideraciones procesales<sup>123</sup>:

a) En el caso de la responsabilidad de la sociedad matriz, el lugar del cumplimiento del contrato no puede entenderse modificado por la circunstancia de que ella sea codemandada con su filial local, desde que no se la demanda por una acción reparatoria de daños (aunque ésta podrá ser acumulada) ni por otro contrato sino en virtud de la extensión de la imputación de los efectos de uno anterior y que por ello no libera de responsabilidad a la sociedad filial.

---

riesgo de empresa en el mercado, en donde se presenta como una apariencia empresaria frente a los consumidores; 2) que, por encima del dolo o de la culpa en que se pueda o no haber incurrido en su generación en el propio beneficio, se encuentra la realidad de lo que podría decirse constituye *un abuso por el resultado*: el contrato celebrado con la filial a partir de esa apariencia e incumplimiento después por ésta; y 3) que la apariencia jurídicamente vinculante resulte así un fundamento de la responsabilidad interempresaria, en el que confluyen también el principio general de la protección de la buena fe y el respeto de las consecuencias de los actos propios.

<sup>119</sup> Pues no se inscriben en la fenomenología del supuesto de “matriz-filial” que estamos considerando.

<sup>120</sup> CNCom, Sala D, 18/3/97, “Doctrina Societaria Errepar”, enero 1998, p. 716, y *ED*, 180-565.

<sup>121</sup> CNCom, Sala D, 23/6/98, “Doctrina Societaria Errepar”, enero 1998, 597-10.

<sup>122</sup> Rossi, *Responsabilidad de la casa matriz*, “Doctrina Societaria Errepar”, mayo 2002, p. 110.

<sup>123</sup> Rossi, *Responsabilidad de la casa matriz*, “Doctrina Societaria Errepar”, mayo 2002, p. 111 y 117.

b) Las sucursales y filiales locales de casas matrices sitas en el exterior, pueden ser demandadas por el cumplimiento de los contratos ante los tribunales de la República y ser emplazadas en territorio argentino al efecto, en virtud de la existencia de elementos objetivos de localización que garanticen su derecho al debido proceso. La existencia de un representante –excluido el que sólo estuvo facultado a obtener las registraciones respectivas– o de sede inscripta en los términos del art. 118, párr. 3°, inc. 2), de la ley 19.550, constituyen al efecto un elemento de vinculación suficiente.

**§ 33. Conclusiones.** a) *Sociedades supranacionales.* El fenómeno de concentración económica y el progreso tecnológico generan sociedades con personería y régimen jurídicos supranacionales (corporaciones económicas de gran magnitud), con sus complejos problemas jurídicos propios de los grupos societarios que adquieren relevancia cuando los jueces deben enfrentarse a ellos.

b) *Fiscalización de la participación extranjera.* En casos de conflictos deben prevalecer las *relaciones jurídicas del país de radicación*, en el que se encuentran interesados el orden público y el interés institucional, máxime cuando las formas jurídicas que la ley prevé para actividades lícitas y conformes a su derecho objetivo no pueden legitimar políticas económicas y financieras contrarias a las necesidades de la sociedad. La *regulación y control* de la participación extranjera en sociedades locales se sujeta, especialmente, a los arts. 31 a 33, sobre la limitación participativa, la prohibición de participaciones recíprocas, y el concepto de sociedades controladas y vinculadas, quedando bajo la fiscalización permanente de la autoridad de contralor.

c) *Constituir, asociarse y participar.* A pesar de la imprecisión conceptual contenida en el art. 118, sobre las expresiones sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, *asociarse o participar* en sociedades no es un acto aislado, sino el ejercicio habitual del comercio, integrativo de la vida económica del país.

El término *constituir* que emplea el art. 123, comprende no sólo formar parte fundacional, sino también *participar* en sociedad existente en el país; así lo sustentan los principios de soberanía y contralor de entidades mercantiles. Se excluye de esta interpretación los actos aislados o adquisiciones circunstanciales de capital, por representar participaciones irrelevantes en el control de la sociedad local.

d) *Control y poder efectivo.* Las sociedades comerciales no son unidades absolutamente individuales con derechos y obligaciones que no trascienden más allá que de sí mismas, sino, con frecuencia, entes interrelacionados, deviniendo la autonomía de sus voluntades en conceptos relativos. Y es aquí que el control societario asume relevancia, como el *control interno* que entraña un *poder efectivo* en la conducción de los negocios sociales; como el *control de hecho* o *externo* a través de vínculos contractuales; como el *control de derecho* ejercido a través del derecho a determinar la voluntad social; como el *control indirecto* que se ejerce por medio de una sociedad también controlada por la controlante.

Normativamente el actual art. 33, clarifica lo que debe entenderse como *voluntad social* (la que se exterioriza en las asambleas o reuniones sociales), e incorpora el denominado *control externo* ponderado por el ejercicio de una influencia dominante nacida de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, y de especiales vínculos existentes entre las sociedades con una permanencia en el tiempo e intensidad que

configure válidamente una situación de control societario. El reciente régimen de transparencia de la oferta pública (decr. 677/2001) va más allá, sentando que el grupo de control comprende tanto a las personas físicas como jurídicas.

e) *Unidad económica y unidad de personalidad.* La *unidad de personalidad* puede connotarse con la unidad de explotación, la identidad del nombre, el objeto societario, el sustrato empresario, los bienes aportados, el patrimonio atribuido, y otros hechos, más aún en el caso de subordinación jurídica y económica o de control de las decisiones.

En el orden *tributario* nacional los grupos de sociedades son considerados *unidades económicas* para la atribución del hecho imponible, configurándose así el principio general conocido como de la *realidad económica*, aplicable a las empresas vinculadas internacionalmente por capitales, intereses o direcciones comunes, desconociendo la justicia, por ejemplo, la deducción de regalías pagadas a la empresa extranjera por no reputarlas tales sino utilidades para beneficiarios del exterior. No cualquier reunión de capitales o de actividades con un fin económico particular puede configurar esa unidad económica, sino aquella que constituya un todo orgánico, tenga autonomía funcional, patrimonio propio y “voluntad”; y aun así, la invalidación de la personalidad será procedente sólo a los fines fiscales pues se tratará de un supuesto de ineficacia y no de nulidad. Para la configuración de un *conjunto económico* debe acreditarse la existencia de un paquete accionario de control, comunidad de órganos de administración, ejecución y fiscalización, registros contables paralelos y una interdependencia económica.

Desde el punto de vista *concursal* la normativa argentina extiende la quiebra a toda persona (física o jurídica) controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte y también por haberse acreditado una confusión patrimonial inescindible entre controlante y controlada. Ello así, la controlante debe responder por las obligaciones de la controlada, máxime cuando la actuación conjunta de ambos causó perjuicios comprobados.

f) *Penetración de la personalidad jurídica.* Si bien es cierto que: 1) todo mecanismo de allanamiento de personalidad debe ser aplicado con *criterio restrictivo*, máxime cuando no se ha expresado un interés jurídico tutelable en la desestimación de la personalidad o extensión de la responsabilidad; 2) para levantar el “velo societario” el juez ha de superar la *capacidad valorativa* de la sociedad cumpliendo una labor interpretativa y correctora superadora del vacío existente entre el hecho de la realidad y el presupuesto legitimador del “levantamiento del velo”, sin que el juzgador se convierta en una instancia revisora de la validez genérica del derecho de sociedades articulado alrededor de la técnica de la personalidad jurídica propia de la sociedad, siendo *improcedente* la desestimación cuando no se actúe con prudencia y excepcionalidad, cuando se violen reglas superiores del ordenamiento jurídico y cuando no se emplee en interés de terceros. No es menos cierto que la justicia puede “penetrar” una sociedad para “descorrer el velo” y sacar a luz la *realidad subyacente*, cuando ésta, por hechos o actos posteriores, queda concentrada en una persona individual o en un grupo económico que abusa de la personalidad jurídica con fines lesivos de terceros y con una finalidad antifuncional, haciendo prevalecer la

justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse abusando de la personería, pues la *disregard doctrine* no niega la existencia de ésta, sino que quien niega su personalidad es quien abusa de ella, como cuando se causa daño con fraude o deslealtad a terceros.

La ley de sociedades comerciales con su modificatoria ley 22.903, introduce la regulación de un régimen de *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, declarando que la actuación de la sociedad que encubra la prosecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar el derecho de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios causados, disposición que arraiga en la directiva del art. 2º, aunque la previsión normativa sobre el *levantamiento del velo* también la contienen otros cuerpos legales (como el régimen penal cambiario, y la ley de concursos y quiebras). El régimen de inoponibilidad societario guarda armonía con el régimen de control del art. 33, ya que el contralor que ejerce una sociedad sobre otra afecta a la personalidad jurídica, dada la indudable unidad económica entre las sociedades involucradas que desvirtúa, en los hechos, la autonomía legal de que gozan. Ello así, *si ha existido un indebido desvío del interés social de la controlada hacia la controlante, es razón suficiente para extender a ésta la responsabilidad por las deudas de aquélla*. Es que la inoponibilidad no lleva a identificar a la sociedad con el socio, sino a *proteger al tercero de buena fe*, pero sin que ello implique, en principio, afectar en el presente ni en el futuro la *normal actuación de la sociedad*.

g) *La inconstitucionalidad de las directivas financieras*. Cuando se ordena desde el gobierno, entre otras directivas financieras “de necesidad y urgencia”, la prohibición de disponer de los depósitos de los particulares y las transferencias al exterior, aunque se diga que es por un “breve período”, para evitar la “corrida” de esos depósitos, y, aún, pregonando el mantenimiento de la intangibilidad de los activos bancarios por parte de sus titulares protegidos inequívocamente por una ley, se comienza a transitar por el camino sinuoso de la violación de la Constitución inobservando flagrantemente el derecho de propiedad. Cuando otro gobierno inmediato posterior, entre otras medidas enturbiadoras, discontinuas e inorgánicas de la economía nacional, resuelve quebrar intempestivamente el sistema financiero vigente (derogando la ley de convertibilidad) “reestructurando” las obligaciones del sistema y los contratos entre particulares, a la vez de suspender la ley 25.466 protectora de los ahorristas, y “pesificar” las deudas privadas y bancarias, no hace más que potenciar aquel amago violatorio de la Constitución, al punto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque en pronunciamiento diverso a otro anterior, declara inconstitucional el “corralito” bancario, con lo que, puede sostenerse, el Congreso concedió al presidente de la Nación facultades extraordinarias otorgándole poder para que la fortuna de los argentinos queden a su merced. Estas directivas financieras inconstitucionales no pueden ser susceptibles de invocarse con alcances extraterritoriales ni tampoco por sociedades constituidas en el extranjero en cuanto, para el cumplimiento de los contratos, cuenten con recursos no afectados por las restricciones financieras.

h) *Responsabilidad de la matriz por obligaciones de su filial*. Cuando existe similitud entre los nombres comerciales de las sociedades y coincidencia en su objeto social, se han registrado considerables remesas entre ambas y envíos de dinero

como inversión o aporte de capital, se configura el control externo del art. 33, haciendo aplicable el art. 54; la independencia jurídica de cada sociedad no implica que la controlante no deba, en determinadas circunstancias responder por las obligaciones de la controlada, pues el dominio de la voluntad social que ejerce puede trasladarle las consecuencias de los actos realizados por ésta pero mandados o dispuestos por aquélla.

Si se participa en una sociedad local con el fin de desarrollar en el territorio argentino, habitualmente, la misma actividad realizada por la matriz en su domicilio, tal circunstancia importa por sí misma una elección abusiva del recurso de la personalidad diferenciada, en detrimento de los terceros, cuando se les priva a éstos, sin justificación suficiente, de la responsabilidad directa de la casa matriz.

Si bien el proceso de concentración empresaria tiene una vitalidad propia de los actuales fenómenos económicos, como el respeto que debe guardarse por la diversidad e independencia de las personas jurídicas, existen casos (algunos patológicos), como el que ahora nos ocupa, en que resulta inaceptable una aplicación restrictiva de la desestimación de la personalidad de una filial, porque si las deudas de ésta son una extensión en el pasivo de la matriz, ello es así desde que son contraídas. Además, una sociedad filial no puede ser considerada un sujeto económicamente independiente, pues por encima de su formal autonomía patrimonial, lo que cuenta, sustancialmente, es el respaldo adicional que para esas operaciones representa el patrimonio, la solvencia y el prestigio internacional de la matriz.

Si la concertación de los contratos de depósitos genera a la filial una ventaja competitiva respecto de otros operadores en el mismo mercado, beneficiando a la matriz al captar una porción significativa de éste, debe entenderse que tanto la matriz como su filial debían asumir el riesgo de una mayor responsabilidad patrimonial.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.