

Inoponibilidad de la personalidad jurídica: Imputabilidad y responsabilidad*

Por Efraín H. Richard

1. La motivación y aspectos liminares

El título indica la cuestión sobre la que ensayaremos a pedido de Héctor Alegria, notable e incansable jurista argentino con el que compartimos jornadas unidos en la vocación, construyendo el diálogo fecundo, en la disidencia respetuosa y creativa con la que se integra e interpreta el sistema jurídico. Recientemente hemos tenido el honor de participar en la Universidad Nacional del Litoral, en las Jornadas en su homenaje afrontando el tema “Abusos en el derecho concursal”.

Obviamente, por la naturaleza de la convocatoria, no trataremos, sino incidentalmente, las situaciones que autorizan la aplicación de la norma del art. 54 *ter* (o *in fine*) de la ley de sociedades argentina (LSA), ni aspectos genéricos de control¹. Nos limitaremos a la materia definida en el título.

La cuestión que hoy afrontamos traerá más interrogantes que soluciones. Retornamos así sobre una norma que, en nuestro país y en la República Oriental del Uruguay –únicos que la tienen normada–, tienen el título –del artículo en la primera y de la Sección en la segunda– de “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, terminología que luego no repite la norma argentina.

Se trata de volver a una interpretación finalista de la norma, apartándonos como lo hicimos inicialmente de la literalidad de la expresión “se imputará directamente” cuyo alcance trataremos, expresión que ha sido descartada en la norma urugua-

* Extraído del artículo publicado en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 2008-3, p. 191 a 246 y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.
[Bibliografía recomendada.](#)

¹ El fenómeno del control esta vinculado directamente a la forma actual de organización de la empresa, en cuanto ella disgrega su titularidad, fraccionándose en diversas sociedades. Francesco Galgano expresaba que la forma clásica lo era: a) las grandes empresas industriales concentraban dentro de la empresa el total del ciclo productivo; b) un sector de las empresas basaban su producción en un único producto o en varios productos tecnológicamente homogéneos; c) se reunía en el interior de la misma empresa todas las funciones empresarias: desde la función de dirección organizativa y financiera, y a la actividad productiva y a la de distribución (*Come costruire l'impresa in economia di mercato*, “Rivista delle Società”, 1989, p. 721).

Pero ahora ya se advierten innovaciones: a) la descentralización productiva. De tal forma el imprevisto costo de producto por hora mano de obra es determinado antes de la línea de producción por el valor de cada producto que interviene en la misma; b) la conglomeración. O sea las múltiples actividades de una misma empresa, los paquetes accionarios pasan de mano en mano y se concentran diversas actividades en propiedad de grupos empresarios extraños a la actividad. Las grandes empresas se fraccionan en grupos de sociedades, y esto no es sólo un fenómeno jurídico, sino que tiene validez económica al dividirse el riesgo. La existencia de grupos de sociedades e incluso de control no debe derivar en ninguna alteración de la responsabilidad de los accionistas. La cuestión debe centrarse en el control abusivo y en la lesión a derechos de terceros (socios o acreedores) (Galgano, Francesco, *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, en “Antologia di casi e materiali di diritto commerciale”, Bologna, Zanichelli, 1989, p. 93 y siguientes).

ya, al igual que en el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades de nuestro país del año 2005.

Por otra parte distinguir entre imputación y responsabilidad; particularmente en orden a pensar que si se trata de responsabilidad del controlante podría ingresarse, frente a situaciones concursales, en calificar a estos acreedores de la controlada en acreedores involuntarios de la controlante, con las consecuencias que la doctrina y las tendencias jurisprudenciales tratan de incorporar.

Los temas no son sencillos, particularmente por cuanto la doctrina y la jurisprudencia los tratan con un amplio espectro de enfoques. Desde la vigencia de la LSA se generó una rica corriente doctrinal y jurisprudencial basada en el texto del art. 2°, en cuanto se reconocía a la sociedad el carácter de sujeto de derecho con alcance a las previsiones legales². La teoría de la desestimación de la personalidad es normalmente tratada con relación a las causas que generan esa inoponibilidad, o sea, a los requisitos jurídicos que debe probar el pretensor de esa medida para traspasar el resguardo jurídico de la personalidad.

No entraremos en la abundante aunque errática jurisprudencia, particularmente laboral, donde se tutelan predeterminados criterios éticos o sustancialistas, mediante una declamación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica por abuso o fraude, pero no podemos dejar de señalar aquella que se ciñe a la interpretación extensiva de esta teoría. La personalidad de las sociedades en el derecho argentino –como en el derecho comparado³– genera interesantes perspectivas que permiten, frente al abuso de la posición de control de socios o no, derivar o limitar efectos de la actuación societaria, haciendo innecesario recurrir a las vías de la simulación, la revocación, el fraude, el abuso de derecho, o la desestimación de la personalidad. En 1983 se forjó la norma específica del art. 54, inc. 3°, de la LSA, ante situaciones que no deben merecer solución mediante las acciones de simulación o de revocación, que los terceros pueden intentar, en ciertos supuestos, frente a la actuación abusiva de sociedades.

Ello imponía determinar qué se entiende por “desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades” o, mejor aún, “inoponibilidad de la personalidad societaria”. Tanto por la terminología como por el alcance de la llamada “teoría de la deses-

² Otaegui, Julio C., *Desestimación de personalidad societaria*, RDCO, 1971-137.

³ Menotti de Francesco, *Persona giuridica*, “Novissimo Digesto Italiano”, t. XII, p. 1035; Fargosi, Horacio P., *Derecho y principios societarios*, p. 25 y ss.; Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Bs. As., Depalma, 1985, p. 90 y ss.; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, p. 127 y ss.; Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad*, Bs. As., Astrea, 2008, p. 163 y ss.; Richard, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Bs. As., Zavalía, 1987, y *Persona y derecho*, V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, 1986, t. XXV, p. 81; *En torno a la personalidad jurídica de las sociedades*, VI Reunión Conjunta de Academias de Derecho, “Anales de la Academia de Córdoba”, 1987, t. XXVI, p. 510; ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989, y publicación similar en “Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”, 1989, Centenario, p. 207 y ss.; *En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica*, DSCCE, II-541 y ss.; *La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica en la ley de sociedades comerciales*, 1990; ponencias al I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 1992, t. I, p. 7, 31, 190, 251, 273 y 464, y t. II, p. 575 y 619, y *Negocios de participación*, p. 35.

timación”, que muchos intentan aplicar integralmente a través de esta norma, desorbitándola⁴.

En la presente labor, limitada en su extensión por su naturaleza, nos constreñimos a plantear algunas cuestiones y centrar la atención en algunos efectos que puede generar la aplicación de esa teoría en los supuestos de la norma del art. 54 *in fine* de la LSC.

2. Fundamento jurídico de la doctrina del levantamiento del velo

a) Clasificación

Siguiendo a Moeremans⁵ y a Boldó Roda⁶ se podrían dividir en:

1) *Doctrinas que la asocian a la naturaleza de la persona jurídica*: a) teoría subjetiva. Remedio de carácter excepcional que se aplica cuando la persona jurídica es utilizada para fines ilícitos; b) teoría objetiva. También de carácter excepcional, pero de aplicación más amplia cuando por respetar a la persona jurídica se obtenga un resultado contrario al principio de la buena fe, a los intereses del tráfico comercial o al de los acreedores, y c) teoría del *ultra vires*. Estando la sociedad sólo facultada para realizar los actos del objeto social, su actuación fuera de esos límites es *imputada* a los socios.

⁴ Art. 54, párr. 3º, Inoponibilidad de la personalidad jurídica. “La actuación de la sociedad que encubre la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o 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 por los perjuicios causados”. La redacción de la norma no es del todo feliz. En primer lugar, el sujeto activo de las conductas previstas en ella en realidad no es la sociedad, tal como pareciera surgir de su texto (“La actuación de la sociedad...”), sino que se trata de una actuación de socio o controlante, a través de la exteriorización formal societaria. En segundo lugar surge el interrogante si las conductas tipificadas (consecución de fines extrasocietarios, violación de la ley, el orden público o la buena fe y la frustración de los derechos de terceros) son las únicas que habilitan a aplicar el instituto de la inoponibilidad societaria o si, en otros casos, se aplicaría otro instituto. Y, por último, se presenta el problema de saber cuál es el efecto que produce la aplicación de la norma, pues por un lado se habla de imputación directa y, por el otro, de simple cargo de los efectos dañinos o perjuicios causados, lo que implica una simple extensión de responsabilidad, lo que deriva en el cuestionamiento de saber si se trata de un problema de la inoponibilidad de la personalidad jurídica o del tipo societario, tratando de acordar alguno de éstos: que no implica la desestimación de la personalidad societaria, que los terceros acreedores de la sociedad no pueden resultar perjudicados, que esa norma no trata todos los supuestos de fraude a la ley, que los tratados responden a un problema de responsabilidad o imputabilidad, y que no se limita a la responsabilidad por los daños causados” (*¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica?*, ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. II, p. 619; *Personalidad jurídica. Inoponibilidad*, en “Relaciones de organización. Sistema societario”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, cap. III, p. 91 a 155. *Abuso del medio técnico de imputación personalidad. La llamada inoponibilidad de la personalidad*, en “Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado”, Córdoba, Advocatus, 2002, cap. VIII, p. 305 y siguientes).

⁵ Moeremans, Daniel E., *Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del “disregard of the legal entity”*, RDCO, n° 131, 1989, p. 713 a 723.

⁶ Boldó Roda, Carmen, *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Madrid, Tecnos, 1993.

2) *Doctrinas que no la asocian con la naturaleza de las personas jurídicas*: se sostiene que el levantamiento del velo produce la no aplicación del principio de división patrimonial entre la sociedad y los socios, el llamado “hermetismo de la persona jurídica”, para garantizar un resultado ético jurídico superior. Por lo que es de aplicación subsidiaria cuando el resultado no pueda ser alcanzado por otros medios como la simulación, el abuso de derecho, fraude, etcétera.

Serick citando a Ascarelli, señala que “en el estudio de la fenomenología del capitalismo contemporáneo resulta completamente inadecuado el perfil de la simulación y también el del fraude o del abuso, y lo que en cambio procede es someter a revisión la doctrina de la personalidad jurídica”⁷. Serick en dicha obra elaboró la teoría basada en el fraude como fundamento de la penetración en el caso concreto, tratando de superar conceptos vagos como la mala fe, la fuerza de los hechos, la naturaleza de las cosas. Justamente Ascarelli⁸ planteó un cuestionamiento más profundo a las teorías de la realidad, considerando irracional levantar el velo “cuando la persona no existe”, pues los verdaderos sujetos son los socios que crean la sociedad. El prejuicio realista impone pensar que la persona jurídica es un sujeto de derecho.

La solución que se gesta en torno a la imputación del acto o a la extensión de responsabilidad del socio o controlante que abusó del medio técnico se desvincula totalmente con la personalidad jurídica de la sociedad usada como instrumento. Se trata de supuestos de extensión de responsabilidad o de imputación, según los casos. Se afronta el abuso institucional al perseguir a través de la actuación de la sociedad fines extrasocietarios, o cuando la actuación de la sociedad constituye un mero recurso técnico para violar la ley, el orden público o la buena fe.

En la norma no quedan comprendidos los casos en que debe llegarse a la sociedad a través del socio: son supuestos de ello los casos de violación a la legítima o alteración del régimen de la sociedad conyugal⁹. En esos casos, quién intenta apartarse del sistema jurídico transfiere su patrimonio a una sociedad, o abusa de ésta para dirigir a la misma sus personales bienes y actividad.

Es por ello que no nos hemos de referir integralmente a las causales que justifican la “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, particularmente en torno al llamado “abuso personal”, o sea en que se usa del recurso técnico a fin de frustrar los derechos de terceros, por ejemplo, la transferencia de un patrimonio a una persona jurídica, a los efectos de desafectarlo como prenda común de los acreedores individuales, que no encuentra solución expresa por la previsión del art. 54 ap. 3 de la LSA, constituyendo la imputación inversa o contraria.

⁷ Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, tr. de Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, p. 265.

⁸ Ascarelli, Tullio, *Personalità giurídica e problemi delle società*, Milán, 1957.

⁹ Richard, Soledad - Richard, Efraín H., *Sociedades comerciales y transmisión hereditaria (el conflicto entre organización empresaria-societaria y el derecho sucesorio)*, en “Relaciones de organización. Sistema societario”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2007, libro 2º, cap. IX, p. 393.

b) Las motivaciones de la “inoponibilidad”

La teoría de la desestimación de la personalidad jurídica recoge las soluciones aplicables al vicio en la causa del negocio jurídico propia de los negocios simulados e ilícitos (art. 959, Cód. Civil), abuso del derecho (art. 1071) y fraude (art. 971), de manera tal que tiene su fundamento en un vicio del negocio jurídico que lo invalida.

Dicho de otro modo, cuando en el negocio jurídico societario o asociativo, está viciada la causa, ya se trate de un negocio simulado ilícito, un negocio fraudulento, o de un negocio abusivo, la normativa permite descorrer el velo de la personalidad y, por ende se imputa al controlante, o no se aplica la división patrimonial entre personas jurídicas y sus miembros, es decir, cae el principio de irresponsabilidad de éstos (art. 39, Cód. Civil y art. 58, ley 19.550) o se extiende la responsabilidad al controlante.

Los presupuestos del art. 54 que hacen referencia a la actuación de la sociedad son varios: 1) que encubra la consecución de fines extrasocietarios; 2) que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o 3) para frustrar derechos de terceros.

La descripción del fenómeno que origina las sanciones no se ha limitado al acto de constitución de la sociedad, ni se remonta al origen del ente para tornar aplicable la norma –conforme criterio de la Corte que referiremos–, sino que, la expresión “actuación” debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias¹⁰.

El título del artículo “inoponibilidad de la personalidad jurídica” –que no integra la norma pero induce su interpretación–, corresponde a la visión anglosajona y continental de la personalidad jurídica, que también se advierte en las diversas nomenclaturas con las que se afronta la cuestión. La norma refiere a “imputación” o “responsabilidad”, en forma alguna –como lo remarcamos– afecta la personalidad de los entes controlados o controlantes, ni siquiera en supuestos de extensión de la quiebra.

c) Terminología

Las expresiones desestimación de la personalidad, superación de la personalidad, redhibición de personalidad, inoponibilidad de la personalidad jurídica, descorrimento del velo, *to disregard the legal entity*, *to pierce the corporate veil* o “allanar la personalidad jurídica” son aquí términos de arte –y quizá en alguna medida eufemismos– para expresar la idea sustancial de que en ciertos supuestos se prescinde de la limitación de responsabilidad que tradicionalmente se conceptúa implícita en una sociedad por acciones¹¹. Ese eufemismo ha generado ciertas aplicaciones literales que, a nuestro entender, serían desvaliosas. Así se recurre o podría recurrirse a los principios generales del derecho, tales como la simulación, el *venire contra factum proprio*, el abuso de derecho, la acción pauliana, el enriquecimiento sin cau-

¹⁰ Nissen, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 129.

¹¹ Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Bs. As., Astrea, 1979, p. 137.

sa, simplemente la responsabilidad por el obrar culposo o doloso (art. 1109, Cód. Civil), o dentro de la normativa societaria por la exorbitancia del objeto social, la doctrina de la *agency*, sociedad de hecho, alter ego, *instrumentality*, *single*, *enterprise theory*, etcétera.

Aquellas expresiones son fórmulas omnicomprensivas del uso abusivo del medio técnico persona jurídica por los controlantes, conforme múltiples manifestaciones, doctrinas de los autores, jurisprudenciales o receptadas normativamente que tienden a paliar los efectos dañosos producidos por ese obrar antijurídico, con efectos y fundamentos diversos según el caso o la óptica. Tales expresiones abarcan no sólo los supuestos estrictos de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad¹², sino también simples casos de inoponibilidad parcial, cuando no de mera asunción de responsabilidad por esos controlantes que eran terceros o socios que por el tipo societario gozaban de impermeabilidad patrimonial absoluta. Debemos recordar que la teoría del “apartamiento del velo de la personalidad”, locución que parece terminológicamente más feliz en cuanto a descripción, es anterior a la formulación y terminología del art. 54 *in fine* que –al decir de Gulminelli– “no es demasiado feliz”¹³.

Cuando hablamos de desestimación en sentido lato, podemos hacerlo tanto de la activa como de la pasiva, indirecta o contraria¹⁴.

La teoría del descorrimiento del velo nacida de las facultades procesales peculiares de los tribunales de equidad anglosajones se expandió en la jurisprudencia continental como una modalidad de defensa ante las manifestaciones de la “deformación del concepto de la persona jurídica”, particularmente por el recurso de limitación de responsabilidad que otorgaban ciertos tipos de sociedades comerciales que empezaron a ser utilizadas con fines fraudulentos.

Apuntamos que la terminología de la ley está vinculada, a nuestro entender, al viejo criterio en torno de la personalidad jurídica, que implicaba la generación de una impermeabilidad absoluta, que impedía acceder al patrimonio de los socios de la nueva persona. A la postre no importa cómo la doctrina o la ley denomine una técnica, lo importante y lo que la califica es qué efectos produce.

En el derecho suizo o alemán, desestimar la personalidad implicaría trasponer los límites de la responsabilidad limitada de los socios, sin afectar la calidad del sujeto de derecho y el centro de imputación diferenciada.

En nuestro derecho, como en otros que la personalidad se otorga a los sujetos de derecho, aparentaría que desestimar la personalidad implica desestimar el principio de división patrimonial y no meramente la atribución de responsabilidad.

¹² Sobre el punto puede verse, entre otros, Borda, Alejandro, *El velo de la personalidad, LL*, 142-1158. Zannoni, Eduardo A., *La desestimación de la personalidad societaria –disregard– y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria, LL*, 1978-B-195, y *Sociedad entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, Bs. As., Astrea, 1980.

¹³ Gulminelli, Ricardo, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica, RDCO*, año 26, p. 121 y ss., específicamente p. 126.

¹⁴ Otaegui, Julio C., *Inoponibilidad de la personalidad*, en “Anomalías societarias”, Córdoba, Advocatus, p. 81 y ss., en una sistematización memorable.

3. Algo sobre la inoponibilidad

a) Sobre el título

El título de ese ensayo refiere a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, como se titula el tercer párrafo del art. 54 de la LSA, e impone alguna referencia para luego centrarse en temas de responsabilidad e imputación. Si bien el tema excede los límites de nuestro ensayo, formalizaremos alguna apreciación.

Se integra la locución *inoponibilidad de la personalidad* con la de *inoponibilidad de la autonomía patrimonial absoluta que resulta de la constitución de tipos societarios de los que deviene la personalidad*, que es un efecto de ciertos tipos sociales y no de la personalidad jurídica, pues la desestimación de ésta generaría efectos no queridos en perjuicio de legítimos acreedores sociales¹⁵, salvo que se cumplieran los recaudos previstos en el párrafo anterior, que implica reconocer expresamente la no afectación de la personalidad, generando eventualmente una causal de disolución. El centro imputativo, la personalidad, se mantiene en beneficio de los acreedores sociales y de los socios como tales, incluso en casos de quiebra.

La invalidez de un negocio jurídico puede consistir en la privación de todos sus efectos o de algunos de ellos, sin perjuicio de que produzca determinadas consecuencias. La privación de todos los efectos de un acto jurídico es conocida como *nulidad*. En el supuesto de *ineficacia*, el acto mantiene sus efectos entre las partes, pero no ante terceros, por lo que se dice que es *inoponible*. Ambos supuestos se caracterizan por presuponer la existencia de un acto perfectamente válido y no afecta su estructura interna¹⁶.

La *inoponibilidad* también se podrá utilizar para ingresar en la relación societaria con motivo de conflictos no sólo externos¹⁷, sino también internos, frente a situaciones que hacen aparecer el uso abusivo del organicismo societario. En estos supuestos también estaríamos, en principio, en inoponibilidad de la estructura u organización, y no de la personalidad societaria advenida con motivo de su organización.

La inoponibilidad es una forma de la invalidez de los actos jurídicos: el acto no es nulo —es válido entre las partes—, sino que es inoponible a determinadas perso-

¹⁵ Richard, Efraín H., *Nuevamente en torno de la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica*, DSCE, t. IV, p. 69 y ss., y los otros trabajos allí citados; Fargosi, Horacio, *Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria*, LL, 1985-E-710.

¹⁶ Etcheverry, Raúl A., *Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales*, LL, 150-1101; Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 327 donde el autor expresa: “un negocio eficaz entre partes puede no serlo respecto de terceros o de algunos terceros. La ineficacia establecida por la ley para proteger a terceros asume el nombre de inoponibilidad”, y se da como ejemplo la enajenación de la cosa embargada (arts. 736, 1174 y 1179, Cód. Civil); Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado*, Bs. As., Ejea, 1967, p. 632 y 633.

¹⁷ Otaegui, *Inoponibilidad de la personalidad*, p. 215; Etcheverry, Raúl A., *Responsabilidad de la persona controlante*, RDCO, 1968-579. Ver CNTrab, Sala I, 21/10/86, “Pérez, Pablo, y otro c/Escic SRL y otro”; aquí se estableció: “En caso de comprobarse la existencia de un abuso en la forma societaria, deberá descorrerse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras la máscara”. No hay duda de que el efecto estará limitado a la imputabilidad, sin afectar los derechos de los terceros de buena fe acreedores de la sociedad.

nas, como aplicación de la relatividad de los contratos frente a terceros que determinan previsiones como las de los arts. 1195 *in fine* y 1199 del Cód. Civil.

b) Inoponibilidad del acto e inoponibilidad de la personalidad jurídica

Claro que, y entendemos que esta es parte de la dificultad interpretativa, que todo lo concerniente a los contratos de organización genera ciertas perplejidades a un método de trabajo fijado por las relaciones de cambio. La asunción de la relación, la imputabilidad real del acto, la asunción de responsabilidad, son diversos medios de reparación dentro de un método de cambio o de mercado.

Pero cuando existe una sociedad, esa relación aparece dificultada por la interacción no sólo de la sociedad, sino de los administradores, socios y terceros.

La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de relaciones de organización¹⁸. El tema está íntimamente ligado a como se organiza un sistema jurídico, sea en un sistema de mercado –contratos de cambio–, o en un sistema de empresa, que halla su expresión en las diversas formas asociativas¹⁹.

Con otro sentido, podríamos sostener que se producen efectos imputativos y de responsabilidad distintos de los previstos para la figura societaria cuando el socio, el administrador o el controlante, abusando de la figura societaria, actúan en fraude de la ley. La limitación de responsabilidad otorgada por el orden jurídico no es absoluta, sino que está condicionada al cumplimiento de una actuación determinada²⁰.

Siendo el efecto de la personalidad la imputabilidad diferenciada al ente de los sujetos o del sujeto que la integra, debería verse como conclusión aspectos del abuso del medio técnico sociedad-persona, cuya inoponibilidad generaría la “desimputación”. Como bien señala Farina al anotar el caso Flores, la ley argentina no usa la palabra desestimar, sino la de inoponibilidad, que mantiene la posibilidad que los terceros puedan sostener la existencia de la imputación diferenciada, pero que los socios no puedan oponerse de ella para incumplir sus obligaciones.

La invalidez del acto no aparece sancionada por la ley argentina, la cual –por otra parte– no generaría una imputación extendida, sino meramente la responsabilidad del que provocó la invalidez del acto y los perjuicios consiguientes.

4. La cuestión semántica: imputación - responsabilidad

Imputar es, según el Diccionario de la Real Academia, “atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable”.

Responsabilizar, “hacer a alguien responsable de algo, atribuirle responsabilidad en ello. Asumir la responsabilidad de algo”.

Responsabilidad se define como “deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa le-

¹⁸ Richard, citado en *Relaciones de organización. Sistema societario*, cap. III.

¹⁹ Gual Dalmau, María A., *Las cuentas en participación*, Madrid, Civitas, 1993.

²⁰ Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, p. 137.

gal". Y "subsidiaria", sería "la que entra en juego en defecto de la directa y principal de otra persona".

Parece casi lo mismo, pero jurídicamente no lo es, al igual que la relación contrato y acuerdo, o sociedad y contrato.

5. Complejificando jurídicamente la cuestión

a) Imputar y responsabilizar. El daño

1) Como vemos, desde un punto de vista semántico, "vulgar" o "no riguroso", imputar y responsabilizar pueden ser entendidos como conceptos sinónimos. Ambas expresiones significan atribuir a alguien las consecuencias de determinadas conductas, propias (responsabilidad por hecho propio), de terceros (responsabilidad por hecho ajeno) o de las cosas (responsabilidad por el hecho de las cosas). En este último supuesto hay también conducta humana (del dueño o del guardián de la cosa), sólo que se utiliza la locución "hecho de la cosa" para definir un ámbito específico de responsabilidad alcanzado por principios específicos.

2) Desde un punto de vista más riguroso, los conceptos pueden ser diferenciados. Cuando se habla de *imputar*, puede asignarse a esta expresión un doble sentido: a) imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal y se circunscribe a determinar la autoría del hecho ilícito o del incumplimiento obligacional); b) imputación en el plano axiológico, que puede ser subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad, etcétera). La imputación aquí actúa como factor de atribución o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

3) *Responsabilizar* significa atribuir a alguien las consecuencias de un hecho dañoso (ilícito extracontractual o incumplimiento obligacional), lo cual supone algo más que la autoría material del hecho y la existencia de un factor de atribución: requiere esencialmente de daño y, además, en la inmensa mayoría de los casos, de antijuridicidad objetiva en la conducta del dañador.

En resumidas cuentas: la imputación fáctica y jurídica de un hecho ilícito al agente no alcanza por sí sola para hacerlo responsable. Aunque importa que se le atribuya una relación, e incluso imponerle su cumplimiento. Para responsabilizar es preciso, además, que haya daño y, por lo general, antijuridicidad en la conducta de aquél, salvo casos de responsabilidad por actos lícitos que son más bien excepcionales (aunque tienen cierta amplitud en el terreno de la responsabilidad del Estado).

O sea que los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la sociedad, implica una imputación directa²¹ y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada.

²¹ Si no se admiten excepciones al respecto 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 incluso en el internacional (del fallo

La medida de elaboración e incorporación de reglas de *disregard* permite, frente a situaciones o instrumentaciones “abusivas” de las formas societarias, prescindir de éstas y de la limitación de responsabilidad de los socios, que son su consecuencia²². Se discute en la doctrina si la extensión de la responsabilidad de los socios en virtud de la teoría del *disregard of the legal entity*²³, está asociada con determinada concepción sobre la naturaleza de las personas jurídicas. Tanto en la Argentina como en el Brasil se afirma esta pregunta, sosteniéndose que esa teoría reactualiza el problema de la naturaleza de las personas jurídicas. En Alemania, en cambio, la doctrina dominante sostiene la independencia de ambos problemas²⁴. Si la limitación de la responsabilidad de los socios es de la esencia de la persona jurídica, tendríamos que concluir que efectivamente ambos problemas están íntimamente ligados. No si la respuesta es negativa, según la opinión que compartimos, la responsabilidad limitada de los socios no es de la esencia del concepto “persona jurídica”. El ordenamiento jurídico puede prescribir que los socios respondan solidariamente por las deudas sociales, o en forma subsidiaria como fiadores.

La desviación del control o su disfunción en virtud de medios societarios o de medios contractuales es lo antijurídico en cuanto devengan daños. O sea que la imposición de la voluntad, dominación o subyugación no es antijurídica, en cuanto de ésta no se generen daños, por alteración del interés social, de la empresa u objeto social. La imputabilidad al controlante abusivo no es exclusiva de los daños, sino por el negocio cuestionado y los daños. Respecto del negocio, no hay duda de que se mantiene la responsabilidad o imputación a la sociedad, sin perjuicio de que deba responder por los daños quien abusó del recurso técnico, incluso en favor de la sociedad y de los otros socios o terceros.

El controlante también puede ser reclamado para cumplir la prestación a cargo de la sociedad²⁵. La relación cuestionada siempre debe cumplirse y, si ello es imposible, deben sufragarse los daños²⁶.

de primera instancia confirmado por sus fundamentos). La solución del problema relativo a cuándo puede prescindirse del rasgo esencial de la persona jurídica, que es la separación radical entre la sociedad y sus socios, depende de que la persona jurídica actúe sin apartarse de los fines en atención a los cuales el derecho lo ha creado. En última instancia la *disregard doctrine* no niega la existencia de persona jurídica, quien niega su personalidad es quien abusa de ella. La reforma producida en materia societaria (ley 22.903) ha sancionado un nuevo texto para el art. 54 de la ley de la materia que *autoriza a imputar a los socios, derechamente*, los actos de la sociedad que impliquen violentar el objeto genérico y abstracto de los entes jurídicos. Este temperamento, como se establece en los fundamentos de elevación del proyecto, no es novedoso sino que arraiga en la directiva del art. 2° de la ley 19.550 (CNCom, Sala E, 5/9/84, “Oddone, Luis A. y otra s/quiebra”, LL, 1984-D-412).

²² El párrafo, casi textual, también corresponde a Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, p. 101.

²³ Marzoratti (h.), Osvaldo J., *La teoría del disregard of legal entity a través de la jurisprudencia norteamericana*, RDCO, año I, p. 717 y ss.; Otaegui, Julio C., *Desestimación de personalidad societaria*, RDCO, año 4, p. 137 y ss.; Lo Celso Rogasiano, María, *Penetración de la personalidad en las personas jurídicas. Arbitraje comercial internacional*, RDCO, año 9, p. 27 y ss.; Gagliardo, Mariano, *El directorio de la sociedad anónima*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1986, p. 215 y ss., en particular p. 222.

²⁴ Moeremans, Daniel E., *Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital, en virtud del disregard of the legal entity*, RDCO, n° 131, 1989, p. 713 y siguientes.

²⁵ Manóvil, Rafael M., *¿“Imputación” al socio (o controlante), o “responsabilidad”?* (A propósito del art. 54, párr. 3°, de la ley y como parcial réplica a una erudita ponencia), en Derecho Societario y de la Empresa, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, V Congreso de Derecho Societario, Córdoba, Advocatus, 1992. Pero la norma del tercer párrafo del art. 54 es tam-

En el sistema imputativo natural que atribuye la relación a la sociedad, se genera la imputación y la consiguiente responsabilidad al controlante abusivo. Los controlantes, socios o no, deben responder de todos los daños causados a terceros, a la sociedad y a otros socios. Esa responsabilidad no cesa aunque la sociedad cumpla el contrato o la sentencia.

Señalamos que existen dentro de la doctrina –y apartándose de los principios generales–, factores de atribución de imputabilidad no subjetivos introducidos en la ley de sociedades, y son: la sociedad de hecho y el socio oculto.

El régimen especial del art. 54 *in fine* de la LSA no difiere fundamentalmente, en alguno de sus aspectos, del régimen general de atribución de responsabilidad por conductas, que impone la obligación de reparar cuando concurren todos los presupuestos de la responsabilidad civil: 1) antijuridicidad; 2) factor de atribución suficiente: si bien son insuficientes los factores subjetivos de atribución del daño, debiendo buscarse no sólo en el art. 1113, sino en los arts. 1109, 902 y 1071; 3) daño causado, y 4) relación de causalidad relevante.

El primer requisito de la ilicitud del control es subsumir el interés social, o sea la funcionalidad de la sociedad a intereses ajenos (actividad extrasocietaria o desorbitando el objeto).

En este punto cabe reflexionar que las expresiones literales del art. 54 *in fine* de la LSA parecerían apuntar que la antijuridicidad debe resultar de la funcionalidad o actuación, o sea que se refieren al fraude, simulación ilícita, etc., o sea sobre el desenvolvimiento de la sociedad y de su negocio constitutivo, por lo que no quedarían comprendidos el fraude o simulación en la constitución –donde aún no hay ni personalidad ni sociedad–. Pero nos hemos referido, y referiremos, a la “imputación constitutiva” que se genera en la constitución misma de la sociedad para violar la ley o perjudicar a terceros. Por ello, la interpretación debe ser amplia, referida a la actividad que desplieguen no sólo los socios y no socios –controlantes– durante la vida social, sino la que formalicen constituyentes, socios o fundadores, a través del proyecto de constitución de una sociedad que luego actúa como tal.

bién operativa para los supuestos en que el acreedor social persigue el cumplimiento de una obligación contractual, que tal vez el socio o controlante hizo que la sociedad no pueda cumplir, pero él sí. Ejemplo podría ser un contrato de suministro incumplido por la sociedad, cuando las mercaderías a suministrar las posee el socio o controlante. O si este último determinó que, aunque la sociedad en apariencia cumpla la obligación, el incumplimiento resulte configurado en cabeza del propio socio o controlante, como puede ocurrir con una obligación de no establecerse o de no competir.

²⁶ Nuestros comentarios en el Congreso Argentino de Derecho Comercial, 1990, y luego en La Pampa en 1991, *DSCE*, p. 252 y 268, que se apartaron de los comentarios sobre el estándar jurídico introducido en el art. 54 de la LSC para ingresar en el análisis de sus efectos, no siempre fueron debidamente interpretados –sin duda por un defecto en nuestra comunicación–, como ocurre con Otaegui (*Anomalías societarias*), al que contestamos en el Congreso Iberoamericano, t. II, p. 619 y, sin saberlo, también a Manóvil, conforme a la ponencia ya referida publicada en el t. II, p. 641, sosteniendo nosotros que “la supuesta imputación directa implica la responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, no sólo en beneficio del tercero sino también de la sociedad en resguardo de las minorías afectadas, puede reclamar a la sociedad y al socio o controlante, sea sólo a aquélla, sea sólo a estos últimos, si la prestación no pudiese ser cumplida por la sociedad (material o jurídicamente) la totalidad de la obligación, la imputación a los socios o controlantes por los perjuicios causados se funda, como dijimos, en el incumplimiento por parte de éstos de las cargas de actuación sustancial”.

Y el segundo requisito para configurar la ilicitud sería el daño a la controlada, socios o terceros, o la posibilidad concreta de daño. Los controlantes, socios o no, deben responder de todos los daños causados, a terceros, a la sociedad y a otros socios. Esa responsabilidad no cesa aunque la sociedad cumpla el contrato o la sentencia.

La jurisprudencia laboral ha echado mano repetida a este recurso para responsabilizar a socios y controlantes, incluyendo la técnica del conjunto económico²⁷.

Claro que existen situaciones donde el daño puede evitarse con la mera imputación del acto y su cumplimiento –incluso forzado– por el imputado. Por ejemplo, cuando el controlante dispone del bien que la sociedad abusada tuvo o debió tener en su patrimonio, para responder a un contrato.

En la actualidad, para atacar al controlante se cuenta con el art. 54, párr. 3° de la LS, con todas las dificultades de su aplicación. En el 98% de los casos de aplicación se trata de cuestiones de responsabilidad y no de imputación.

Se podría pensar, como en sistemas que carecen de la norma, en la conveniencia de un régimen diferente de responsabilidad del controlante (en rigor, de quién ejercita la dirección unitaria), por deficiente gestión del grupo.

En el derecho comparado se atiende al problema a través de la teoría general de la responsabilidad, adaptada a lo que nosotros hemos sistematizado como “relaciones de organización”, pues al existir una persona jurídica artificialmente creada, los constituyentes, dueños y administradores asumen especiales roles ante perjuicios que puedan generarse por la actuación del ente, pero generándose dificultades en cuanto a la imputación de actos en sentido estricto.

²⁷ Entre otros, podemos ver que la teoría de la penetración de la desestimación de la personalidad societaria ha sido elaborada a propósito del uso desviado de ésta como cuando, prevaliéndose de dicha sociedad, se afectan los intereses de terceros, de los mismos socios y aún de carácter público, resultando aplicable en materia laboral cuando se trata de remediar una situación de fraude a los derechos de los trabajadores (CNTrab, Sala V, 18/2/85, “Insfran, Román y otros c/Arroyo SRL y otro”, *DJ*, 985-49-607, *DT*, 985-A-651). Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido, al otorgársele esa prerrogativa debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal y patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara (CNTrab, Sala V, 31/7/85, “Cuellar Maldonado, Dionisio de Jesús c/Calzados Zellarrayán SRL y otro”, *DT*, 985-B-1615). La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades, la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes, principio que debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores del ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado por el art. 2° de la ley 19.550 pero ello no impide que se aplique la doctrina de la penetración de la persona jurídica cuando se advierte la utilización abusiva de tal ficción en perjuicio de los trabajadores. Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma para obtener un resultado no querido al otorgársele esa prerrogativa, debe descorsarse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara (CNTrab, Sala V, 6/10/88, “Pacheco de Pugliese, Amelia R. y otro c/Abreviar Editores SA y otros, *DT*, 988-B-2147). La ley admite, como uno de los efectos de la personalidad jurídica reconocida a las sociedades (art. 2°, ley 19.550), la separación patrimonial de estos sujetos de derecho respecto de sus integrantes. Este principio legal, debe mantenerse y respetarse en tanto no se violen reglas superiores de ordenamiento jurídico que hagan aplicable el criterio de funcionalidad sustentado en la citada norma legal (CNCom, Sala A, 7/10/81, “Otero de Zapico, Alicia D. c/Zapico, Carlos A.”, *ED*, 97-811).

En la reforma italiana, por ejemplo, el art. 2497 que expresamente establece un régimen de acciones de responsabilidad: “Las sociedades o los entes que, en ejercicio de actividades de dirección y coordinación de sociedades, actúen en el interés empresarial propio o ajeno, en violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de estas sociedades, son directamente responsables frente a los socios de éstas por el perjuicio causado a la rentabilidad y al valor de la participación social, y frente a los acreedores sociales por la lesión producida a la integridad del patrimonio de la sociedad... Responde solidariamente quien haya participado en el acto lesivo y, en los límites del beneficio obtenido, quien se haya beneficiado a sabiendas”.

Se advertirá que la noción de “daño” es extendida notablemente y se autorizan acciones derivativas.

Esto hace más fácil las cosas que el art. 54, ya que basta la “violación de los principios de correcta gestión”, sea por dolo o culpa, sin que se necesite acreditar abusos o desvíos indebidos.

Tampoco es necesario ingresar en la discusión de la “actuación” de la controlante. No se pone en tela de discusión la personalidad o la ineficacia de los efectos del tipo de la controlada.

¿Es posible construir una solución semejante con las normas vigentes? ¿A través del primer párrafo del art. 54, por el daño causado al patrimonio de la controlada? En tal caso la legitimada sería la controlada, con lo que es difícil que ésta accione contra la sociedad que la controla.

Por otro lado los fondos ingresarían al patrimonio de la controlada, que es administrado por personas designadas por quien causó el daño. Conforme a ello debería pensarse en acciones derivativas, oblicuas o subrogatorias, habilitando la acción a los socios minoritarios de la controlada (lo que es perfectamente posible, incluso limitándola al daño sufrido por dicho socio) y en su caso a los acreedores en caso de insolvencia, lo que parece posible dentro del esquema actual.

Un caso de jurisprudencia americana aclara sobre el punto: la acción derivativa –mucho más amplia en la legislación americana que en el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades argentinas del año 1992– autoriza sólo en el caso que quién demanda haya sido y sea socio de la sociedad al tiempo de los hechos que se imputan y de demandar. *Bangor Punta SA* (en adelante SA) tenía el 98% de las acciones de *Bangor & Aroostool SA* (en adelante BAR). SA luego vende su paquete accionario a *Amoskeag Co* (en adelante CO). CO hizo que BAR demandara a SA, alegando que SA saqueó a BAR cuando todavía tenía el control societario. En este caso la acción debiera ser desestimada porque CO no cumplimentó la regla de la contemporaneidad. Aunque se considerase que la acción hubiese sido directa entablada por la misma sociedad (BAR), fue en realidad una acción derivada, entablada contra SA por el accionista mayoritario de BAR. Entonces la ficción de que BAR es el actor decaerá (la evidencia sugiere que CO pagó un precio inferior al real por el paquete accionario debido al vaciamiento o saqueo), y si la acción prosperara se produciría un injusto enriquecimiento de BAR al conseguir la pretendida indemnización, y consecuentemente de su accionista mayoritario que no había sufrido el daño (“*Bangor Punta Operations, Inc. v. Bangor & Aroostool*”, R. R., 417 U.S. 703, 1974).

El tribunal fue obviamente influenciado por creer que el accionista controlante al momento de demandar (Amonkeag) sabía del hecho reprochable y había pagado un precio que reflejaba ese conocimiento (por lo reducido). Al tiempo de la demanda, alrededor del 1% de las acciones de BAR eran de propiedad de accionistas minoritarios (algunos de ellos probablemente adquirieron las acciones al momento del hecho). El tribunal podría haber permitido que la acción prosperara en nombre de la sociedad, pero si sólo los accionistas minoritarios recibieran la recompensa (en este supuesto no habría un enriquecimiento injusto –sin causa– de Amoskeag). Este criterio de permitir la recompensa a prorrata, en favor del inocente o de los accionistas que desconocían el hecho es aceptado en la jurisprudencia americana²⁸.

b) Infrapatrimonialización. Insolvencia

Debemos advertir que la expresión *inoponibilidad de la personalidad societaria* es usada también muy latamente por la doctrina europea para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia²⁹.

Una de las crisis de las sociedades es su infrapatrimonialización, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad. La aplicabilidad del art. 54 de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso *Daverede*–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente³⁰, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría su utilización abusiva, salvo supuestos de imputación.

²⁸ Emanuel, Steven, *Corporations*, Harvard Law School, JD 1976, con la colaboración de Gregory G. Patchen, NYU Law School, Class of 1991, p. 278.

²⁹ Richard, Efraín H., *Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios*, en “Responsabilidad de administradores”, Bs. As., Legis, 2008; Zeñati, M., *Le produit de l’action en courblement du passif et la masse des créanciers*, n° 213. En este sentido, no existe en el derecho argentino el principio de subsidiariedad, es decir, para que la imputación jurídica se realice al socio o controlante, no es necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia.

³⁰ La “doctrina de la penetración” o “teoría de la desestimación de la persona jurídica” puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta. La aplicación de la “teoría de la penetración” implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad “pantalla” del empleador real sea insolvente. La aplicación de la “teoría de la penetración” requiere, además, de la existencia de un agravio a la justicia, la demostración de que hay un “socio controlante” de la sociedad “interpuesta”, porque entonces se dan los argumentos requeridos para que, prescindiendo de la forma jurídica empleada, se responsabilice al socio controlante en la medida que ha utilizado una “pantalla” para evadir sus responsabilidades (art. 14, ley de contrato de trabajo) aunque, de cualquier forma, su situación no puede ser más grave que la de un socio colectivo, resultando responsable previa efectiva ejecución de los bienes sociales (CNTrab, Sala VIII, 29/5/89, “Aguirre, Simeón L. c/Sardelick, Antonio F.”, *DT*, 1989-B-1360). El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista *insolventación*. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas (CNCom, Sala D, 23/3/84, “Corigliano e Hijos, Domingo c/Alcofer SRL y otros”, *LL*, 1984-C-247; *DJ*, 984-4-111). La desestimación de la personalidad jurídica de las

El recaudo de la insolvencia es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticas.

En efecto, la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma. En muchos casos, los administradores ante la insolvencia de la sociedad –generada por su propia decisión de patrimonializarse por la emisión de obligaciones o de crédito sin recurrir a aportes de los socios–, ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, abusaron de la estructura societaria para so pretexto de ella perjudicar a los acreedores y beneficiar a los socios. Este es un supuesto típico donde sin recurrir a los remedios societarios de capitalizar la sociedad a través de los socios o terceros, la presentan en concursos o pretenden acuerdos preventivos extrajudiciales con quitas y esperas que implican un enriquecimiento para los socios que no asumieron la causal de disolución³¹. Ello importa por un lado la imputación directa a quiénes hicieron posible esa actuación para beneficiarse. Pero además esa insolvencia fue declarada por administradores, fiscalizadores y socios de control para usar abusivamente la sociedad, recurriendo marginal-

sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión (CNCom, Sala B, 6/12/82, “De Carabassa, Isidoro c/Canale SA y otra”, LL, 1983-B- 362; JA, 983-II-549; ED, 103-165). No basta la demostración de una ceñida vinculación interempresaria para que se relativice la noción y los alcances de la personalidad jurídica (art. 2º, LSC), mediante la aplicación de la teoría del *disregard*, puesto que el proceso de concentración empresaria tiene –con excepción de casos patológicos– una vitalidad que es propia de los nuevos fenómenos económicos que intenta regular el derecho. En nuestro derecho, ni el conjunto económico, ni el estado de dominación ni el control ni la estructura en *holding*, ni el sistema de filial y madre, para citar sólo algunas variantes de combinación de empresas económicas, han justificado por sí solos la aplicación de la teoría del *disregard of legal entity*. Por lo demás, en muchas ocasiones se ha arribado a soluciones en que la desestimación aparece como un exceso que perjudica toda la creación jurídica que implica la estructura llamada *persona de existencia ideal*, en el derecho admitiendo que el origen doctrinal de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se encuentra en su aplicación jurisprudencial por los tribunales norteamericanos, resulta acertado estudiar los casos en que se ha declarado procedente. He aquí una serie o listado de posibilidades que permiten inferir la existencia de un conjunto económico, es decir, en que media la calidad de agente, adjunto, o alter ego, etc., de una respecto de otra empresa. Tales indicios son, entre otros, la valoración de la suficiencia o insuficiencia del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; medida en que existe un directorio común, medida en que ambas tienen departamentos administrativos o comerciales comunes; medida en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable a una de ellas; medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante, intervino causalmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción; tipo de negocio de cada uno de ellas; medida en que el comercio o el público en general consideraba a las dos una única empresa; posibilidad de error en la contraparte contractual en cuanto a la persona promitente. Partiendo de la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se ha dicho que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho a que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. La doctrina del *disregard* ha presupuesto, en la formulación inicial, la situación crítica de la insolvencia, pero en su aplicación jurisprudencial, no siempre se ha requerido la existencia de un perjuicio real y actual ni que una de las partes haya caído en estado de insolvencia. La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo; la esencia de tal aseveración debe buscarse precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad (CNCom, Sala A, 9/8/79, “Zamora Ventas SRL c/Técnica Comercial, Hoy SA”, LL, 1980-C-27, y ED, 85-488).

³¹ Richard, Efraín H., *Insolvencia societaria*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.

mente al acuerdo concursal o extraconcursal para frustrar los derechos de acreedores y, además, enriquecerse por un medio ajeno al cumplimiento del objeto social, causa lícita del negocio societario y de la constitución de la persona jurídica.

6. La teoría de la imputación

La cuestión está vinculada a la redacción del tercer párrafo del art. 54 de la LS, donde el sistema de “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en ciertos supuestos, imputa directamente la actuación de la persona jurídica al controlante torpe. Una primera cuestión es si esa imputación directa al controlante torpe desimputa a la sociedad, y más adelante se habla de responsabilidad del controlante torpe, como si fueran supuestos diferentes.

Hay casos en que la suposición es correcta, por ejemplo: el controlante de una sociedad tiene un inmueble valioso, los técnicos de la sociedad sugieren un proyecto inmobiliario, a tal fin el controlante la transfiere por boleto, la sociedad inicia el proyecto y vende un lote, inmediatamente se advierte un factor que permitiría desarrollar un proyecto mucho más rentable. Se intenta rescindir el boleto, el tercero no lo acepta, y para evitar cumplirlo la sociedad se hace rescindir –aparentemente en forma correcta– por el controlante. Si el tercero inicia un juicio de cumplimiento de contrato contra la sociedad, ante la imposibilidad de cumplimiento se resolverá por daños y perjuicios que es lo que la sociedad pretende. Quizá se solucione con un juicio de simulación, difícil y quizá inviable en ciertos supuestos. Pero si el negocio se imputa directamente al controlante torpe, el juicio llegaría a la escrituración y no al pago del daño que es lo que pretendía la sociedad. Obviamente, deberá demandarse a ese controlante para lograr la imputación y la ejecución del acto.

Otro supuesto lo aporta Manóvil cuando sostiene que un contrato de suministro es incumplido por la sociedad, cuando las mercaderías a suministrar las posee el socio o controlante. O si este último determinó que, aunque la sociedad en apariencia cumpla la obligación, el incumplimiento resulte configurado en cabeza del propio socio o controlante, como puede ocurrir con una obligación de no establecerse o de no competir. Este es un claro caso de imputación, pues lo que se ejercita no es una acción de responsabilidad sino de cumplimiento del contrato.

La situación es diferente cuando se intenta, a través de esta norma, que terceros ejerciten derechos sobre bienes dentro del patrimonio de la sociedad. En este supuesto no se puede disponer de esos bienes con afectación y perjuicio a los acreedores sociales, sin pasar previamente sobre un proceso de liquidación o de disminución del capital social³².

El aspecto institucional cobra especial relieve en todo lo que concierne a la vida externa de la sociedad, es decir, a sus relaciones con terceras personas en el campo de la actividad³³.

³² Bargallo - Favier Dubois, Eduardo (h.), *Acreedores, imputación e inoponibilidad. Los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la personalidad jurídica (lege lata)*, ponencia, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande 1992, p. 640.

³³ Uria, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, p. 99.

La desestimación de la personalidad no puede implicar la desaparición de la separación patrimonial³⁴. La situación es similar a la defunción de una persona física, cuyas relaciones patrimoniales son consideradas unitariamente en su sucesión.

La personalidad jurídica entraña un recurso técnico, en particular cuando califica la técnica de organización societaria, que importa ajustar su desestimación o desaparición, o su disolución, a un proceso especial de extinción de las relaciones jurídicas unificadas en su sistema.

Esa estabilidad de las relaciones jurídicas a través del sistema de la personalidad implica su institucionalización jurídica, su indisponibilidad salvo a través de los medios previstos por la ley, en este caso la liquidación, en garantía particularmente de los terceros que contrataron con este centro imputativo de relaciones autogestadas³⁵. Estadios intermedios de despatrimonialización parcial, sin contrapartida³⁶, pueden verificarse a través de fusiones, escisiones, reducción de capital o formas de resolución parcial.

Ray recuerda las palabras de Antonio Polo, en el prólogo de la versión castellana de la obra de Serick, en cuanto afirma “el riesgo de no respetar la personalidad puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de la misma se haga”³⁷.

a) La desestimación de la personalidad

La doctrina se ocupó de la norma del art. 54 *ter* de la LSA y la jurisprudencia viene usándola en forma creciente, particularmente cuando se abandonó el comentario doctrinal de la estructura del estándar de la norma y se afrontaron sus efectos particulares³⁸. Se trata del mismo principio del adquirente de buena fe: el recurso técnico de la personalidad otorga un institucionalismo jurídico al ente o sociedad, y atento el principio de división patrimonial y la tutela de los derechos de los acreedores sociales, los bienes no pueden desimputarse sin trámite de la sociedad³⁹. La

³⁴ Richard, Efraín H., *¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica?*, ponencia, I Congreso Iberoamericano, t. III, p. 619.

³⁵ Carece de legitimación para reclamar a terceros la restitución de determinados bienes pertenecientes al patrimonio social, quien demandó a título personal —es decir por su propio derecho— y no por la sociedad irregular, a la cual sostiene haber aportado a su tiempo los efectos cuya devolución ahora reclama, y que por la disolución operada en el ente deben seguir el procedimiento liquidatorio. Tal conclusión tiende a resguardar los derechos de terceros, sean éstos los herederos del socio premuerto o los eventuales acreedores sociales, toda vez que de ser obviado el citado procedimiento no podrían los últimos hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio delante, ni los sucesores percibir en la partición la parte que pudiere corresponderles (CNCom, Sala C, 27/11/87, “Moreno, Miguel A. c/Corzo, Antonio”, LL, 1988-E-243, con nota de Farina, *Personalidad de la sociedad de hecho. Necesidad del proceso liquidatorio*).

³⁶ O sea que no correspondan a una contraprestación (venta, préstamo), nos referimos concretamente a supuestos donde se intente substraer un bien al patrimonio social a través de un proceso de desestimación o inoponibilidad.

³⁷ Ray, José D., *Persona jurídica y realidad económica*, “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, t. XXV, p. 65 y ss., especialmente p. 77.

³⁸ En esos aspectos incursionamos a partir de artículos publicados en revistas, ponencias a Congresos, en los que nos preocupó abrir debate.

³⁹ Richard, *¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica?*, p. 619 y 622.

preocupación se amplía cuando a través de esa afectación se intenta devolver a otro patrimonio determinados bienes, incluso registrales⁴⁰.

Ello es parcialmente coincidente con la posición de Manóvil de que “el bien o la cosa no pueden ser de propiedad plena de dos sujetos al mismo tiempo. La imputación será a la sociedad o al socio o controlante. En el instante en que el tercero interesado ejerce su derecho, y en la extensión en que lo haga, la propiedad del bien se reputará en cabeza del sujeto socio o controlante, con traslación de la imputación. Satisfecha la pretensión del tercero, volverá a tener vigencia el orden jurídico aparente”⁴¹. Tema con el que se discrepó coincidiendo con la posición de Favier Dubois y nuestra puntualización formalizada en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa –1992–, en cuanto a la protección de los terceros no involucrados en el litigio y a quienes la sentencia no podría oponerse.

La desestimación en sentido amplio⁴², usada eufemísticamente, o “inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria” –en sentido lato–⁴³, no deja de lado el principio de división o separación de patrimonio –sólo aceptable para la desestimación de la personalidad en sentido estricto–, sino que –según nuestro criterio– puede producir efectos diferenciados e independientes entre sí en el campo societario, según los supuestos. Ellos serían: a) imputación de ciertos actos no realizados directamente; b) la extensión o asunción de responsabilidad⁴⁴; c) inoponibilidad de la personalidad jurídica: no tener en cuenta a la sociedad como tal.

b) Imputación diferenciada e imputación directa

El principio de imputación diferenciada es una problemática general del derecho, vinculada a la actuación formal diferenciada de los sujetos en un negocio jurídico determinado. No se limita al campo del derecho societario, sin embargo en él adquiere mayor relevancia por los abusos que se formalizan.

⁴⁰ Una extensión de esas posiciones llevarían a generar la exigencia a todas las sociedades en búsqueda de crédito de un seguro por desestimación de su personalidad jurídica en cuanto puedan desafectársele bienes de su patrimonio. Así lo sostuvimos en las XIII Jornadas de Derecho Civil, para adherir a una posición semejante a la que exponemos, de Favier Dubois y Bargallo.

⁴¹ Manóvil, *¿“Imputación” al socio (o controlante), o “responsabilidad”?* (A propósito del art. 54, párr. 3º, de la ley y como parcial réplica a una erudita ponencia), p. 627 y 629, intercalada y aclarada con las ponencias de Favier Dubois-Bargallo y nuestra.

⁴² “Si bien, en principio, la persona jurídica está configurada por personas físicas, es un ente diferenciado de ellas y dotado de su propia personalidad. Por ende, para que sea aplicable el art. 54 de la LSA deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicho artículo contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica” (CNCCom, Sala A, 22/2/91, “Apalategui, Alberto H. c/Sucesión D’Angelo, Roberto”, ED, 141-645). Se sostuvo que la ejecución fue mal dirigida contra el ente, y acceder a la tramitación de los presentes en la forma propuesta por el liquidador judicial importancia un indebido avance sobre una persona jurídica, ajena a estos autos, la que si bien, en principio estaría conformada por personas físicas que han tenido conocimiento y participación en los autos, es un ente diferenciado de quienes la conforman y dotado de su propia personalidad. Ello así, resulta apresurada la aplicación del art. 54 de la ley de sociedades, sin que existan pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que la mencionada legislación contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica.

⁴³ Otaegui, *Desestimación de la personalidad societaria*.

⁴⁴ Moeremans - Richard, *Efectos de la “inoponibilidad de la persona jurídica” en materia societaria*, DSC, t. IV, p. 268 y siguientes.

Otaegui enfatiza en torno a la interpretación ampliada del art. 54, señalando que ello es posible por cuanto no esta completada por norma alguna que restrinja su interpretación⁴⁵, y ello es correcto en cuanto se aplica armónicamente acotado por la imposibilidad de restar bienes al patrimonio social que perjudiquen a los acreedores sociales, si no se sigue un procedimiento de liquidación o reducción de capital⁴⁶, acotando e interpretando las expresiones de Manóvil.

Pese a ser correctas esas referencias, reproducimos dos párrafos dispersos, que corresponden a Otaegui, donde señala –coincidente con esos y nuestros pensamientos– que “la imputación directa de la actuación desviada de la sociedad a los socios o controlantes que la hicieron posible, importa que dichos socios o controlantes quedan obligados personalmente por las obligaciones de la sociedad, pero ello no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad... Es de notar, que la legitimación pasiva de la sociedad (o sea su carácter de obligada frente a terceros) no desaparece en el caso de inoponibilidad de la LSA, art. 54, porque la personalidad societaria no se pierde”⁴⁷.

La “desestimación” o “inoponibilidad” de la personalidad no podría en forma alguna perjudicar los derechos de los terceros de buena fe acreedores de la sociedad, para atribuir ciertos bienes a otra persona⁴⁸, sin pasar previamente sobre un proceso de liquidación o de disminución de capital social⁴⁹.

La dilucidación del problema estriba en determinar, como bien lo hace Otaegui si es posible la “desestimación activa inversa”, con atribución total o parcial de bienes del patrimonio social al patrimonio de socios o controlantes. Es la que se llama en el derecho continental “desestimación contraria”⁵⁰, donde se la cuestiona porque

⁴⁵ Otaegui, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica*, p. 107.

⁴⁶ Bargallo - Favier Dubois (h.), *Acreedores, imputación e inoponibilidad: los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la persona jurídica (lege lata)*, ponencia, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, p. 640.

⁴⁷ Otaegui, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica*.

⁴⁸ En opinión contraria en este aspecto, pero coincidiendo en lo demás, Manóvil, *¿"Imputación" al socio (o controlante), o "responsabilidad"?* (A propósito del art. 54, párr. 3º, de la ley y como parcial réplica a una erudita ponencia), t. II, p. 627.

⁴⁹ CNCCom, Sala B, 13/6/91, “Noel, Carlos c/Noel SA”. Se formuló una advertencia sobre la generalización de la desestimación de la causa “no existe disposición legal que autorice la atribución automática de la controlante de los actos realizados por la sociedad controlada, por esta sociedad es un sujeto de derecho con entidad jurídica diversa y distinta de los socios que la integran, aunque va de suyo que este principio admite excepciones en los supuestos en que la forma societaria se haya utilizado para violentar los derechos de terceros, o para la consecución de fines extrasocietarios, o cuando constituye un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe. En tales supuestos cabe acudir a la doctrina del *disregard of legal entity*, que de alguna manera recoge la reforma de la ley de sociedades en el art. 54, segunda parte... La desestimación de la personalidad societaria debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla: circunstancias que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico... Si sobre la base de la desestimación de la personalidad jurídica se pretende la nulidad de un acto asambleario, aduciéndose que la sociedad controlante enajenó parte de sus acciones a otras tres sociedades, a fines de frustrar los derechos de la minoría de hacer uso del voto acumulativo, cabe demandar a quienes así obraron, dándoles posibilidad de defensa, pero lo que bajo ningún concepto cabe es sentenciar en su contra sin haberles previamente oído, pues resultaría violentado su derecho de raigambre constitucional”.

⁵⁰ La posibilidad de acceder a la persona jurídica a través del controlante o socio se denomina en la doctrina alemana “la desestimación contraria” (*ungekehrter durchgriffsaftung*). La posibilidad de reconocer tal forma de desestimación ha sido discutida en la doctrina, un sector (Drobnig, *Haftungs-*

se carece de una base legal e incluso conculcaría la finalidad de la ley que sólo permite que los acreedores privados de los socios ejecuten la cuota social, mas no el patrimonio de la sociedad. Además, la desestimación contraria afectaría el principio de intangibilidad del capital y privaría a los acreedores sociales de la protección que la ley les brinda, por lo menos sin los limitados efectos de convertirse en una causal de disolución o de reducción del capital social, para proteger a los acreedores sociales. Es opinable que esa solución pueda ser alcanzada a través del supuesto del art. 54 de la LSA –aunque adherimos a la posición de Otaegui–, y esa posición ha sido reconocida por la ley uruguaya, que ha incorporado la causal pero con seguridades para los terceros de buena fe (art. 190, LSU). La desestimación inversa de la personalidad es la respuesta de la doctrina científica y de la creación jurisprudencial a la conducta patológica que, preocupantemente, se manifiesta cada vez más intensa.

Explican Junyent Bas y Filippi que el recurso técnico no es allanado totalmente sino que se mantiene el centro de imputación diferenciada para evitar los perjuicios a los terceros que contrataron con la sociedad, limitándose a cercenar los efectos que benefician a las personas que abusaron del recurso técnico. La personalidad jurídica subsiste en resguardo de los acreedores sociales y demás socios y sólo es inoponible el efecto del tipo social en el aspecto patrimonial de la impermeabilidad. La posición asumida perfila a la personalidad no sólo como un derecho del ente social sobre su propio patrimonio y sobre su capacidad de actuación, sino como un correlativo derecho de los terceros perfilado en la idea de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Por ello, la imputación directa implica que el tercero puede demandar al socio y agredir a la sociedad en forma solidaria, pero no existe confusión patrimonial⁵¹.

Por su parte, Dasso expresa que “el primero de los límites a la teoría de la responsabilidad limitada al aporte corresponde a una trabajosa elaboración de las Cortes Norteamericanas que en múltiples oportunidades, todas patológicas, determinaron casos en los que los socios responden por las obligaciones que originariamente se imputan a la sociedad. En el derecho norteamericano se pone énfasis en desvirtuar el equívoco que surge de la expresión ‘desestimación de la personalidad jurídica’ porque los únicos atributos de los que se prescinde con esta doctrina son los de la separación del patrimonio respecto de algún socio, en forma singular o plural, pero la sociedad, su personalidad jurídica, subsiste con una clara diferenciación que la hace inconfundible de cada socio individualmente conceptuado”⁵².

Técnicamente no existe desestimación de la personalidad jurídica ni pérdida de sus atributos, sino la extensión de la responsabilidad respecto de aquellos socios que singularmente, o en conjunto, hubieren caído en causas de reestablecimiento de su responsabilidad personal (individual). Esto ha llevado a que con preferencia a la

durchgriff bei kapitalgesellSchaften, Frankfurt-Berlín, 1959, p. 70 y ss.) sostiene que no hay motivos para no acoger la desestimación contraria con los mismos requisitos y consecuencias que la directa. Para el sector mayoritario (basta ver, Grofgröbld, Bilanzrecht, Hedidelberg, 1978, p. 146; del mismo *Gläubigerangfechtung und durchgriff: das problem der lichtensteintschen Anstalt*, Prax, 1981, p. 116 y 117; Möllers, *Internationale Zuständigkeit bei der Durchgriffshaftung*, Bielefeld, 1987, p. 33).

⁵¹ Filippi, Laura - Junyent Bas, Francisco A., *Personalidad y tipicidad. Inoponibilidad del tipo*, ponencia, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. II, p. 611.

⁵² Dasso, Ariel Á., *La desestimación de la personalidad jurídica*, inédito, octubre de 2008.

llamada desestimación de la *personalidad jurídica* se aluda, con mayor precisión, a la desestimación de la *limitación de la responsabilidad (piercing the veil of liability)*⁵³.

El instituto se ha mantenido en los Estados Unidos de América ajeno a la regulación legal. Para explicar sus alcances se advierte que se trata de decisiones judiciales conceptuadas como recursos en equidad (*equity*) que, como es notorio, no constituyen un típico “derecho” del sujeto sino una especie de concesión discrecional al funcionario judicial que le permiten adoptar resoluciones que van más allá de los simples resarcimientos económicos (*damages*), subyacente siempre una amplísima evaluación de circunstancias de hecho.

Es consenso en doctrina que la desestimación de la personalidad ya está consolidada en la conciencia jurídica y va ganando paulatinamente sistematización en el derecho positivo comparado, pero aún a pesar de sus dos siglos de antigüedad y de su aplicación en formas distintas de extensión de responsabilidad a los asociados por obligaciones de la sociedad en más de dos mil casos, el derecho societario estadounidense se muestra hasta hoy adverso a quedar atrapado por las fórmulas duras de la legislación positiva⁵⁴. El sistema societario estadounidense, no obstante ser calificado como carente de coherencia, es a su vez reconocido de la suficiente flexibilidad para que la perforación del velo acontezca en caso de responsabilidad extracontractual en mayor medida que en los incumplimientos de contratos⁵⁵. La teoría de la desestimación de la limitación de la responsabilidad no sólo ha sido aplicada en defensa de los acreedores sino aún de los mismos socios. Así, en Inglaterra es frecuente en doctrina la cita del caso “DHN v. Tower Hamlets”, tres compañías eran propietarias de tres partes integrantes de un solo terreno sujeto a expropiación⁵⁶. Si el inmueble era considerado como de propiedad de personas jurídicas distintas, el valor de la expropiación habría sido inferior al correspondiente si se lo conceptuara como de propiedad del grupo, en forma independiente de las sociedades en particular.

Lord Denning magistrado siempre recordado por sus fallos, decidió que correspondía perforar el velo societario y decretó el pago de la indemnización más alta, que correspondía al grupo⁵⁷.

c) La división patrimonial

De lo dicho se sigue que la imputación directa de la actuación desviada de la sociedad a los socios o controlantes que la hicieron posible importa que dichos socios o controlantes de derecho queden obligados personalmente por las obligaciones de la sociedad pero ello no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse el ente.

⁵³ Solomon, Lewis D. - Palmiter, Alan R., *Corporations, examples and explanations*, Boston, Little Brown and Company, 1994, p. 69.

⁵⁴ Rate, Howell y otros, *Business law*, Chicago, The Dryden Press, 1986, p. 25, cap. I.

⁵⁵ Easterbrook, Frank H. - Fischel, Daniel R., *The economic structure of corporate law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996 categóricamente afirman que “las cortes son más propensas a levantar el velo societario en casos de responsabilidad extracontractual”.

⁵⁶ “DHN v. Tower Hamlets”, 1976, 1 WLR 852, CA, 174.

⁵⁷ El caso es citado por Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho societario en Estados Unidos*, p. 175 con cita de Bond, Hellen J. y otros en *Business law*, London, Blackstone Press, 1990.

En rigor, lo que se pierde –en estos casos– es la división patrimonial de primer grado entre el sujeto de derecho y sus integrantes, fundada positivamente en el art. 39 del Cód. Civil y art. 56 de la ley societaria, o sea, que la sociedad no desaparece del mundo jurídico y ello no es más que la aplicación en el campo societario de los principios que rigen la inoponibilidad como especie de la ineficacia de los negocios jurídicos⁵⁸.

La norma sanciona a los socios, con la consiguiente responsabilidad solidaria e ilimitada por los perjuicios causados, como consecuencia de la actuación de una sociedad con fines extrasocietarios o que constituya un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar los derechos de terceros.

Insistimos, lo importante no es el *nomen juris* del recurso responsabilizatorio, sino los efectos.

A su vez que la norma atiende a casos de imputación o de responsabilidad de controlantes no sólo de derecho sino de hecho –como hemos señalado–. Esas causales también pueden fundarse en las diversas formas de control interno (art. 33, inc. 1°, LSC), no sólo limitadas a la posibilidad de determinar las resoluciones del órgano de gobierno, sino también las del de administración⁵⁹, se pueden englobar en las teorías del abuso de control o de la unidad de las empresas, con connotaciones particulares, según el sistema donde se inserte⁶⁰.

7. Algo más en torno a la teoría de la imputación

La teoría de la imputación puede servir tanto para extender o limitar la aplicación de la norma del art. 54, párr. 3°, de la LSC, como venimos sosteniendo, atento a su finalidad, sea para proteger a los acreedores (para hacer efectivo su crédito o proteger la prenda común), a los trabajadores (para asegurar su situación) o al tráfico jurídico.

La teoría de la imputación diferenciada, según los casos, exigirá requisitos particulares para su aplicación y generará efectos que pueden ser diferentes.

Por esta circunstancia no se puede afirmar con carácter general que, cuando se aplique el instituto, éste producirá una identificación (aunque sea parcial) de la sociedad con el socio único o controlante. Ello en virtud de imputar directamente al socio o controlante, puesto que con ello se crearían respuestas desvaliosas, que no

⁵⁸ Otaegui, *Inoponibilidad de la persona jurídica*, p. 110.

⁵⁹ Nuestra jurisprudencia ha sostenido en diversos fallos (CNCom, Sala B, 8/3/84, LL, 1984-C-219; íd., íd., 6/12/82, LL, 1983-B-363; íd., Sala D, 26/1/82, “Atalanta Corporation c/Lanín SA”) que la circunstancia de que una sociedad posea todas o casi todas las acciones de otra, que dos sociedades sean dirigidas por los mismos directores o que constituyan un grupo económico o grupo de sociedades, no deben ser consideradas las dos sociedades como una misma persona y, por lo tanto, no responden una de ellas por las obligaciones de la otra. Que la filial sea sólo una descentralización de la administración de la sociedad madre, no significa que la sociedad hija pierda el carácter de persona jurídica y su independencia patrimonial, a no ser que esa dependencia viole el orden público o derechos de terceros, que pueden ser los mismos socios.

⁶⁰ Dobson, Juan M., *Lifting the veil, in four countries: the law of Argentina, England, France and the Unites States*, “The International and Comparative Law Quarterly”, vol. 35, 1986.

solucionarían el conflicto planteado, y podrían afectar a terceros, particularmente acreedores de los diversos centros imputativos o personificados.

Todas las consecuencias de la relación jurídica generada por la *actuación de la sociedad* son extendidas, pues se la imputa (atribuye) al controlante abusivo, que queda así legitimado pasivamente, responsable del cumplimiento. Pero de ello no resulta que se desimpute a la sociedad o que se la confunda con el abusante imputado.

Ya hicimos alguna referencia a la imputación directa. Ahora entraremos en el análisis de otras formas de imputación. Centraremos la atención en supuestos diversos de imputación y de responsabilidad.

a) Imputación diferenciada

El principio de *imputación* diferenciada es una problemática general del derecho, vinculada a la actuación formal diferenciada de los sujetos en un negocio jurídico determinado. No se limita al campo del derecho societario; sin embargo, en él adquiere mayor relevancia por los abusos que se formalizan.

Por ejemplo, Pedro conoce el *know-how* de un sistema en ocasión de una relación de dependencia. Dicha relación se rescinde, pagándole la empresa una suma importante para indemnizarle expresamente su compromiso de no aplicar los conocimientos adquiridos por el término de dos años. Pedro crea una sociedad cuyo objeto permite la aplicación de esos conocimientos.

Aquí se diría que estamos ante un problema que se afronta con la tesis de la desestimación en sentido amplio. ¿Pero qué pasaría si, en vez de crearse una sociedad, el sistema es utilizado por la esposa de Pedro? Vemos que en ambos casos el problema es similar y puede resolverse –a nuestro entender– así: en el primer caso, mediante el art. 54, párr. 3º, de la LSC, y en el segundo caso por los principios generales del derecho. En ambos, Pedro sería responsable, por incumplimiento post contractual, de las consecuencias dañosas del acto del formalmente tercero.

El daño no parece como un recaudo necesario en cuanto entidad económica que haga pensar en imputar. Basta que frustré derechos, para que se genere la imputabilidad. Y si bien imputable es quién puede ser responsabilizado, no necesariamente de la imputabilidad surge una acción de responsabilidad. Lo que no debe haber duda es que puede ejercerse la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Cabe señalar que bien podría ocurrir que por efectos de la imputabilidad se cumpliera un contrato y que, por tanto no resultara efectos responsabilizatorios en favor del tercero que promovió la acción, pero sí en beneficio de los socios minoritarios de la sociedad que se entendió controlante y cumplió por tal el acto. Y en ese supuesto los socios minoritarios bien podrían accionar por acciones derivativas.

El principio de la imputación a personas formalmente terceras requiere como presupuesto un acto, una abstención, conocimientos determinados, la posición en el mercado o en el contrato, o el número de los partícipes de una empresa, y un acto de interpretación, sea por parte del juzgador o de la ley.

La inoponibilidad –desde la teoría de la imputación– permite adjudicar relaciones jurídicas, obligaciones y derechos a otros sujetos, que en definitiva son los titulares de activos o pasivos. Lo que nos permite colegir que importa una privación parcial de los efectos de la personalidad sólo frente a terceros, en particular, al tercero al que concierne la aplicación de la norma. La sociedad no queda desobligada como consecuencia de la aplicación de la teoría y consecuente imputación del actuar societario a quienes lo hicieron posible, por el contrario, tal imputación importa ampliar el elenco de sujetos pasivos con los que cuenta aquel terceros que acciona con tal finalidad, es decir, produciéndose una extensión de la imputación a otros sujetos o, también, según el caso, un traslado de la misma al sujeto responsable del obrar. De una correcta hermenéutica del texto normativo surge –de manera clara– que la declaración de inoponibilidad no produce la exclusión de la sociedad como centro de imputación en forma conjunta con los sujetos que hicieron posible la actuación del ente, precisamente porque el soporte de la norma encuentra su apoyatura en una actuación de la sociedad que le resulta imputable.

Oportunamente, en un fallo se ha resuelto en torno a la inoponibilidad de ciertos actos cumplidos por la sociedad. Ello lo fue ante la falta de bienes suficientes en el patrimonio de la fallida, y haberse transmitido todos los inmuebles, por parte del representante legal de la fallida, a una sociedad integrada por hijos del representante legal de la fallida, en la cual luego aparece como mandatario el representante legal de la fallida. Esto sin que se hubiera podido acreditar ni invocar en qué se emplearon los fondos que supuestamente debieron ingresar, lo que fue imposible dilucidar pues no se aportaron los libros obligatorios de ninguna de las sociedades, sin que tuviera éxito el intento de la sindicatura de localizarlos, generándose la presunción de que se trataba de un fraude. Se sostuvo que la sociedad creada e integrada por los hijos del representante legal de la fallida, se constituyó buscando frustrar los derechos de terceros, correspondiendo aplicar los arts. 59 y 54 de la ley de sociedades comerciales, confirmando el fallo de primera instancia que hacía lugar a la demanda condenando en forma solidaria e ilimitada a los demandados y pagar a la quiebra la suma a la que asciende el monto de los créditos verificados y declarados admisibles, declarando la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la demandada frente a la quiebra⁶¹.

Como elementos de consideración, cabe apuntar que había vencido el plazo para ejercer acciones de extensión de quiebra previsto por el art. 165, inc. 2° de la LQ, de seis meses a contar del informe general del síndico y que los actos cumplidos escapaban al período de sospecha.

No interesaba deducir la acción de responsabilidad, pues la solvente era una nueva sociedad y no los representantes de la sociedad fallida: el patrimonio de la sociedad cuya personalidad se declara inoponible a la quiebra estaba constituido –aparentemente– en forma exclusiva por los bienes inmuebles que habían sido de propiedad de la fallida.

Efecto fundamental constituyó que no se revocan los actos, ni se consideran simulados, sino que se declara la inoponibilidad jurídica de la personalidad de la sociedad vinculada, amén de su responsabilidad, permitiendo así rematar los bienes

⁶¹ CCivComContAdm San Francisco, “Mandatos Argentinos SRL. Quiebra pedida por acreedor c/R. Cáceres Inmobiliaria SRL y otros”.

inmuebles como si fueran de la fallida. Una suerte de inoponibilidad de los actos cumplidos en fraude, y a su vez imputación de los bienes a la sociedad fallida, o de imputación aditiva de las obligaciones de la insolvente a la sociedad que obtuvo los bienes por negocios inoponibles.

En otra suerte de inoponibilidad e intento de afectar la imputación obligación, en la época de “privatizaciones” fue advertible la práctica del *leverage buy out*, o sea del apalancamiento financiero por el cual se usaba el patrimonio de la sociedad para satisfacer las obligaciones de los socios. Tal práctica, no autorizada por nuestra legislación societaria –ni por ninguna del mundo en la forma que se la usó–, permitió que al recibir por el sistema de “privatización” el 85% de las acciones de una sociedad sin deuda, el precio de esas acciones comprometido por los adquirentes “privados” era satisfecho con bienes de la sociedad, perjudicando a ésta e indirectamente al Estado que retenía el 5% y a los trabajadores a los que se les asignaba el 10% con el programa de propiedad participada (los porcentajes podían variar en cada caso). Se trata de un claro caso de abuso de control, que torna inoponible los actos y genera la imputación a los socios que se beneficiaron.

El Poder Ejecutivo nacional “no advirtió la maniobra” en ningún caso, incluso la facilitó⁶². La intervención de un gobierno provincial cambió la historia en uno de los casos. En efecto, la Corte Suprema consideró ilegal y de nulidad absoluta el apalancamiento financiero resuelto por el grupo mayoritario de la sociedad demandada, haciendo asumir a ésta las deudas que esos accionistas habían tomado a su cargo en el proceso licitatorio⁶³.

La Corte hizo referencias a que las resoluciones asamblearias realizadas desde el año 1994 donde se habían resuelto por el grupo mayoritario la asunción por Centrales Térmicas Patagónicas SA de deudas no contraídas por ella, son nulas de nulidad absoluta, pues lo socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés social y orden público y las buenas costumbres, que además agravaron ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general.

De esta manera, la Corte se pronunció en una cuestión que fue introducida solapadamente con las privatizaciones en la década del 90: el apalancamiento financiero de los socios con la sociedad para asumir deudas de aquéllos, denominado eufemísticamente *leverage buy out*, aceptado por alguna legislación para supuestos diferentes, y rechazada por otra en cualquier supuesto.

Adviértase que la cuestión fue promovida por el socio provincial y no por el Estado nacional, que luego necesariamente adhirió pero que venía tolerando ese apalancamiento financiero.

La calificación que hace el máximo tribunal elimina toda cuestión en el derecho argentino, y la determinación como actos nulos de nulidad absoluta, inconfirmables e

⁶² Richard, Efraín H., *Respuestas a la insolvencia societaria (sugerencias para los jueces que deben decidir sobre la homologación de propuestas concursales)*, LL, 2007-E-1243.

⁶³ CSJN, 12/7/01, “Chubut, Provincia del c/Centrales Térmicas Patagónicas SA s/sumario”.

imprescriptibles, trae a cuento algún otro caso, como particularmente el que se debate de Aerolíneas Argentinas⁶⁴.

Se trata de un supuesto también redimible por la teoría de la inoponibilidad y la imputación.

b) Tipos de imputación

En cuanto a la técnica de imputación puede ser constitutiva, aditiva o negativa, advirtiendo que tanto la ejemplificación como los supuestos son meramente enunciativos de la rica problemática que puede brindar la realidad.

1) *Constitutiva*. Se trata de un supuesto donde los actos o características de los controlantes son imputados constitutivamente a la sociedad. No es un caso previsto literalmente por el art. 54 *in fine* de la LSC.

La imputación es constitutiva cuando se produce la transferencia de actos, conocimientos y características de una persona natural o jurídica a la sociedad. Ejemplo de esto sería cuando se niega la buena fe de la sociedad con fundamento en la mala fe de un socio. Es el llamado *fraude a la ley*.

En caso fallado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, una persona física, que fuera sancionada y excluida del registro de proveedores, crea una sociedad cuyas acciones, en un 75%, se encontraban en sus manos, y pretende inscribirla en el Registro de Proveedores⁶⁵. Esto es negado por la Administración, por lo que la sociedad demanda judicialmente la inscripción. El tribunal consideró que había un abuso de la personalidad jurídica. No se trata de desestimar la personalidad –en sentido estricto–, sino de una cuestión de imputación constitutiva. La característica del proveedor (persona física sancionada) se aplica, teniendo en consideración la finalidad perseguida por la ley, a la persona jurídica dominada por aquél. Esta interpretación se la realizó judicialmente.

En 1988 se dictó el decr. 825, que establece que no pueden ser proveedores del Estado las personas físicas o jurídicas sancionadas. Esta prohibición no puede ser dejada de lado mediante la creación de una nueva persona jurídica dominada por la sancionada. De no existir este decreto, en virtud del art. 54 *in fine* de la LSC se podría llegar a la misma solución, pues la actuación concreta del socio, a través de la vestimenta de la sociedad, tendió a violar la ley, y es por ello que se imputa constitutivamente a aquél. Nótese que, a pesar de la imputación constitutiva, los efectos recaen también sobre la sociedad, pues a ella se le prohíbe inscribirse como proveedora. El caso podría ser resuelto como un problema de legitimación: el socio con capacidad, pero sin legitimación para inscribirse como proveedor, no puede por otro acto negocial crear un nuevo sujeto de derecho, que domina. Existe una falta de legitimación constitutiva.

La actuación de la sociedad no es en sí misma reprochable, pero ésta fue en-derezada a violar la ley que prohibía la actuación directa del socio controlante; es,

⁶⁴ Sobre la ilegitimidad de esa práctica y la cesación de pagos puede verse, Ferrer, Patricia, *La compra apalancada del paquete accionario (leverage buy out). Efectos en el supuesto de cesación de pagos de la sociedad*, RDCO, n° 203, 2003, p. 605.

⁶⁵ SCBA, 25/4/67, ED, 19-741.

por tanto, una actuación reprochable de la sociedad, que se remedia con la bidireccionalidad de la imputación del acto, sin ingresar en este supuesto en la atribución de responsabilidad al controlante por daños, sino en su falta de legitimación para operar con el Estado.

Otro supuesto típico es el fraude contractual. Se trata de saber quién se encuentra obligado y legitimado mediante la conclusión de un contrato. Ello se logra a través de la hermenéutica.

Clásico ejemplo es la prohibición de concurrencia; por ejemplo, una persona vende una zapatería, obligándose a no instalar otro negocio del tipo en el mismo barrio. Esta prohibición de concurrencia carecería de significado si el obligado pudiera eludir su deber con la creación de una sociedad dominada que se dedique a la actividad cuestionada. En estos casos, es necesario tener en cuenta la finalidad del contrato. De allí surgen las siguientes consecuencias: a) demandada la sociedad, ésta no puede oponer la excepción *sine actio agit*; b) se puede reclamar la reparación del daño y la prohibición de la concurrencia, y c) responsables del incumplimiento son la sociedad como el socio y, por tanto, puede reclamarse a la sociedad.

Se tratan de supuestos también llamados de *imputación extensiva* o *aditiva* en sentido lato, como lo es la atribución de responsabilidad al controlante, sea para el cumplimiento de la obligación o para el pago de los daños.

En el fallo “Palomeque”, puede verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 *in fine* de la ley de sociedades comerciales, un interesante atisbo de imputaciones constitutivas⁶⁶. En el mismo, la Corte al hacer suyas las consideraciones del procurador general de la Nación, parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe –la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”–, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto de la sociedad creada (“*no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley*”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 de la LS, restringido incluso éste. Indirectamente la Corte Suprema ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia: a) bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente; b) sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos –como eruditamente indica el fallo– lo es la unipersonalidad encubierta, pero también otros múltiples casos; c) infracapitalización material constitutiva, y d) sociedad con actividad ilícita inicial.

2) *Aditiva en sentido estricto*. La imputación es aditiva, en sentido estricto, cuando se suman las características del socio a la sociedad, es decir, el supuesto de hecho de la norma en cuestión se integra con las características del socio y de la sociedad. Aquí se produce una verdadera imputación conjunta.

Un caso especial de este tipo sería el de un socio, único o controlante, que se dedica privadamente a la misma actividad que la de la sociedad. En tal caso, a los efectos de comprobar si estamos o no en presencia de un monopolio, debemos con-

⁶⁶ CSJN, 3/4/03, LL, 2003-C-864.

siderar las porciones que tienen en el mercado ambos sujetos, como si fueran uno solo.

La finalidad de dicho tratamiento es lograr el cumplimiento de la ley por medio de una parcial unificación jurídica y económica de las personas. Este tipo de imputación puede establecerse no sólo en perjuicio de la persona del socio (que puede ser una sociedad), sino a su favor.

El ejemplo de este tipo de imputación, además de todos los indicados en el texto, lo tenemos en un caso impositivo, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente, lleva –por aplicación de los arts. 11 y 12 de la ley 11.683– a reconocer preeminencia a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas, que pueden ser inadecuadas o no responder a dicha realidad⁶⁷. También sostuvo que, para que haya contrato, es necesaria la presencia de dos sujetos en el negocio jurídico, en sus roles de acreedor y deudor. Si los intereses que concurren al acto no son opuestos, sino paralelos, no existe contrato, sino un acto complejo. En otro caso, el alto tribunal afirmó que el principio que acabamos de mencionar se aplica tanto a favor del fisco, cuanto a favor del grupo económico⁶⁸. Estos supuestos pueden considerarse incluidos en el art. 54, párr. 3º, al tratarse de imputación; no se excluye a la sociedad, sino que se le imputa juntamente con su controlante.

En los casos precedentes no hay afectación de la personalidad, ni inoponibilidad de ésta, en sentido estricto, sino que se trata de supuestos de extensión de la imputación.

3) *Negativa*. La imputación es negativa cuando la norma a aplicar parte del supuesto de dos sujetos independientes entre sí y por tanto, presentándose una situación de control, la norma se torna inaplicable. Formulada negativamente, el principio diría: la sociedad controlada no es persona jurídica a los efectos de esta norma. Ejemplo de este tipo de norma lo podemos encontrar en el derecho de la intermediación inmobiliaria, conforme a la jurisprudencia alemana: el intermediario inmobiliario sólo tiene derecho a la prestación prometida si él es un tercero con relación a los contratantes. Así, si una sociedad de responsabilidad limitada, que se dedica a la construcción y venta de inmuebles, crea otra sociedad destinada a la intermediación inmobiliaria, esta última no podría reclamar el pago de la comisión si un negocio se celebra con su mediación entre la sociedad de responsabilidad limitada constructora y un tercero.

En realidad no se trata de desconocer la personalidad jurídica de la mediadora –ni siquiera en ese supuesto, pues el tercero tendría acción contra ella por incumplimiento en su contrato de intermediación–, sino que la posición de controlante y el uso de la controlada para cobrar comisión conlleva que la última carece de legitimación activa solamente para el cobro de ésta, pues lo contrario implicaría autorizar el abuso del derecho de la controlante, que usa de su controlada para obtener una utilidad extra. Ello no significa que no pueda cobrar comisiones en otras hipótesis en las cuales la sociedad de responsabilidad limitada no sea parte. Importa, en este

⁶⁷ CSJN, 31/7/73, “Parke Davis”, LL, 151-353.

⁶⁸ CSJN, 26/2/85, “Kellogg’s Argentina SA c/Gobierno de la Nación”, LL, 1985-B-414.

caso, un verdadero supuesto de aplicación de imputación directa parcial al controlante, conforme a la literalidad del art. 54, párr. 3º, de la LSC.

Entendemos que no todo el acto se imputa directamente a la controlante, sino que se le resta acción o legitimación parcial a la controlada, al imputarlo de manera directa a la controlante. En este ejemplo no se genera ningún caso de responsabilidad, sino de falta de legitimación, pues ni siquiera se imputa el negocio y el derecho de cobrar comisión en favor de la controlante. En el caso no se legitima a la controlada solamente a cobrar comisión, para evitar un perjuicio al tercero por el abuso de derecho de la controlante. Además, no existe posibilidad de reclamar al controlante los daños del acto. No elimina la actuación y responsabilidad de la controlada por su acto de intermediación.

8. Extensión de la responsabilidad

La extensión de responsabilidad importa, en gran parte de los casos, alterar los efectos societarios o del tipo de sociedad personalizada. En otros sistemas jurídicos importa alterar los efectos de la personalidad, este no es el caso de la República Argentina. Ello impone la existencia de daño o la insolvencia de la sociedad que contrajo la obligación o que debe responder de tal obligación.

Incluso no es necesario imputar un acto a una persona, sino de saber quién es responsable de un determinado acto o abstención. A través de la extensión de responsabilidad, por medio del llamado “instituto de la inoponibilidad”, en la norma en examen, se produce que personas que jurídicamente aparecen como terceras –socios o controlantes– sean responsabilizadas de las obligaciones de la sociedad. En este caso, la desestimación no hace que se descarte la personalidad societaria, sino que produce la inaplicabilidad de los efectos del tipo en las sociedades con responsabilidad limitada o la asunción de responsabilidad de los controlantes respecto de los perjuicios causados por éstos a otros. Es, a la postre, una forma de imputación extensiva, pues podrá –según el caso, como apuntamos precedentemente– requerírsele el cumplimiento de la prestación en especie y también el resarcimiento del daño causado.

La dificultad de probar el daño generó un interesante desarrollo de la jurisprudencia alemana que es similar el receptado por la Cámara de San Francisco, en el caso referido. La 2ª sección civil del Bundesgerichtshof (BGH), competente para el derecho societario, dictó una sentencia el 29 de marzo de 1993 (II ZR 265/91)⁶⁹, donde precisó su jurisprudencia en materia de responsabilidad en el grupo de sociedades a responsabilidad limitada. Después de la sentencia “Video” del 23 de septiembre de 1991, que había generado gran preocupación, y que, en la literatura de la materia, había encontrado críticas penetrantes, se tenía la impresión que el socio único o de mayoría de una GmbH (SRL), que gestiona también una empresa individual, o participa en otra sociedad, por tales razones solamente debía responder personalmente de las obligaciones de la SRL, en cuanto era el único gestor de esta última. En el mismo se advertía una contradicción con la expresa disposición del art. 3, abs. 2 de la ley sobre sociedad a responsabilidad limitada, en el sentido del cual, por

⁶⁹ “Rivista delle Società”, año 38, 1993, fasc. 5/6, p. 1474.

las obligaciones de la sociedad, responde sólo el patrimonio de esa. La Corte aclaró que la responsabilidad personal del socio viene en consideración sólo cuando el mismo, con el objeto de perseguir sus propios fines empresariales, extraños a la sociedad, no se adecua a los intereses de la sociedad de él dependiente, y en particular no tome cuidado del hecho que ésta sea en grado diferencial de sus obligaciones; en tal caso si realiza un objetivo abuso de la posición de socio dominante, con ventaja de los otros intereses empresarios del sujeto.

Si no puede ser determinado específicamente el daño causado a la sociedad –y a sus acreedores– no es posible reconocer a la sociedad dominada, frente al socio, singulares pretensiones definidas en la amortización, a título de reembolso de los bienes individuales usados como capital o –en el caso de sociedad con más socios– de la reparación de los daños sufridos. En casos de este género el socio debe responder personalmente, por los daños generados a “su” sociedad, de modo de asumir la íntegra pérdida que se ha verificado y, según las circunstancias, por ejemplo en la hipótesis de insolvencia, pagar a los acreedores remanentes no satisfechos.

El presupuesto de esta responsabilidad es difícil de probar, sobre todo para un acreedor que no conoce las relaciones internas de la sociedad. El BHG tenía el precedente de que el socio dominante, que había gestionado el sólo los negocios de “su” sociedad, debía pagar sin otro requisito, a menos que pruebe que la pérdida de la SRL no tiene nada que ver con un daño, que no se ha traducido en una ventaja para otras empresas del socio, o que la pérdida en cuestión era independiente, por ejemplo, que se corresponde a una recesión económica del sector en cual la sociedad opera. Pero el socio no debe ser tenido por responsable por el solo hecho de no haber podido dar tal prueba. El BHG afirma ahora en la sentencia que el actor debe alegar y demostrar circunstancias que avalen la suposición que se ha realizado un perjuicio para los intereses de la sociedad dependiente. De la situación, normalmente difícil para el acreedor “externo”, de no poder “mirar” la sociedad dominada, se ha tenido en cuenta, en el sentido que corresponde al socio, que sabe como son realmente generadas las cosas, exponer los hechos que la tipificación, en cuanto el actor no esté en condiciones de hacerlo.

Un caso práctico de extensión de responsabilidad lo podemos ver en un interesante fallo, donde el demandado era gerente y socio de una sociedad de responsabilidad limitada⁷⁰. El demandado tenía en el banco tres cuentas: una a nombre de la sociedad, otra a su nombre y la última a nombre de una tercera persona; utilizaba dichas cuentas arbitrariamente, sin distinguir las de la sociedad y la personal. Al quedar con saldo deudor la cuenta de la sociedad, el banco demandó a ésta y al socio gerente, quien opuso la excepción de inhabilidad de título. La Cámara hizo lugar a la demanda condenando a pagar también al socio gerente.

Es un caso de abuso de la posición del socio, donde éste intenta excepcionarse con la limitación de responsabilidad que resulta del tipo societario. Aquí no se trata de imputar al socio el libramiento de cheques, haciéndolo responsable de su importe, sino que se trata de responsabilizarlo de las deudas contraídas por la sociedad, por haber violado el presupuesto de la limitación de su administración, que le amplía su responsabilidad como controlante. Según nuestra opinión, ambos (la

⁷⁰ CCivCom BBlanca, Sala I, 29/8/86, RDCO, 1987-266.

sociedad y el socio) son responsables del saldo deudor, pero sólo a la sociedad se le imputa el libramiento de los cheques.

Otro ejemplo de ejercicio de una acción de responsabilidad, es la posibilidad del accionista minoritario de accionar directamente por la responsabilidad social de los administradores, que normalmente importa una acción social. La Suprema Corte de Ohio⁷¹, se pronunció sobre la admisibilidad de una acción directa del socio de minoría contra los accionistas de mayoría en una sociedad cerrada (*close corporation*). La minoría reclamaba el pago del daño causado por las graves irregularidades cometidas por los socios de control, administradores y dirigentes de la sociedad, tales como pago a sí mismos de compensaciones excesivas, uso de bienes de la sociedad en provecho propio y actividad personal, pago con bienes de la sociedad de las expensas personales.

Los demandados opusieron la falta de acción, sosteniendo que tal acción debía proponerse a través de la sociedad, en asamblea, y eventualmente ejercitar una acción derivada o sea una acción individual en beneficio social. Esta última posición fue recogida por la primera instancia, pero revocada por la segunda, acogimiento que fue confirmado por la Corte en el fallo que comentamos. La Corte argumentó que una sociedad cerrada permite a la mayoría de control oprimir a la minoría, por ejemplo con la no distribución de las utilidades o pagándose a sí mismos compensaciones exorbitantes, privando a la minoría de oportunidades iguales. Exigir la promoción de una acción social, o sea en beneficio de la sociedad, no es un remedio efectivo, porque los autores del ilícito serían los principales beneficiarios de la reparación del daño⁷², debiendo autorizarse una acción derivativa.

Un ejemplo en el derecho argentino es el del art. 275 de la LSA que otorga un derecho de la minoría que represente el 5% de oponerse a la aprobación de la gestión de los directores, lo que importa una acción social de responsabilidad que puede ser ejercitada por el propio minoritario conforme prevé el art. 276 *in fine* de la LSA.

Se trata de problemas de responsabilidad⁷³. Es nada más que correr el velo del ente personificado para conocer qué personas son las que se ocultan o actúan indebidamente detrás de ella.

Eventualmente puede generarse un aspecto de imputación cuando fuere necesario poner en cabeza de un tercero el cumplimiento directo de una obligación.

a) Extensión de situaciones

Embid Irujo entiende que la práctica tiende a variar el contenido de esta técnica, desplazando su campo natural de aplicación, al ser utilizada por el juzgador co-

⁷¹ "Crosby v. Beam", n° 88-1516, Ohio Sup. Ct. 20/12/89.

⁷² "Securities Regulation & Law Report", vol. 22, p. 109; Minority Shareholders May Sue Directly for Breach Of Duty, Ohio Court Decides.

⁷³ CNTrab, Sala II, 29/11/96, *in re* "Paredes, Héctor L. c/Embotelladora San Miguel SA y otros", JA, 1998-I-176. "Para considerar responsable en forma personal a una persona física que dirige o administra una persona jurídica de existencia ideal, es necesario acreditar que éste utilizaba la persona jurídica en forma abusiva, para lograr los objetivos puramente individuales distintos a los propios de la realidad social".

mo un expediente genérico al que puede acudir cuando no es fácil buscar por otros caminos la solución justa a un problema de abuso de la persona jurídica⁷⁴.

Ante el peligro que supone la generalización de la aplicación de esa técnica, la doctrina señala una serie de grupos de casos, y tratar de “reducir la inseguridad de los que esperan su sentencia, si ésta ha de basarse exclusivamente en la aplicación de conceptos legales genéricos, como la buena fe, el fraude a la ley, el abuso de derecho o la equidad”. Esos grupos de casos se fundan en la confusión de patrimonios y de esferas, insuficiencia de capital, dirección externa y abuso de la personalidad jurídica, sea el abuso institucional buscando fines ilegítimos o el abuso personal cuando se intenta perjudicar a un tercero. Estos supuestos son calificados como “un verdadero cajón de sastre donde caben todos los abusos que no se encuadran dentro de las otras categorías”⁷⁵.

La imposibilidad de presentar doctrinalmente todas las cuestiones resulta de advertir el supuesto del art. 254 de la LSA de responsabilidad solidaria de todos los accionistas que votaron favorablemente una resolución que se declarare nula a través de impugnación judicial.

Una norma de riesgo, particularmente cuando no se debate el supuesto vicio, permitiendo en la discusión advertir al votante del daño o ilicitud que puede generar. Ese riesgo fue señalado por los *underwriters* americanos en las colocaciones de acciones de empresas privatizadas.

No obstante esa responsabilidad solidaria, que pone en igualdad de situación al controlante y al accionista ocasional, no hay duda que éste podrá accionar contra los de control si se dan los supuestos de abuso, de culpa o los previstos por el art. 54 *in fine* de la LSA. Obviamente que también corresponderá su acción contra los “directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia”, conforme lo previsto en el propio art. 254. De todas formas, el accionista minoritario podrá reclamar el reintegro en proporción a la participación de los otros obligados solidarios, conforme la doctrina que surge de los arts. 689, 716, 717 y conchs. del Cód. Civil.

Otros supuestos de aplicación lo son las previsiones de los arts. 255 y 266 en el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades formalizado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia de la Nación en el año 1992⁷⁶ –no nos hemos referido a Proyectos de Reformas reiterando que el Proyecto del 2005 eliminó la referencia a la imputación directa en el art. 54 de la LSA–, que no innovó substancialmente sobre los principios generales que hemos desarrollado, implicando regulaciones específicas.

Se trata de dos supuestos:

1) Art. 255, párr. 2º: “Responsabilidad del accionista o miembro del consejo de vigilancia. Los accionistas o miembros del consejo de vigilancia son responsables respecto de los demás accionistas, de la sociedad y de terceros por haber elegido o

⁷⁴ Embid Irujo, José M., *Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y español*, “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 1990, p. 31 a 54; *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de abril de 1990*, LL, 7/12/90, p. 6 y 8.

⁷⁵ Boldó Roda, *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, p. 22 y 27.

⁷⁶ *Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales*, Bs. As., Astrea, 1993.

contribuido a elegir como director a una persona que sabían, o debían saber, que carecía de independencia para el ejercicio de sus funciones, o que no desempeñaría sus funciones de director como se establece en esta ley”.

Si el así designado no tenía las calidades, actitudes o aptitudes, para ser un “buen hombre de negocios”, conforme el estándar del art. 59 de la LSA⁷⁷, los accionistas deberán responder de los daños y perjuicios que generen por su imprevisión.

2) El otro supuesto vincula los arts. 266 *in fine* con el 255 *in fine*. Se trata de la responsabilidad del director de facto, como un supuesto de control abusivo. Establece la primera norma: “Tendrán las responsabilidades de los directores aquellas personas físicas o jurídicas, accionistas o no: a) según cuyas instrucciones el directorio de la sociedad haya actuado o tenga que actuar, o b) quienes ejerzan las facultades que corresponden a los directores de la sociedad, o tengan control sobre ese ejercicio”.

La colisión entre la organización societaria y normas imperativas sucesorias las hemos tratado conjuntamente con Soledad Richard, como ya hemos apuntado.

b) La ley de sociedades uruguaya

Concluimos estos comentarios con una referencia a la norma uruguaya que se generó a partir de la regulación argentina y de los comentarios doctrinales a ella. Se advertirán las reflexiones que formalizamos previamente.

La norma que trata la cuestión en la legislación uruguaya fue promulgada en el año 1989 o sea seis años después de la norma del derecho argentino. En la sección XV se trata “De la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, siguiendo la terminología argentina –que hemos criticado–, pero mejorando notablemente el precedente.

El art. 189 dispone “Procedencia. Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados”, o sea que la norma se limita en esta parte a determinar los supuestos de aplicación y la carga probatoria.

Pero luego, en el artículo siguiente precisa los efectos de la norma que es lo que, a nuestro entender, aporta significación más que la denominación de la acción. Así, el art. 190 expresa: “Efectos. La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada. A esos efectos, se imputará a quién o a quiénes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad. En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica po-

⁷⁷ Richard, Efraín H., *El plan de empresa, ética y responsabilidad del empresario*, en “Estudios en honor de Pedro J. Frías”, t. III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, p. 1189 y ss., y *El buen hombre de negocios y el plan de empresa*, DSCE, t. V, p. 337; *El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)*, “Homenaje al Dr. Osvaldo Maffía”, Córdoba, Lerner, 2008, cap. II, p. 217, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la Empresa en Crisis Pablo Van Nieuwenhoven.

drá afectar a terceros de buena fe. Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos”.

Adviértase así que la “inoponibilidad” no afecta a la sociedad sino a ciertos actos, afectando la imputabilidad de los mismos.

También que no se hace referencia alguna a control como en la ley argentina, sino a conductas ilegales, que normalmente adoptan los controlantes torpes. El efecto limitado a un acto no afecta a terceros. No aparece ninguna referencia a la imputación directa u original, que podría confundir respecto a la liberación de la sociedad abusada. La redacción permite la llamada “desestimación inversa” o sea que bienes de la sociedad sean considerados en el patrimonio del que la usa indebidamente⁷⁸.

Se distingue claramente imputación y responsabilidad, que va añadida y corresponde a todos los que hayan desplegado conductas generadoras de responsabilidad de base subjetiva como sostenemos para el derecho argentino y es criterio de la jurisprudencia en el derecho comparado.

La norma descarta los criterios que pretendían asociar la prescindencia de la personalidad jurídica con la nulidad o la disolución de la sociedad o la responsabilidad de socios y administradores⁷⁹.

9. A modo de epílogo

Se trata, frente al uso antifuncional de una sociedad persona jurídica, de revisar las diferentes modalidades de evitar la frustración de derechos de terceros, socios o acreedores (de la sociedad o de los socios), distinguiendo entre las técnicas de imputación aditiva o de responsabilidad de integrantes de órganos y de controlantes, socios o no, además de la posible responsabilidad de todos los socios.

En la doctrina de los Estados Unidos de América se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de aplicar responsabilidad. La desestimación, en sentido estricto, implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión *disregard of the legal entity o percing of the corporate veil*⁸⁰.

⁷⁸ Rippe, Siegbert, *Sociedades comerciales. Ley 16.060. Decreto reglamentario 335/990. Ley 16125*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, p. 84 y siguientes.

⁷⁹ Azofra, Adriana, *La prescindencia de la personalidad jurídica en el derecho uruguayo*, Jornadas Nacionales de Derecho Societario en homenaje al profesor Enrique M. Butty, Bs. As., 2007, p. 3 y siguientes.

⁸⁰ Court of Appeal for the Fifth Circuit, 29/1/90. Sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada... A criterio de la Corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad *personificada* es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (*Corporate veil cannot be pierced to impose superfund liability on parent*, “Securities Regulation & Law Reports”, vol. 22, p. 158).

De todas formas es tema debatido en Estados Unidos de América si se está verdaderamente frente a acciones de descorrimiento de velo o meramente de responsabilidad. La doctrina sostiene que en el derecho americano la teoría del levantamiento del velo es una figura que deja enorme discrecionalidad al juzgador, no percibiéndose como una construcción debidamente delimitada para la justicia y seguridad jurídica.

Es que ha llegado a sostener la doctrina que no existen elementos esenciales diferenciadores entre la teoría del *disregard* y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*.

En el derecho norteamericano, respecto a sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores⁸¹.

Sobre la base de la *business judgement rule* “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente”⁸². Se expresa “si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal”⁸³. Y ello es anterior al caso Emron y los demás escándalos corporativos contemporáneos que agravaron las normas y su juzgamiento.

Es importante determinar que los efectos de la nulidad no son distintos sobre el negocio constitutivo que los de la teoría general (nulidad absoluta con efectos *extunc*), pues sólo con relación al ente personificado obra como causal de disolución, apuntando así a lo limitado de las expresiones “desestimación de la personalidad jurídica”. Y también se comprenderá, con el criterio unicista en torno de la personalidad y sus diferencias con sistemas continentales, que la *desestimación* o la *inoponibilidad* de la personalidad en nuestro derecho sólo se refieren a vicios del negocio constitutivo (afectación a la legítima o a la sociedad conyugal) que, en el mejor de los casos, pueden actuar –cuando existen– para afectar ese negocio, pero sin alterar la relación ente personificado-terceros de buena fe, que se regirá por los principios generales y, en el peor de los casos, operando como causal de disolución o de escisión –resolución parcial o disminución voluntaria de capital social–. En otros supuestos, esa *inoponibilidad de la personalidad jurídica e imputación directa* por el uso abusivo del medio técnico que señala el art. 54, parte última, de la LSC, determina una *imputación aditiva* al controlante socio o no socio, implicando una imputación –en casos de extensión de responsabilidad–, que no altera la imputabilidad a la sociedad que luego pueda reclamar los daños causados por aquél.

Cabe apuntar, en torno de la inoponibilidad, que la noción de desestimación se puede corresponder a una modalidad o factor de atribución de responsabilidad a quien no la tiene por el negocio societario, pero al mismo tiempo no sólo implica la responsabilidad por los daños causados, sino –más importante aún– la imputabilidad del acto en forma aditiva, o en otras formas de imputación. Ello no implica desimpu-

⁸¹ Vicari, Andrea, *I doveri degli amministratori in caso de insolvenza della società nel diritto statunitense*, “Rivista delle Società”, 1999, p. 1244 y siguientes.

⁸² Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica*, p. 105.

⁸³ Gibney, Frank, *El milagro programado*, Bs. As., Planeta, 1987, p. 13.

tar a la sociedad, sino adicionar la imputación al controlante, socio o no, o a la sociedad, si se intentara imputar a un tercero.

La declaración de inoponibilidad no afecta la normal y futura actuación del ente societario. Por el contrario, sólo afecta, terminantemente, el acto o relación jurídica particular, que por extrasocietaria o fraudulenta haya ocasionado un perjuicio –impidiendo un acto o generando un daño–, respecto de la cual, quien la hubiera hecho posible no podrán ocultarse tras el velo de la personalidad. No estamos frente a un supuesto de nulidad –dijimos– que a su vez importe la extinción de la sociedad, salvo que, como consecuencia de la declaración de inoponibilidad, se afecte de manera insalvable el capital social⁸⁴, incurriendo el ente en una causal de disolución⁸⁵. En definitiva se prescinde de la personalidad, y se imputa directamente el hecho, acto o situación jurídica a la persona de los socios o controlantes que hicieron posible el desvío. Hay una nueva imputación de la relación jurídica de que se trata, subsistiendo, en lo demás, la normativa societaria⁸⁶.

Hemos tratado de dejar de lado múltiples cuestiones sobre las que hemos incurrido con anterioridad⁸⁷, tratando de reflejar ciertas dificultades e impropiedades del tema que actualmente son centro de discusiones de juristas anglosajones y que podrían orientar futuros análisis: ¿hay realmente una teoría de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica o sólo hay una visión más integral de la teoría general de responsabilidad vinculada a las múltiples expresiones de las relaciones de organización?

Siempre quedarán pendientes aspectos de imputabilidad por el uso desviado de los centros personificados o patrimonializados y las relaciones de organización –o de empresa–, que imponen una visión diferente de la responsabilidad y la imputación, que hace conveniente gestar una doctrina que vaya más allá de la mera extensión de responsabilidad.

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.

⁸⁴ En principio no comporta la extinción del ente societario, afirma Otaegui, a no ser que se configure la situación prevista por el art. 19 del régimen societario o si se trata de una sociedad anónima, el supuesto contemplado en el art. 303, inc. 2° *in fine* del mismo cuerpo legal (*Inoponibilidad de la sociedad*, p. 123).

⁸⁵ La causa de privación de efectos es externa al acto y si ella cesa, renace dichos efectos con todo su vigor original. No se trata de ningún supuesto de invalidez, ya que el acto es siempre válido. La inoponibilidad de la personalidad jurídica no importa la inoponibilidad de la sociedad, ni de su acto de constitución. Ella se refiere únicamente a la actuación de estos entes de derecho, a su vida dinámica, operante (Etcheverry, Raúl A., *Primeras ideas sobre la responsabilidad de la controlante en el nuevo régimen del art. 54 de la ley de sociedades comerciales*).

⁸⁶ Nissen, *Curso de derecho societario*, p. 74.

⁸⁷ En los trabajos citados en el curso de este trabajo y últimamente con Junyent Bas, Francisco, *Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios)*, en “Temas de derecho societario vivo”, Bs. As., Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2007, p. 105 y siguientes.