

“El ‘disregard of legal entity’ en la jurisprudencia”, Anuario de Derecho Comercial, Volumen X, FCU, Montevideo, 2004, p. 357. También publicado en “Estudios de Derecho Societario” de Ricardo Olivera García, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

EL “DISREGARD OF LEGAL ENTITY” EN LA JURISPRUDENCIA

Ricardo Olivera García y Juan Martín Olivera Amato

1. La personalidad jurídica de las sociedades comerciales.

La personificación de las sociedades comerciales es un fenómeno relativamente reciente en la historia del Derecho societario.

Si bien algunos autores han pretendido encontrar el origen de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales en el Derecho romano ¹ o por lo menos en la Edad Media ², la realidad es que este concepto recién resulta delineado por el Derecho, con las características que presenta actualmente, a fines del siglo XIX.

En Francia, la teoría de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales fue construida por la jurisprudencia del siglo XIX ³ y consagrada legislativamente por la Ley de Sociedades Comerciales 66-537 de 1966 (art. 5).

En Italia, la doctrina y la jurisprudencia reconocieron en forma mayoritaria la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, a partir del Código de Comercio de 1882, cuyo art. 77 se refería a las mismas como “entes colectivos distintos de las personas de los socios” ⁴. El Código Civil de 1942 (art. 2331) calificó como personas jurídicas solamente a las sociedades por acciones, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada y cooperativas.

¹ FERRARA, Francisco, Teoría de las personas jurídicas, 2ª ed., trad. española, Madrid, 1929, pág. 28 y ss.

² LYON-CAEN & RENAULT, Précis de Droit Commercial, Paris, 1884, t. I, págs. 139-140.

³ DURAND, P., L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, dans le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Mélanges Ripert, t. I, pág. 138.

⁴ Vé. VIVANTE, Cesare, Trattato di Diritto Commerciale, 3ª ed., Milano, 1906, vol. II, pág. 5.

En Inglaterra, la jurisprudencia reconoció pacíficamente la personalidad jurídica de las sociedades comerciales a partir del histórico fallo *Salomon v. Salomon & Co.*, pronunciado por la Cámara de los Lores en 1897⁵.

En Alemania, la personalidad jurídica de las sociedades anónimas fue reconocida por la ley adicional al Código general de Comercio de 1870, solución que venía recogiendo la jurisprudencia desde algún tiempo antes⁶.

En España, el Código de Comercio de 1885 puso fin a la discusión planteada en la doctrina y, tomando como modelo la ley belga de 1873, dispuso que, una vez constituida, la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos (art. 116, par. 2)⁷.

En Argentina, si bien la doctrina había venido sosteniendo la personalidad jurídica de las sociedades comerciales desde la segunda mitad del siglo XIX⁸, la misma recién resulta recogida normativamente –aunque en forma imperfecta– en la reforma del Código Civil de 1967 (art. 33), resultando definitivamente consagrada en la Ley de Sociedades Comerciales de 1972.

En nuestro régimen jurídico, la personalidad jurídica de las sociedades comerciales recién fue consagrada normativamente por el artículo 19 de la Ley de Registros N° 10.793 de 25 de setiembre de 1946 que declaró personas jurídica a las sociedades comerciales constituidas de conformidad con el Código de Comercio. No obstante, con anterioridad a esta fecha, la doctrina nacional⁹ y alguna jurisprudencia¹⁰ habían

⁵ Vé. GOWER, L.C.B., *Principles of modern company law*, 5ª ed. London, 1992, pág. 85 y ss.

⁶ FISHER, Rodolfo, *Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico*, trad. española, Madrid, 1934, pág. 41.

⁷ Vé. GARRIGUES, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, t. I vol. I, pág. 461; también en *Curso de Derecho Mercantil*, 7ª ed., Madrid, 1976, t. I, págs. 347-348.

⁸ TEJEDOR, Carlos, *Curso de Derecho Mercantil*, Buenos Aires, 1863, t. II, n. 4; CASTELLANO, Nicéforo, *Lecciones sobre el Código de Comercio Argentino*, Buenos Aires, 1879, pág. 87; OBARRIO, Manuel, *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, 1907, págs. 248-249.

⁹ JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, *Las sociedades mercantiles ¿son personas jurídicas?*, Montevideo, 1918.

¹⁰ Vé. sentencia de 6 de mayo de 1899, RDJA, t. 6, pág. 218.

venido sosteniendo este criterio.

Con la aprobación de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989 el tema resultó regulado por el art. 2, el cual dispone que *"La sociedad será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley."*

La novedad del concepto de personalidad jurídica de las sociedades comerciales determina que las mismas no hayan quedado envueltas en la polémica de glosadores, canonistas, escolásticos y civilistas en cuanto a la realidad o ficción de este concepto¹¹, respondiendo a la preocupación –muy posterior en el tiempo- de sistematizar, bajo un concepto único y comprensivo, una serie de institutos y de soluciones que la ciencia jurídica había venido desarrollado en torno a las sociedades comerciales: la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes aportados por los socios, la indisponibilidad relativa por los socios de los bienes aportados, la imposibilidad de compensación de las deudas y créditos sociales con los créditos y deudas de los socios y, fundamentalmente, la irresponsabilidad de los socios por las obligaciones sociales (en algunos tipos sociales)¹².

La teoría de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales supone la creación de un ente jurídico diferenciado; con un interés personal propio, diferente del interés de sus socios; con un patrimonio propio e independiente; capaz de entrar en relaciones jurídicas con los propios socios y con terceros. La concepción de la sociedad comercial como una persona jurídica implica separar a los socios y a la sociedad como sujetos diferentes y, en algunos tipos sociales (anónimas, de responsabilidad limitada), la absoluta separación de sus respectivos patrimonios y responsabilidades.

Sin embargo, como toda concepción novedosa, la teoría de la personalidad societaria produjo un deslumbramiento inicial y una adhesión exagerada de gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, que consagraron dogmáticamente este principio de la separación patrimonial y permitieron el abuso de la misma por los operadores

¹¹ Vé. FERRARA, Francisco, ob. cit., pág. 19 y ss.

¹² ASCARELLI, Tullio, Il negozio indiretto e le società commerciali, Studi di diritto commerciale en onore di Cesare Vivante, Milano, 1931, t. I, pág. 23 y ss.; también en Personalità giuridica e problemi delle società, Rivista delle Società, 1957, pág. 981 y ss.

económicos.

Esta circunstancia motivó un movimiento de reacción, tendiente a establecer los límites y alcances del uso de esta personalidad societaria, con la finalidad de impedir un ejercicio abusivo de la misma. Correspondió a la jurisprudencia el liderazgo de este movimiento reactivo.

2. Origen jurisprudencial de la teoría del “disregard of legal entity”.

Este instituto tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana la que lo denominó "*to disregard the legal entity*" o "*to pierce the corporate veil*", es decir "allanar la personalidad jurídica" o "descorrer el velo de la personalidad jurídica", expresiones que se refieren al objetivo final del instituto ¹³.

La elaboración jurídica de los jueces norteamericanos fue creando la teoría a través de sucesivos casos. Resulta interesante analizar algunos de los primeros casos resueltos por dicha jurisprudencia, con la finalidad de apreciar la forma y situaciones en que este criterio comenzó a ser recogido.

Un caso paradigmático fue "*United States v. Lehigh Valley Railroad Co.*"¹⁴, pronunciado en 1911, por violación a la Hepburn Act de 1906. Esta ley prohibía a las compañías ferroviarias transportar carbón de un Estado a otro, si éste procedía de una mina que fuera propiedad de la propia compañía ferroviaria transportadora. En el caso bajo análisis, la compañía ferroviaria Lehigh Valley Railroad Company transportó carbón procedente de una mina, cuya propietaria era una sociedad cuyas acciones le pertenecían en su totalidad. El tribunal actuante prohibió el transporte "porque en definitiva ellas (ambas sociedades) no eran más que una". De modo que el Juez puede prohibir la realización del acto a la persona jurídica que se utiliza para cometer fraude a la ley, igual que se le prohíbe a la persona física que utiliza la forma jurídica societaria para lograr el resultado prohibido. Pocos años antes, en el caso "*United*

¹³ CLARK, Robert Charles, *Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986, pág. 71 y ss.; HENN, Harry G. y ALEXANDER, John R., *Laws of Corporations and Other Business Enterprises*, 3ª ed., Minnesota, 1983, pág. 344 y ss.

¹⁴ *United States v. Lehigh Valley Railroad Co.*, Nº 536 Supreme Court of the United States; 220 U.S. 257; 31 S. Ct. 387; 55 L. Ed. 458; 1911 U.S. LEXIS 1673; 3 A.F.T.R. (P-H) 2855.

States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.” (1905) ¹⁵, el tribunal se había manifestado en los siguientes términos: “Si alguna regla general puede establecerse, en el estado actual de los precedentes judiciales, es que una sociedad anónima debe ser considerada como regla general como una persona jurídica, mientras no que existan razones suficientes para hacer lo contrario; pero, cuando la noción de personería jurídica es utilizada para violar el interés público, justificar lo ilícito, proteger el fraude o defender el crimen, la ley habrá de considerar a la sociedad anónima como una asociación de personas ...” .

Es también abundante la aplicación de la prescindencia de la personería jurídica a los efectos de imputar violaciones a la Sherman Act en materia de prácticas antimonopólicas. El caso más tradicional en esta materia es “*State v. Standard Oil Co.*” ¹⁶en el cual la jurisprudencia condenó en 1892 como violatoria de la legislación antimonopólica la transferencia a un trust por sus accionistas de las participaciones controlantes de varias compañías petroleras, a los efectos de que las dirigiera en forma coordinada.

También se aplicó esta teoría en el caso “*Higgins v. California Petroleum and Asphalt Co.*” ¹⁷. Los propietarios de dos inmuebles linderos celebraron contratos de arrendamiento con una sociedad (A) que iba a explotar los recursos minerales (hidrocarburos) de dichos inmuebles, pagando a cambio a los arrendadores una contraprestación (canon) calculada en función de la extracción realizada, con independencia del inmueble del cual se hubiera realizado la extracción. Luego de un tiempo la sociedad explotadora (A) adquirió uno de los inmuebles arrendados, el cual transfirió a una sociedad de su propiedad (B), que lo transfirió a su vez a una tercera sociedad (C), también propiedad de A. La sociedad C comenzó a explotar el inmueble adquirido, sin pagar al titular del predio lindero el canon pactado por la sociedad A. Presentada la reclamación judicial, el tribunal consideró que la conexión íntima entre las tres sociedades otorgaba derecho al reclamante a percibir de la sociedad arrendadora la contraprestación correspondiente a las extracciones realizadas por la sociedad C, considerando que “las tres sociedades demandadas en realidad son la

¹⁵ United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co. et al.; Circuit Court, E.D. Wisconsin; 142 Fed. 255; 1905 U.S. App. LEXIS 4946; 1 A.F.T.R. (P-H 131).

¹⁶ State ex rel. Attorney Gen. v. Standard Oil Co.; Supreme Court of Ohio; 49 Ohio St. 137; 30 N.E. 279; 1892 Ohio LEXIS 127.

¹⁷ Higgins v. California Petroleum and Asphalt Co. et al.; L.A. Nº 1370; Supreme Court of California, Department Two; 147 Cal. 363; 81 P. 1070; 1905 Cal. LEXIS 404.

misma".

Igualmente fue aplicada esta teoría en ocasión de transmisión fraudulenta del patrimonio del deudor a una persona jurídica, en perjuicio de un tercero. Entre otros casos, la aplicación de este criterio se realizó en "*First National Bank of Chicago v. F.C.Trebein Co.*"¹⁸. Un señor llamado F.C.Trebein constituyó una sociedad junto con su esposa, su hija, su yerno y su cuñado, aportando a esta sociedad todo su patrimonio. De las seiscientas participaciones sociales de la sociedad, 596 se encontraban en propiedad del señor Trebein, y las restantes se repartían entre los demás socios. Cuando los acreedores de Trebein se dirigieron contra el patrimonio de la sociedad, se opuso como defensa la distinción de patrimonios entre los socios y la sociedad. El tribunal resolvió en este caso que la sociedad creada no era más que el mismo señor Trebein bajo otra figura, que se había realizado una transmisión fraudulenta, admitiendo la persecución de los bienes sociales por los acreedores del señor Trebein.

Similar criterio había utilizado la jurisprudencia en uno de los más viejos y célebres fallos en la materia: "*Booth v. Bunce*" en 1865¹⁹.

En definitiva, la jurisprudencia norteamericana partió de la consideración de que, como principio general, el derecho reconoce la distinción entre la personalidad jurídica de la sociedad y la de cada uno de sus socios. Pero, cuando dicha distinción se explota con fines fraudulentos y la sociedad pasa a ser la persona del socio con otra figura, debe prescindirse del principio general.

La jurisprudencia alemana comenzó a plantearse el problema de la prescindencia de la personalidad jurídica en la segunda posguerra al discutir la procedencia de la compensación de los créditos contra el Reich con créditos de aquellas personas jurídicas cuyas acciones y participaciones sociales se encontraban por completo o en su mayoría en poder del Reich. A tales efectos, se desarrolló una jurisprudencia contradictoria fundada en los conceptos de "buena fe", "conciencia popular dominante", "realidad de la vida", "la fuerza" o el "poder de los hechos", "la naturaleza

¹⁸ *First National Bank of Chicago v. F.C. Trebein Co.*; Supreme Court of Ohio; 59 Ohio St. 316; 52 N.E. 834; 1898 Ohio LEXIS; 3 A.F.T.R. (P-H) 3279.

¹⁹ *Booth v. Bunce*; Court of Appeals of New York; 33 N.Y. 139; 1865 N.Y. LEXIS 87.

de las cosas” o “exigencias o necesidades económicas”²⁰. Estos conceptos, si bien sirvieron para resolver con equidad casos aislados, por su excesiva vaguedad, no pueden elevarse a la categoría de principios dogmáticos para fundamentar mecanismos de protección con seguridad jurídica.

La sistematización y difusión de la teoría de la prescindencia de la personalidad se debe fundamentalmente a la obra del jurista alemán Rolf Serick contenida el libro titulado “*Rechtsform und Realität Juristischer Personen*”, traducido al español como “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica”. Esta obra, publicada en 1955, recoge un trabajo de oposición presentado por el autor ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen en el semestre de invierno 1952/1953. Serick funda la aplicación de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica, en los principios del abuso de derecho, sosteniendo que el magistrado se encuentra autorizado a prescindir de la forma asociativa o societaria creada por los particulares y de la consiguiente personalidad jurídica en caso de que esa forma jurídica sea utilizada con abuso de derecho, es decir con fraude a la ley, en fraude al contrato o causando un daño fraudulento a terceros.

Existe fraude a la ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a tratar de evitar que se alcance por medio de una determinada forma negocial²¹. Nos encontramos frente a un caso de fraude o lesión de contrato cuando por medio de la personalidad jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la del socio²². Se habla de daño fraudulento a terceros, cuando éste resulta del empleo de la forma de la persona jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude de ley y de contrato²³.

²⁰ Vé. SERICK, Rolf, Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, trad. José Puig Brutau, Barcelona, 1958, pág. 32 y ss.

²¹ SERICK, Rolf, ob. cit., pág. 44.

²² SERICK, Rolf, ob. cit., pág. 59.

²³ SERICK, Rolf, ob. cit., pág. 70.

Dice Serick ²⁴ 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 que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros".

Mientras tanto en Francia –mucho antes de los movimientos jurisprudenciales y doctrinarios alemanes- la jurisprudencia desde 1908 había sostenido que, cuando la autonomía patrimonial de la sociedad comercial es utilizada por los comerciantes para frustrar los derechos de sus acreedores, buscando que en caso de liquidación los bienes del activo social sean la única garantía de los mismos, era posible buscar detrás de la sociedad, a los efectos de determinar si el individuo no se había comportado como un "comerciante de hecho", realizando actos de comercio por cuenta propia. En caso afirmativo, se extendía a este comerciante de hecho la quiebra de la sociedad ²⁵.

Años más tarde, la jurisprudencia francesa recogió la teoría del abuso de derecho para fundar sus pronunciamientos sobre prescindencia de la personalidad jurídica de las sociedades ²⁶.

También en Italia, la jurisprudencia de casación sostuvo en 1931 que debía declararse la quiebra del accionista único de una sociedad anónima, creada con el exclusivo propósito de limitar su responsabilidad personal, en perjuicio de los acreedores, entendiendo que se trataba de un negocio en fraude a la ley ²⁷. Esta jurisprudencia coincide con la aparición de los primeros trabajos del profesor Ascarelli sobre el negocio indirecto ²⁸, que profundizaría más adelante en otros artículos doctrinarios ²⁹.

²⁴ SERICK, Rolf, ob. cit., págs. 241-242.

²⁵ Req. 29 juin 1908, D. 1908. 1.233, note Percerou, S. 1909. 1.87, citado por HAMEL J., LAGARDE G. y JAUFFRET A., Droit Commercial, t. 1 vol. 2, 2ª edición, Paris, 1980, pág. 74.

²⁶ Un fallo trascendente en esta materia fue el del Tribunal correccional de Montbrison de 28 de marzo de 1934, citado por HAMEL J., LAGARDE G. y JAUFFRET A., loc. cit.

²⁷ Cassazione del Regno 16 aprile 1931, Foro italiano, 1931, I, 927.

²⁸ ASCARELLI, Tullio, Il negozio indiretto e le società commerciali, en Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante, Milano, 1931, t. I, pág. 23 y ss.

²⁹ ASCARELLI, Tullio, Personalità giuridica e problemi delle società, Rivista delle Società, 1957, p. 981 y ss.

En su obra, sostiene Ascarelli que la persona jurídica es una disciplina normativa resoluble en normas siempre concernientes a relaciones entre hombres, para lo cual hace suya la afirmación de Ihering, quien decía que la persona jurídica en el lenguaje jurídico es análoga a los paréntesis en el lenguaje algebraico.

Es España, la jurisprudencia fue mucho más renuente en consagrar la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica. No obstante, lo cual, en sentencias de 1927 y 1928 el Tribunal Supremo se negó la calidad de tercero de buena fe en un procedimiento contra una sociedad de responsabilidad limitada al familiar de los socios, cuando la sociedad había sido creada con la exclusiva finalidad de evitar la traba de embargo por los acreedores ³⁰. Existen también otros precedentes de fallos judiciales que recogen conceptualmente el principio de la prescindencia de la personalidad jurídica. Sin embargo, el caso más claro en el cual se recogió expresamente el fundamento del levantamiento del velo de la personalidad fue en materia de responsabilidad extracontractual, en el caso UTO Ibérica S.A. c/ EMAYA y Ayuntamiento de Palma de Mallorca, donde el Tribunal Supremo, en fallo de 28 de mayo de 1984, receptó el concepto fundado en los principios de equidad y buena fe ³¹. A partir de este fallo, la aplicación de la teoría se ha abierto camino en la jurisprudencia española.

Con anterioridad, la doctrina había analizado el concepto de prescindencia o levantamiento del velo de la personería en los trabajos de De Castro y Bravo ³², y de Antonio Polo y José Puig Brutau que respectivamente, prologaron y comentaron la traducción española de la obra de Serick.

De lo expuesto surge que, tanto en el derecho norteamericano como en el derecho europeo, la teoría de la prescindencia de la personalidad se consagró como una creación pretoriana, como una reacción de los tribunales a las consecuencias injustas que una aplicación rigurosamente formal del concepto de personalidad jurídica provocaba en la aplicación del derecho. Correspondió luego a la doctrina – fundamentalmente a la doctrina continental- sistematizar estos criterios, indagando

³⁰ Citado por HURTADO COBLES, José, La doctrina del levantamiento del velo societario, Barcelona, 2000, pág. 49.

³¹ Vé. DIAZ CAPMANY, Felipe, La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en el proceso de creación del derecho, Barcelona, 1996, pág. 106.

³² DE CASTRO Y BRAVO, Federico, La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica, Anuario de Derecho Civil (español), 1949, pág. 1397 y ss.

sus fundamentos y los supuestos de hecho en que correspondía atribuir a los magistrados la facultad de, en situaciones concretas, descorrer el velo de la personalidad jurídica abusiva o fraudulentamente interpuesta, indagando la realidad existente tras esta forma jurídica.

3. La evolución del concepto en la jurisprudencia nacional.

En el derecho uruguayo, la posibilidad de prescindir de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales fue recogida por algunos fallos judiciales desde la década del 50, sin un fundamento jurídico claro. Por su parte, la doctrina anterior a la Ley de Sociedades Comerciales había sostenido la admisibilidad del instituto, en el marco de nuestro derecho positivo.

Un fallo pionero en nuestra jurisprudencia fue el emitido en 1951 por el juez França, llamado a fallar si había existido una cesión ilícita del arrendamiento de una finca, en el caso de disolución de una sociedad colectiva, continuando en el uso del inmueble una sociedad en comandita, adquirente del establecimiento comercial de la primera, integrada sustancialmente por los mismos socios. En este fallo, sin invocar expresamente la tesis de la prescindencia de la personalidad jurídica, sostenía el magistrado que *“para resolver si la personalidad jurídica de una sociedad comercial ha persistido a través del tiempo, debe atenderse a esos elementos intrínsecos o sustanciales, y no a los extrínsecos o formales. Estos últimos sólo son el ‘sello visible’ de la unidad jurídica patrimonial destinada a un giro comercial, que tiene su realidad y esencia, antes e independientemente del acto formal”*³³.

En 1965, el juez Tomassino aplicó la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica en materia penal, a los efectos de determinar la extensión de la aplicación de la figura delictiva prevista para los directores de sociedades anónimas en el art. 76 de la ley Nº 2.230 de 2 de junio de 1893, citando incluso la obra de Serick como fundamento doctrinario de su tesis³⁴.

En 1973, dos fallos avanzaron en el camino de consagrar un criterio jurisprudencial en la aplicación de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica. El primero,

³³ L.J.U., t. XXIII, c. 3390.

³⁴ Vé. Código Penal de la República Oriental del Uruguay, concordado y anotado por el profesor Juan B. Carballa, Montevideo, 1968, pág. 600 h y ss.

del juez Rodríguez de Vecchi quien, refiriéndose al alcance de la limitación de responsabilidad del accionista expresaba que *“la limitación de la responsabilidad de un accionista de sociedad por acciones radica fundamentalmente en la reducción de su gestión en la administración de la misma de donde resulta que aquella limitación y la consiguiente despersonalización de la sociedad por acciones, puede ponerse en tela de juicio, y aun desaparecer, cuando la posibilidad de gestión de un socio o de un grupo familiar detentador de la gran mayoría de las acciones es absoluta. En estos casos, y cuando cabe advertir que la sociedad se utiliza para lograr fines contrarios a la ley, debe permitirse penetrar en el sustratum humano de la sociedad, e identificar a las personas que poseen las acciones y el control de la sociedad con ésta. Lo dicho es particularmente aplicable a nuestro país, donde es de todos conocido el fenómeno de la formación de este tipo de sociedades anónimas que no respondían a una sociedad comercial o industrial a quien sus estatutos otorgaban ilimitadas finalidades y que se ‘vendían’ en el mercado, permitiendo a sus ‘propietarios’, amparados en la personalidad jurídica de aquéllas, eludir o evitar responsabilidades personales o alcanzar propósitos no queridos por la ley. Tales, en términos muy generales el fundamento de la teoría de la penetración, o del disregard, que sostiene la posibilidad de desestimar la forma de las sociedades mercantiles para alcanzar a las personas que se esconden tras de ellas, en los casos que se advierte que mediante la interposición se intenta obtener una finalidad contraria a la ley”*³⁵.

El segundo fallo se debe al juez Torello y aplica la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica en materia de arrendamientos. Utilizando los mismos fundamentos del fallo anterior, la sentencia rechaza la acción de desalojo por la causal de única vivienda (art. 34, ley N° 13.659), sosteniendo que los esposos accionantes ocupan a título de comodato otra vivienda propiedad de una sociedad anónima, de la cual uno de los esposos es titular del 40% de las acciones y es secretario del directorio, siendo su hermano el presidente ³⁶.

A partir de estas primeras sentencias, aun en la ausencia de un marco normativo que consagrara la teoría, la jurisprudencia continuó recogiendo en numerosos fallos posteriores la posibilidad de prescindir de la forma jurídica interpuesta en fraude a la

³⁵ Juzgado Civil de 5º Turno, sent. 276, 11 de setiembre de 1973.

³⁶ Juzgado Civil de 17º Turno, sent. 271, 31 de diciembre de 1973 (Anuario de Derecho Civil, t. IV, pág. 126 y ss.

ley, con la finalidad de aplicar la norma jurídica sobre la realidad fáctica subyacente ³⁷.

Por su parte la doctrina nacional, inclinada inicialmente por rechazar la aplicación jurisprudencial de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica y aconsejar su consagración en vía legislativa ³⁸, evolucionó luego hacia la aceptación del concepto, recogiendo los desarrollos realizados en la obra de Serick y anclándolo en el instituto del abuso de derecho ³⁹, lo cual representó un sustento importante a su ya significativo desarrollo jurisprudencial.

Es decir que, en el derecho uruguayo, siguiendo el mismo proceso del derecho comparado, el instituto de la prescindencia de la personalidad jurídica tuvo un origen jurisprudencial, siendo incluso rechazado por los primeros trabajos doctrinarios nacionales sobre el punto. La sistematización del concepto por la doctrina fue muy posterior en el tiempo, y tardó aún más tiempo su consagración legislativa.

4. La regulación de la Ley de Sociedades Comerciales.

El derecho uruguayo presenta la peculiaridad de haber regulado la prescindencia de la personalidad jurídica en su ley societaria. Un instituto de génesis y desarrollo netamente jurisprudencial recibe en nuestro derecho consagración normativa.

Los proyectos previos a la aprobación de la ley N° 16.060 no recogieron el instituto con sus características típicas. Así, el proyecto del profesor Pérez Fontana lo regulaba como un caso especial de responsabilidad de los socios, administradores e integrantes del órgano fiscalizador (art. 136) ⁴⁰. Por su parte, el proyecto de los profesores Ferro Astray, Delfino Cazet y Rodríguez Olivera, confundía la prescindencia de la personalidad jurídica con la nulidad de los negocios celebrados, la disolución de la sociedad y su intervención judicial (arts. 194-197).

³⁷ LJU c. 9185 (1978/1979), c. 9500 (1978), c. 10.159 (1981), c. 10.168 (1984), c. 10.241 (1984), c. 10.851 (1986), c. 10.956 (1984), c. 11.008 (1985), c. 11.451 (1989), c. 11.532 (1989).

³⁸ PEREZ FONTANA, Sagunto, La prescindencia de la personalidad jurídica, Rev. Derecho Comercial, Sociedades Anónimas, año XXII (1967), N° 207, pág. 83 y ss.

³⁹ HERRERA OREGGIA, Nicolás, Teoría del disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho, Anuario de Derecho Comercial, N° 1 (1985), pág. 53 y ss.

⁴⁰ Vé. Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, N° 21-22, 1982, págs. 97-98.

Es recién durante los trabajos de la Comisión Especial de la Cámara de Representantes que la prescindencia de la personalidad jurídica adquiere su auténtica dimensión como instituto dirigido a declarar inoponible la personalidad jurídica utilizada en fraude a la ley o al contrato.

La ley recoge la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica con gran pureza conceptual, dándole el alcance que realmente tiene. Ante la configuración de las hipótesis legales de aplicación, se autoriza al magistrado a descorrer la personalidad jurídica interpuesta fraudulentamente, aplicando el derecho para el caso particular a la realidad subyacente, tal como si la sociedad comercial no existiera.

Las principales características de la regulación legal son las siguientes ⁴¹:

- a. Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuándo 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 (art. 189 inc. 1).
- b. Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados (art. 189 inc. 2).
- c. Se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad (art. 190 inc. 2).
- d. La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada (art. 190 inc. 1).
- e. En ningún caso la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a

⁴¹ Para un comentario de la ley puede verse: HERRERA OREGGIA, Nicolás, La inoponibilidad de la personalidad jurídica, en La nueva Ley de Sociedades Comerciales, cursillo realizado por el Instituto de Derecho Comercial, Montevideo, 1990, pág. 81 y ss.; GAGGERO, Eduardo, De la inoponibilidad de la personalidad jurídica, en Análisis exegético de la Ley 16.060. Sociedades Comerciales, dirigido por Gaggero-Pérez Idiartegaray-Rippe, Montevideo, 1992, vol. I, pág. 166 y ss.

terceros de buena fe (art. 190 inc. 3).

- f. Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de intervención y conocimiento de ellos (art. 190 inc. 4).
- g. Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario (art. 189 inc. 3).
- h. El juez interviniente en el proceso ordenará, si correspondiera, la inscripción del testimonio de la pretensión en la Sección Reivindicaciones del Registro General de Inhibiciones, sin perjuicio de otras medidas cautelares que pueda adoptar (art. 191).

A partir de su consagración legislativa, la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica se arraigó definitivamente en nuestra jurisprudencia, siendo numerosos los fallos que recogen este instituto.

5. La jurisprudencia posterior a la Ley de Sociedades Comerciales.

Con la consagración legislativa de la teoría del “disregard of legal entity” la recepción de este instituto en el marco de nuestro derecho positivo quedó definitivamente consolidada, superándose las dudas que se planteaban en el escenario normativo anterior⁴². Probablemente, aun sin regulación normativa, la aceptación de esta teoría hubiera terminado por generalizarse en el ámbito de nuestra jurisprudencia. No obstante, la sistematización en la ley societaria aceleró este proceso.

En el presente trabajo, hemos recopilado algunos fallos de los Tribunales de Apelaciones, la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que han recogido el disregard of legal entity. Nuestro análisis fue realizado a partir de 1996, en el entendido que todo nuevo sistema normativo requiere, previo a su estudio, un período de maduración y consolidación.

⁴² Sent. Juz. Civ. 13º, 10/10/84, que luego de realizar un profundo análisis de la teoría del disregard termina concluyendo que la falta de regulación normativa impide prescindir de la ficción de la personalidad jurídica, en el campo del derecho privado (ADCO, 1985, Nº 1, pág. 232).

a) Aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Los fallos analizados no han planteado dudas en cuanto a la admisibilidad de la teoría del disregard of legal entity o de la inoponibilidad o prescindencia de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales en nuestro derecho. Las únicas dudas surgen del ámbito de la jurisprudencia laboral, no por la negación de este concepto, sino por su sustitución por el de “conjunto económico” que presenta exigencias menores en cuanto a sus requisitos sustanciales y exigencias probatorias, tal como veremos más adelante ⁴³.

Todos los fallos analizados se refieren a la posibilidad de persecución por los acreedores de una persona jurídica de bienes que se encuentran en el patrimonio de otra persona física o jurídica. No se han identificado casos en los cuales se acoja la teoría ante situaciones de fraude a la ley o de violación de normas de orden público.

b) Excepcionalidad de la teoría del disregard.

Con respecto al carácter excepcional de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica las posiciones jurisprudenciales han estado divididas.

Para un primer sector, influido seguramente por la doctrina ⁴⁴, el disregard constituye un instituto de carácter excepcional, solamente aplicable en aquellos casos en que no resulta posible la aplicación de otros institutos jurídicos, requiriéndose además una especial exigencia probatoria.

Así se ha expresado la jurisprudencia diciendo: el tribunal por mayoría (con el voto disorde de uno de sus miembros) se pronuncia por la excepcionalidad de la aplicación de la teoría del disregard of legal entity, la cual se traduce por el requerimiento de una especial exigencia probatoria. La frecuencia en la realidad

⁴³ Sobre la noción de conjunto económico en materia laboral y la incidencia de las normas sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica de la ley societaria: PLA RODRÍGUEZ, Américo, Sobre el alcance de la noción de conjunto económico, Rev. Judicatura, N° 36, nov. 1993, pág. 11 y ss.; MANTERO, Osvaldo, La teoría del conjunto económico en el Derecho del Trabajo, Jornadas interdisciplinarias laboral-comercial, Montevideo, 1992, pág. 29 y ss.

⁴⁴ HERRERA OREGGIA, Nicolás, Teoría del disregard of legal entity, cit., pág. 65; GAGGERO, Eduardo, De la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cit., pág. 173.

comercial de nuevas empresas que ocupan el espacio de otras que desaparecen, en situaciones en que participan (incluso deliberadamente en todas sus etapas) quienes tenían intereses de diversa índole en las empresas desaparecidas, no implica necesariamente que una y otras sean meros ropajes encubridores de otras (mismas) personas (físicas o jurídicas) ni que quienes así acceden al mercado deban responder por la desaparición de otros establecimientos de similar o aun idéntico giro y clientela. La mayor exigencia probatoria emerge incluso del propio texto del art. 189, en cuanto exige que se deberá probar “fehacientemente” la efectiva utilización de la sociedad para alcanzar los fines (fraudulentos) expresados. Sabido es que los supuestos fácticos de toda pretensión deben probarse fehacientemente para que ella resulte amparada, por lo que la demostración fehaciente contenida en el art. 189 no puede interpretarse como meramente redundante de tal principio general, sino que debe entenderse como la concreción de la intención del legislador de imponer en la materia específica un criterio especial en la valoración de la prueba ⁴⁵.

En el mismo sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia, entendiendo por mayoría que el *disregard* es una acción excepcional mediante la cual el juez está habilitado a ingresar dentro del marco de la persona jurídica y llegar hasta las personas físicas (o jurídicas) que hay en su base y hasta la plataforma económica subyacente, a fin de aplicar aquellas normas de derecho que correspondieren evitándose así el uso abusivo de la personalidad jurídica. Dado su carácter de excepcionalidad es que cabe aplicar este correctivo únicamente cuando la persona jurídica es utilizada abusivamente, encubriendo conductas que burlan a los acreedores ⁴⁶.

Sin embargo, otro sector de la jurisprudencia ha rechazado la excepcionalidad del instituto y el requerimiento de un especial rigor probatorio. Expresa que, a juicio de la Sala, cuando el art. 189 de la ley 16.060 exige, para prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad comercial, que se pruebe fehacientemente que fue efectivamente utilizada como instrumento legal para alcanzar los fines de defraudar la ley, violar el orden público, o en fraude y perjuicio de los derechos de los socios, accionistas y terceros, no introduce un criterio de especial rigurosidad en la valoración del material de convicción aportado por quien deduce la pretensión de “*disregard*”, a la hora de analizar la concordancia entre los fundamentos fácticos de la pretensión y la

⁴⁵ Sent. TAC 1º, n° 20, 24/2/00, LJU s. 122010.

⁴⁶ Sent. SCJ, 9/3/00, LJU c. 14.018.

realidad histórica a que refieren. El requerimiento de fehaciencia de la prueba no difiere conceptualmente de la acreditación plena, descartando toda duda razonable al respecto, de las circunstancias de hecho articuladas en la demanda, y tal grado de convicción en el ánimo del decisor es propio de todo proceso e inherente a la efectiva observancia del onus probandi que gravita sobre quien alega un hecho fundante de su pretensión u oposición ⁴⁷.

c) Valoración del requisito del fraude.

La jurisprudencia ha establecido diferentes criterios a los efectos de la valoración del requisito del fraude, como elemento esencial para que resulte de aplicación la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica.

Así, se ha expresado que el art. 189 de la ley 16.060 de Sociedades Comerciales establece la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica, siendo como lo ha destacado la doctrina su único y esencial fundamento el fraude en su amplia concepción de engaño (...). Para acreditar fehacientemente tales extremos, se requiere un cúmulo de pruebas y que el Juez, aplicando los principios de la sana crítica y las reglas de la experiencia común, llegue al convencimiento de que debe prescindirse de la personalidad jurídica, porque ésta ha sido usada con finalidades ilícitas o con abuso de derecho ⁴⁸.

En el mismo sentido, se ha entendido que la posibilidad de prescindir de la apariencia externa de la persona jurídica para obtener la realidad oculta toda vez que la forma societaria se utilice con fraude a la ley y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros requiere la verificación de los supuestos funcionales, basados en el abuso del derecho (...) y para su recibo se reclama, por exigencia normativa, una prueba fehaciente de la efectiva utilización de la sociedad como instrumento para obtener el propósito desviado en perjuicio del tercero, a través del obrar con fraude ⁴⁹.

Una interesante precisión realiza además la jurisprudencia cuando entiende que el planteo apoyado en la inoponibilidad de la personalidad jurídica implica una prueba muy severa en tanto la utilización de la personalidad jurídica puede obedecer a

⁴⁷ Sent. TAC 5º, 10/5/00, LJU c. 14.030.

⁴⁸ Sent. TAT 2º nº 31, 12/2/99.

⁴⁹ Sent. TAC 8º, 6/5/96, LJU c. 13.173.

múltiples factores o circunstancias lícitas, no reprobadas por el derecho. Debe probarse que se utiliza como medio de fraude a la ley y en perjuicio del acreedor. La dilucidación de la cuestión reside en determinar si en el caso ha operado la “previsión fraudulenta”, en los que se recurre a la forma jurídica precisamente con el objeto de eludir responsabilidades futuras y en previsión de ellas, o si se ha producido una confusión patrimonial inescindible que implique la negación de la separación de la persona societaria frente a las personas físicas de los socios, o integrantes de sus órganos ⁵⁰.

d) *Vía procesal para obtener la declaración de inoponibilidad.*

Al respecto la jurisprudencia ha sustentado diversos criterios, no siempre uniformes.

Se sostuvo que, en cuanto a la inoponibilidad de la personería jurídica es incuestionable la procedencia de su planteo en vía de defensa (...) pues la norma no distingue el procedimiento ni lo limita al juicio ordinario, como insiste en sostener la tercerista ⁵¹.

En la misma línea, ha afirmado que no es de admisión el argumento de que debió tramitar la inoponibilidad de la personalidad jurídica para poder ser demandados en el juicio ⁵².

Así también se pronunció la Corte señalando que en el caso no se constata infracción al inciso 3º (del artículo 189) puesto que, contrariamente a lo sostenido en la sentencia de primera instancia, dicha norma no es aplicable al caso, por referirse a la inoponibilidad de la personería reclamada por vía de acción, siendo que en autos el fraude se ha interpuesto como defensa.⁵³

También se ha afirmado que la responsabilidad de los miembros por las obligaciones contraídas por el grupo sólo puede hacerse efectiva por la vía de la declaración de inoponibilidad de la personería jurídica (disregard), a tramitar por la vía ordinaria y

⁵⁰ Sent. TAC 4º, 13/9/00, LJU c. 14.199.

⁵¹ Sent. TAC 8º, 6/5/96, LJU c. 13.173.

⁵² Sent. TAT 2º nº 31, 12/2/99.

⁵³ Sent. SCJ, 5/10/01, LJU c. 14377.

eventualmente de excepcionamiento pero 'incidenter tantum' (lo cual se discute), y nada de ello ocurrió en autos ⁵⁴.

Por su parte, la jurisprudencia rechazó la aplicación de la teoría del disregard en un proceso de pensión alimenticia, entendiendo que el objeto de un proceso de alimentos y la estructura procedimental que se le ha asignado de proceso extraordinario no ofrecen las garantías de debida defensa para la aplicación de las normas sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica, las cuales deben tramitarse en un proceso ordinario autónomo ⁵⁵. Con el mismo argumento, se rechaza la posibilidad de aplicación de esta teoría en el proceso ejecutivo para el cobro de pensiones alimenticias atrasadas ⁵⁶.

También se rechazó la aplicación de la teoría del disregard of legal entity, conforme a lo señalado por Nicolás HERRERA, sosteniendo que para que "el magistrado aplique el derecho a la realidad que ha quedado al descubierto, la relación procesal debió haber sido correctamente trabada" (ADC, 1/84, pág. 67). Tal exigencia es difícil de concebir en un juicio de estructura monitoria en el que el "disregard", fue implícitamente invocado por el ejecutario al contestar el traslado de las excepciones; la relación no quedó correctamente trabada por que se le impidió al ejecutado C. C., por efecto de la estructura del juicio ejecutivo: a) contestar a su vez los extremos fácticos articulados en la contestación de sus excepciones, y b) eventualmente diligenciar prueba. Además, para aplicar dicha teoría es necesario que estén simultáneamente presentes en el juicio todos los alcanzados por la sentencia: la sociedad, C. y J. C., lo que no sucede en el caso.⁵⁷

Se ha sostenido, por otra parte, que no es exigible a los fines de la adopción de medidas cautelares, el previo agotamiento de la vía ordinaria establecida en el artículo 189 inciso final de la ley N° 16.060, como pretende la impugnante.⁵⁸

⁵⁴ Sent. TAC 7°, 29/11/00, LJU c. 14.151.

⁵⁵ Sent. TAF 1°, 16/2/98, LJU s. 117038;

⁵⁶ Sent. TAF 2° n° 19, 10/2/99.

⁵⁷ Sent. TAC 6°, 28/3/90.

⁵⁸ Sent. TAC 1°, n° 79, 20/6/97

Y en otra sentencia se señaló que, de acuerdo con el propio artículo 191 de la ley 16.060, la posible inscripción de la demanda de inoponibilidad de la personería jurídica no tiene efecto limitante sobre otras medidas de tipo cautelar.⁵⁹

e) Situaciones específicas de aplicación de la teoría.

Resulta interesante citar algunos casos concretos, en los cuales la jurisprudencia hizo lugar o rechazó la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Se entendió que procede la aplicación de la teoría del disregard of legal entity consagrada en la ley societaria en la secuencia fáctica a través de la cual el Sr. P. dispuso del patrimonio ganancial a favor de N. S.R.L., cuyas participaciones sociales cedió luego a favor de su hermana y su cuñado, aun cuando él se mantuvo al frente del negocio. Luego N. S.R.L. dejó de operar, transfiriendo sus bienes a R. S.R.L., cuya socia mayoritaria es la concubina del Sr. P., quien permanece al frente del negocio. Entiende que estas operaciones constituyen una maniobra inspirada en el propósito de disimular el patrimonio del Sr. P. tras el velo de sociedades comerciales con personería jurídica⁶⁰.

También entendió que se configuran los requisitos de admisibilidad y fundabilidad del disregard of legal entity en la acción promovida por quien entendía adquirir un automóvil 0 km y en realidad le fue entregado un rodado empadronado el año anterior, cuyos datos identificatorios le fueron deliberadamente ocultados por el vendedor, para así posibilitar engañosamente el acuerdo sobre un precio mayor, correspondiente a una unidad nueva. En este negocio el protagonismo esencial en el iter contractual y en la concreción del negocio lo tuvo el codemandado A, quien utilizó instrumentalmente la cobertura jurídica de T. SA para eludir la responsabilidad que eventualmente debería asumir por el incumplimiento contractual. La sentencia condenó solidariamente a ambos sujetos a reparar el daño, entendiendo el codemandado utilizó la personería de T. SA para defraudar y perjudicar los derechos del actor adquirente del vehículo Peugeot, abusando o usando de mala fe la sociedad

⁵⁹ Sent. TAC 2°, n° 5, 13/2/96.

⁶⁰ Sent. TAF 1°, 9/11/98, LJU c. 13.633.

comercial como instrumento legal para alcanzar el propósito engañoso de percibir un sobreprecio por rodado objeto de venta ⁶¹.

Asimismo, se confirmó la inoponibilidad al actor, de la personería jurídica de D. S.A. y F. S.A. Resulta probado que el co-demandado M. K. es quien se encuentra detrás de todo un patrimonio que figura a nombre de terceros, ya se trate de personas físicas o jurídicas. La parte demandada no logró probar que D.S. –co-demandada y cónyuge del Sr. K.- tuviera la más mínima capacidad económica para adquirir las acciones de ambas empresas. En definitiva, era el Sr. K. quien se encontraba “detrás” de las empresas actuando en las asambleas como representante de los accionistas, siendo además históricamente, la única persona que se encontró al frente de las referidas personas jurídicas.⁶²

El tribunal por mayoría (con el voto disorde de uno de sus miembros) considera procedente la inoponibilidad de la personalidad jurídica de A.T. S.A., entendiendo que la misma fue constituida con el único fin de ocultar bienes del demandado. Entiende que el fraude debe ser entendido en su más amplia concepción de engaño. El empleo de la personalidad jurídica de la sociedad comercial es, en principio, un negocio lícito, admitido y tutelado por el derecho, pero que, en este caso, se utiliza fraudulentamente, o sea para eludir la aplicación de normas prohibitivas, imperativas del orden jurídico, o para perjudicar indebidamente a los particulares y contravenir la finalidad de la ley. En consecuencia, habiéndose probado la existencia del daño producido, no es necesario la prueba de una deliberada intención de perjudicar, por lo que se concluye que se ha probado, fehacientemente, el fraude cometido en desmedro de los intereses de la parte demandante ⁶³.

Corresponde declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el caso de varias sociedades agropecuarias, respecto de las cuales se verifica un agrupamiento societario, con la dirección, control o poder dominante de una misma persona, la que utilizando la operativa de transferencias patrimoniales de activos de una sociedad a otra integrante del conjunto económico o grupo de sociedades, trató de insolventar a

⁶¹ Sent. TAC 5º n° 265, 10/11/99.

⁶² Sent. TAC 3º, n° 213, 20/10/99.

⁶³ Sent. TAC 6º n° 21, 8/3/00.

una de éstas sociedades, en fraude y perjuicio de los derechos creditorios de los accionantes ⁶⁴.

La jurisprudencia rechazó la tercería de dominio deducida por E. S.A. por el embargo trabado sobre un vehículo de su propiedad por una obligación contraída por A. S.A. Entendió el tribunal que se trataba de una empresa sucesora, con el mismo nombre comercial, licenciataria de la misma marca, con la misma actividad de arrendadora de autos sin chofer, los mismos directores, mantenimiento de gran parte del personal, el mismo domicilio y el mismo número telefónico. Sostuvo que no queda duda que más que 'licenciatarias' de la marca Hertz, se trataba de la misma empresa, aún cuando giraran bajo dos personas jurídicas diferentes ⁶⁵.

También rechazó la tercería de dominio invocada, puesto que quien la aducía era a su vez propietario y tenía directos intereses en la empresa ejecutada. En esa ocasión, el Tribunal, citando a su similar de 5° Turno, expresó que para prescindir de la personería jurídica, descorriendo el velo que cubre a las personas físicas que la integran, no resulta suficiente, la simple constatación de que diversas sociedades integran un conjunto económico con control empresarial unitario, sino que se requiere la existencia de fraude en perjuicio de los acreedores; requisito de fundabilidad que actualmente la ley de sociedades comerciales recoge a texto expreso en su artículo 189. Como sostuvo el redactor antes de la sanción de dicha ley (LJU, c. 11008), para la actuación del instituto de "disregard", en caso de concentración de empresas o conjuntos económicos que bajo el ropaje de personas jurídicas independientes, escondan el control unitario a cargo de una o más personas físicas, se estima el presupuesto fundamental de que, mediante el agrupamiento se persigan finalidades ilícitas o contrarias a derecho (Sent. TAC 5°, n° 8/91).⁶⁶

También acudió a la teoría del disregard la jurisprudencia contencioso-administrativa para rechazar la acción de nulidad promovida por la sociedad R. S.A. contra la resolución del Banco Hipotecario del Uruguay que lo excluyó de un procedimiento licitatorio. Entendió el fallo que la referida sociedad había sido creada por el Sr. M. F. para soslayar los malos antecedentes que la empresa unipersonal propiedad de éste tenía en anteriores contratos con el Banco. Los índices tomados en cuenta para

⁶⁴ Sent. TAC 5°, 10/5/00, LJU c. 14.030.

⁶⁵ Sent. TAC 2° n° 179, 8/12/99.

⁶⁶ Sent. TAC 3°, n° 59, 19/3/93.

prescindir de la forma jurídica fueron que el hijo del Sr. M. F. aparecía como único director y accionista de la sociedad licitante y que ésta tenía el mismo domicilio que la empresa unipersonal ⁶⁷.

El mismo criterio fue utilizado por este tribunal para confirmar la suspensión de relaciones comerciales dispuesta por ANCAP con la firma . S.A., en virtud de las irregularidades en la actuación de N. S.R.L., integrada por los mismos socios y administradores ⁶⁸.

En cambio, la Corte rechazó por mayoría la pretensión de declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica, entendiendo que si bien la firma I. Sociedad en Comandita fue creada en 1987, por los mismos socios de la sociedad colectiva Sucesores de M. y Cía., a los solos efectos de la adquisición del inmueble en el que funcionaba su otra sociedad, no surgen probado el fraude. Los actores no prueban que M. y Cía. no posee bienes propios con que hacer frente a la condena. No se probó que el inmueble de I. haya sido comprado con dinero de Sucesores de M. y Cía. y no con dinero propio de sus socios. No surge probado que hayan distraído fondos de Sucesores de M., que constituyan la garantía común de sus acreedores, hacia I. Y ni siquiera se ha aducido o insinuado que los actores hayan contratado con la sociedad demandada en función de un determinado patrimonio que creían era de su propiedad. Existían sí dos sociedades con identidad de socios, pero ello no prueba la existencia de fraude. El fraude se configura mediante dos rasgos generales: la intención de dañar o perjudicar (*consilium fraudis*) y la consecuencia de un daño real o eventual (*eventus damni*). La prueba de autos, constitución de una sociedad para ser titular de un inmueble, es insuficiente para configurar los presupuestos de la inoponibilidad de la persona jurídica ⁶⁹.

En otro fallo, la Corte sí hizo lugar a la inoponibilidad de la personería jurídica, donde toda la actividad probatoria producida por la ejecutante tiende a demostrar la ficción de una compraventa, esto es, un contrato simulado que no responde a la realidad, con el único propósito de sustraer el bien del patrimonio de la ejecutada en perjuicio del acreedor ejecutante. Y el ad quem, luego de un exhaustivo análisis de las probanzas incorporadas en autos, siguiendo las reglas de la sana crítica, llega a la conclusión de

⁶⁷ Sent. TCA n° 540, 15/8/01.

⁶⁸ Sent. TCA, n° 294, 27/5/02.

⁶⁹ Sent. SCJ, 9/3/00, LJU c. 14.018.

que está demostrado que la compraventa de la maquinaria se hizo mediante la utilización de G. S.A., cuyos integrantes tenían una estrecha vinculación con la sociedad deudora, con la finalidad de ludir la ejecución en perjuicio de los acreedores por lo que declara la inoponibilidad de la persona jurídica del adquirente respecto de la parte ejecutante en el principal.⁷⁰

Normalmente se utiliza el mecanismo de la inoponibilidad para extraer del patrimonio de una persona jurídica un bien trasladado de la persona física, verdadero titular en la realidad del mismo. Que no es el caso, desde que aquí la deuda está contraída por la persona jurídica que fue con la que contrató la parte actora y es la deudora de las facturas que se pretenden cobrar. La pretensión de condena por el crédito que contrajo una persona, tanto a otra persona física, como jurídica, es ajena a las previsiones del art. 189⁷¹.

En otro caso tampoco se declaró la inoponibilidad de la personalidad jurídica bajo el argumento de que el BROU no acreditó que el codemandado M. en forma fraudulenta haya pretendido sustraer el inmueble denunciado de su patrimonio, y menos que en su conducta haya incidido el ánimo de perjudicar a la institución accionante. Es cierto que en general, cuando un bien destinado a casa habitación figura a nombre de una S.A., puede encubrir un negocio indirecto tendiente a perjudicar a los acreedores de quienes intervinieron en el negocio, y que se trata de maniobras frecuentemente utilizadas por sus deudores. Pero éste no es el caso. Si hubiera estado el ánimo del deudor eludir sus compromisos, el apartamento podría haber quedado a nombre de su esposa exclusivamente, en razón de que, por tratarse de un bien sucesorio, tenía naturaleza propia, con lo que obtendría el mismo efecto. No se advierte cuál es el perjuicio que se causaba al BROU, o la voluntad de defraudarlo, cuando el crédito pendiente de pago estaba garantizado con hipoteca de un raíz con 130 m² construidos que lo cubría suficientemente, a la que el Banco renunció con criterio que no resulta bien clarificado.⁷²

f) *La teoría del conjunto económico y la jurisprudencia laboral.*

⁷⁰ Sent. SCJ, 5/10/01, LJU c. 14377.

⁷¹ Sent. TAC 1º, 22/12/00, LJU c. 14.175.

⁷² Sent. TAC 2º, nº 28, 29/4/98.

Si bien, en algún caso, la jurisprudencia aproxima los conceptos de disregard y conjunto económico, utilizando ambas expresiones con similar alcance ⁷³, en materia civil y comercial ha sido contundente en el rechazo de la teoría del conjunto económico al afirmar que esta doctrina es de aplicación en derecho laboral y fiscal, pero a los efectos de determinar las relaciones de dependencia entre trabajadores y empresas. No tiene aplicación en materia civil o comercial a los efectos de cobrar créditos. Pero suponiendo que existiera, ¿cuál sería su consecuencia? ¿en base a qué norma se le puede imputar la deuda de una persona jurídica a una persona física o a otra persona jurídica? (...) La teoría del disregard, acuñada inicialmente por vía doctrinaria y jurisprudencial, recibió consagración legal en la ley 16060, en su art. 189. Esta norma contiene ahora referencias precisas que imponen una estricta aplicación dada su excepcionalidad, requiriéndose el fraude a la ley, la violación del orden público o la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica en perjuicio de accionistas o terceros, requiriéndose probar fehacientemente la utilización de la sociedad como instrumento legal con los fines expresados. La fehaciencia probatoria exigida, se entiende, no debe llegar a extremos que impidan la utilización del instituto a través de los elementos presuncionales como prueba principal, pero dichas presunciones deben tener tal entidad que permitan llegar a la plena prueba, y los jueces deberán actuar con extrema cautela y, en caso de duda, rechazar la acción iniciada ⁷⁴.

En cambio, la jurisprudencia laboral se ha mantenido reacia en aceptar la aplicación de las normas sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica contenidas en la ley societaria. Consideran que resulta aplicable en materia laboral el concepto de conjunto económico, el cual no requiere que exista fraude alguno, sino que es suficiente la existencia de un poder y decisión comunes ⁷⁵. Así, se ha entendido que existe conjunto económico, y consecuentemente responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales, en el caso de dos sociedades comerciales cuando los trabajadores trabajan indistintamente para una y otra empresa, y reconocen como patrón a la misma persona ⁷⁶.

⁷³ Sent. TAC 6º, 1/3/96, LJU c. 13.067 y TAC 1º, nº 79, 20/6/97.

⁷⁴ Sent. TAC 1º, 22/12/00, LJU c. 14.175.

⁷⁵ Sent. TAT 1º nº 273, 12/6/96 (AJL 96/97); Sent. TAT 1º nº 134, 5/12/97 (AJL 96/97); Sent. TAT 1º nº 142, 5/12/97 (AJL 96/97); Sent. TAT 1º nº 437, 23/12/99 (AJL 1999); Sent. TAT 3º nº 296, 29/10/99 (AJL 1999).

⁷⁶ Sent. TAT 2º, 5/2/98, LJU c. 13.553.

En otro fallo se afirma que en la ley de sociedades comerciales se aplica la teoría del disregard en caso de fraude, cuando se utiliza la personalidad jurídica para violar el orden público, suponiendo una intención dolosa. En cambio, en el derecho laboral se aplica la doctrina del conjunto económico que se basa en hechos objetivos y ciertos, no se exige la prueba de la intención deliberada de violar la ley o desfigurar los hechos. Como se ha señalado por la doctrina, la aprobación de la ley 16060, no debe influir en el corriente jurisprudencial, de derecho laboral que surgió y se consolidó con anterioridad a dicha ley, exclusivamente con criterios doctrinarios y jurisprudenciales, absolutamente lícitos y que ninguna disposición de la ley 16060 establece dicha prohibición. El conjunto económico como se ha dicho es una realidad más económica que jurídica que debe aplicarse en homenaje de la primacía de la realidad ⁷⁷.

La sanción de la ley 16.060, que regula la inoponibilidad de la personalidad jurídica en su art. 189, no afecta la construcción jurisprudencial y doctrinaria del concepto de conjunto económico, en cuanto es una realidad más económica que jurídica, existiendo una diferencia de enfoque con el derecho comercial. En efecto, en el derecho laboral la doctrina del conjunto económico se funda en hechos objetivos, buscando el triunfo de la verdad sobre la apariencia, pero, a diferencia de la teoría del disregard, o de la prescindencia de la personalidad jurídica de la sociedad, no exige que se viole el orden público o se pruebe la existencia de fraude. Por consecuencia en el derecho del trabajo, conforme al bien jurídico tutelado, declarada la existencia de conjunto económico, debe responder el conjunto como tal por radicar en él el poder de dirección y ser el centro de interés económico, sin que sea necesario probar el fraude, dolo, mala fe o abuso de derecho, por devenir ajenos al instituto en examen ⁷⁸.

En materia laboral puede prescindirse de la teoría del disregard, recurriendo a hechos objetivos y ciertos, que demuestran la verdad más que la apariencia, sin necesidad de demostrar la intención deliberada de violar la ley, alcanzando con verificar si existió un centro de dirección diversificando la actividad y conduciendo a los diferentes componentes del grupo no hubiera sido necesario probar el abuso o fraude ⁷⁹.

No obstante, la misma jurisprudencia laboral ha considerado en alguna ocasión la implicancia del fraude en la figura del conjunto económico al señalar que ésta “tiene

⁷⁷ Sent. TAT 2º n° 31, 12/2/99.

⁷⁸ Sent. TAT 2º, 6/2/01, LJU s. 124028.

⁷⁹ Sent. TAT 3º, 19/2/01, LJU s. 124059.

por efecto evitar el fraude a los acreedores laborales, impidiendo que los créditos generados en una de las empresas ligadas por un vínculo patrimonial se vean frustradas por la desaparición o insolvencia de la empleadora original. Aunque formalmente las empresas sean independientes (...), van reconociendo (...) el derecho del trabajador de reclamar contra cualquiera de ellas o todas si, aunque figurando como dependiente de una sola de ellas, ha prestado realmente sus servicios en varias o en todas las que componen esa unidad subyacente que las responsabiliza solidariamente frente a aquél” (AJL 1998, c. 110).⁸⁰

g) La aplicación de la teoría en materia tributaria.

Mucho antes de la aprobación de la Ley de Sociedades Comerciales, la doctrina tributarista ⁸¹ se había planteado la posibilidad de prescindir de la forma jurídica adoptada por el contribuyente, en los casos de no corresponderse la misma con la realidad económica del negocio. Dichos planteos se formulaban al analizar el art. 6 del Código Tributario, el cual consagra la posibilidad de interpretar el hecho generador de los tributos atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica. Distinguía al respecto dos situaciones diferentes: la inadecuación de la forma a la realidad y el fraude a la ley, comprendidas ambas en el régimen legal.

Después de la aprobación de la ley societaria, la doctrina volvió sobre el tema, a los efectos de criticar la primera sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que acogió el instituto del *disregard of legal entity* en materia tributaria, disponiendo el levantamiento el velo de la personalidad jurídica de una sociedad anónima con un único accionista ⁸².

En tal sentido, ha entendido⁸³ que el fraude a la ley fiscal tradicionalmente contemplado al amparo de la norma del art. 6 del Código Tributario constituye una hipótesis de prescindencia de la personalidad jurídica, de similar contenido que la prevista por la ley N° 16.060, debiendo cumplir con los mismos requerimientos que la ley exige en tales casos. No obstante, sostiene la posibilidad de que la prescindencia

⁸⁰ Sent. TAT 1°, n° 444, 23/11/01.

⁸¹ FAGET PRATI, Alberto, *La forma jurídica inadecuada y el fraude a la ley fiscal*, Rev. Tributaria, t. VIII, N° 42, mayo-junio 1981, pág. 181 y ss.

⁸² Sent. TCA, n° 344, 21/4/93.

⁸³ FAGET PRATI, Alberto, *El “disregard of legal entity” en el Derecho Tributario*, Rev. Tributaria, t. XX, N° 116, setiembre-octubre 1993, pág. 369 y ss.

de la personalidad jurídica sea invocada por la Administración Fiscal en vía administrativa, sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial.

En fallos posteriores, la jurisprudencia contencioso-administrativa sostuvo que el método de interpretación de la ley tributaria según la realidad económica, contenido en el art. 6 del Código Tributario representa la aplicación de la teoría del disregard en materia tributaria. El punto de las formas jurídicas adoptadas por el contribuyente tiene solución satisfactoria en el CTU y en el Modelo de Código Tributario para América Latina, por que se acoge el método de la interpretación de la ley tributaria según la realidad económica, junto a los demás métodos admisibles, lo cual constituye una de las características e importantes innovaciones del Derecho Tributario, destinada impedir el abuso de las formas jurídicas con el propósito de eludir obligaciones tributarias ⁸⁴. Específicamente, el tribunal acudió a la aplicación de esta teoría a los efectos de sostener que las empresas unipersonales creadas en torno a entidades de asistencia médica, representando con las mismas “conjuntos económicos”, representaban creaciones artificiales que encubrían una relación laboral de dependencia y tenían por único objeto eludir las cargas tributarias ⁸⁵.

En cambio, rechazó la aplicación de la teoría del disregard en el caso de dos sociedades de responsabilidad limitada, pertenecientes a los mismos socios, una de las cuales arrendaba a la otra su inmueble y material de transporte, admitiendo la deducibilidad de estos gastos a efectos de la liquidación del impuesto a las rentas. El hecho de que en ambas sociedades actúen los mismos socios no constituye “per se” evidencia jurídica con valor para sostener que se verifica, en el caso, un supuesto de defraudación; y por ello, pese a la apreciación del perito actuante de que estamos en presencia de un conjunto económico, concepto carente de definida receptación legal y de soporte fáctico equívoco en las resultancias globales de la causa ⁸⁶. Se apoya al respecto en la opinión de la doctrina, la cual sostiene que los particulares tienen derecho a elegir las formas jurídicas más convenientes para sus intereses, incluso los fiscales, cuando esta posibilidad es admitida expresan o tácitamente por el derecho tributario. En tales casos se está frente a una elusión y no a una evasión; es decir, a

⁸⁴ Sent. TCA n° 345, 3/5/00.

⁸⁵ Sent. TCA n° 703, 2/9/98; Sent. TCA n° 345, 3/5/00.

⁸⁶ Sent. TCA n° 1321, 10/11/99.

un ahorro impositivo (conocido por la doctrina internacional como “tax avoidance”) lícito, por cuanto ha sido previsto como posible por el propio derecho tributario ⁸⁷.

6. Valoración de la evolución jurisprudencial del disregard of legal entity.

El análisis de los antecedentes jurisprudenciales nacionales citados revela que, en nuestro país, la teoría del disregard of legal entity se encuentra aún en proceso de maduración y consolidación. A pesar de la consagración legal del instituto –como vimos, absolutamente excepcional en el derecho comparado- no solamente nuestros tribunales, sino también todo nuestro foro profesional, no han completado aún el proceso de incorporación de este novedoso instituto a su cultura jurídica.

Varias son las circunstancias que motivan nuestro juicio.

En primer lugar, la escasa cantidad de fallos recaídos en la materia. En los siete años tomados en cuenta para nuestra investigación son relativamente pocos los casos en los cuales la jurisprudencia ha fallado, acogiendo o rechazando la aplicación de la teoría del disregard.

Esto puede revelar, o bien la ausencia de una actitud atenta de nuestros operadores jurídicos para detectar aquellas situaciones en las cuales la forma societaria es utilizada en forma fraudulenta, o bien una desconfianza respecto a la aceptación de la misma por nuestros tribunales.

En segundo lugar, la circunstancia de que prácticamente la totalidad de los fallos analizados sean casos de fraude al contrato, y más concretamente de fraude a los acreedores. En los mismos se pretende por parte de los acreedores perseguir bienes que no se encuentran en el patrimonio del deudor sino en el de una sociedad comercial, en la que éste tiene la dirección o el control. No existen casos de aplicación del disregard ante fraudes a la ley u otros casos de fraude al contrato. ¿No han existido situaciones de esta índole en el mundo del derecho? ¿No han sido percibidas por los integrantes de nuestro foro?

⁸⁷ VALDES COSTA, Ramón, Curso de Derecho Tributario, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, pág. 285.

Creemos que esta circunstancia está parcialmente motivada por la fuerte incidencia que el instituto de la acción pauliana tuvo en el proceso de consagración y difusión doctrinaria del *disregard*. Existe un largo y desarrollado análisis de la acción pauliana y del fraude pauliano por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, lo cual hace relativamente sencillo pensar el *disregard* como una expansión de este instituto, con la finalidad de alcanzar situaciones excluidas por la rigidez del sistema legal de la pauliana.

Sin embargo, el concepto de fraude que provoca la inoponibilidad de la personalidad jurídica es mucho más amplio que el concepto de fraude pauliano y permite su extensión a situaciones no circunscriptas necesariamente al fraude de los acreedores.

En tercer lugar, la referencia que realiza gran parte de la jurisprudencia a la excepcionalidad o subsidiariedad del instituto. Es común hallar fallos que hacen referencia al *disregard* como un instituto de carácter excepcional o especial, aplicable cuando no existen otras vías que el derecho acuerde, el cual debe ser objeto de un especial rigor probatorio y de especiales cuidados en su aplicación.

Esta característica, destacada por la doctrina nacional previo a la ley societaria y que, definitivamente, la ley 16.060 no establece ni requiere, está revelando un cierto temor en la aplicación de un instituto de reciente consagración legislativa, que remueve y pone en crisis algunos conceptos que, como el de persona jurídica, fueron tenidos por mucho tiempo como absolutos.

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

En cuarto lugar, la aplicación de la teoría del *disregard* aparece frecuentemente anclada en los conceptos de abuso de derecho y de conjunto económico. Resulta más fácil a la jurisprudencia, y también a la doctrina, entender los conceptos de abuso de derecho y de conjunto económico que el concepto de fraude.

No obstante, si bien la doctrina alemana que tradujo al derecho continental los desarrollos en materia de *disregard of legal entity* del derecho anglosajón, buscó

fundar esta figura, entre otros institutos, en la teoría del abuso de derecho, éste no es el fundamento que el instituto tiene en nuestro derecho positivo. La ley no requiere que exista abuso de derecho, aun cuando, esta figura, al igual que el fraude, apelan frecuentemente a la indagación del espíritu de la ley.

Con respecto al concepto de conjunto económico, sin consagración legislativa en nuestro derecho positivo, parte de un análisis objetivo de las relaciones jurídicas, prescindiendo de las características subjetivas que el concepto de fraude presenta.

En quinto lugar, la incongruencia de nuestro sistema jurídico, donde la justicia especializada se niega a aceptar la aplicación de las normas legales sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica en materia laboral. Como vimos, la justicia laboral –respaldada por la doctrina (laboral)- resulta prácticamente monolítica en el sentido de que las normas de la ley societaria no resultan de aplicación cuando se encuentra en juego la satisfacción de un crédito de naturaleza laboral. Aplican, en cambio, el concepto de conjunto económico, que carece de fundamento legal de especie alguna y tiene una génesis exclusivamente doctrinaria, produciendo similares efectos que aquellos que procura el instituto legal de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sin acudir al concepto de fraude.

El concepto de conjunto económico, de perfiles imprecisos y poco claros, basado simplemente en la calidad de director o accionista de una sociedad, o en la identidad de domicilio, pone en serio entredicho no sólo el concepto de personalidad jurídica de las sociedades comerciales, sino otros principios mucho más antiguos y trascendentes en el desarrollo del comercio y de otras actividades económicas, como lo es la limitación de responsabilidad.

Nuevamente, la escasa sofisticación de nuestro medio jurídico para percibir las situaciones de fraude determina que el mundo laboralista continúe defendiendo el bastión del instituto del conjunto económico que, a pesar de resultar hoy ilegal en el marco de nuestro derecho positivo, presenta la sencillez de basarse en criterios absolutamente objetivos.

Como es fácil apreciar, el mayor obstáculo que presenta la consolidación de la inoponibilidad de la personería jurídica en nuestro régimen normativo se encuentra fundamentalmente en el concepto de fraude. Parece como si nuestros juristas

tuvieran una natural dificultad para incorporar este concepto, al tiempo que desconfianza en los resultados de su aplicación.

El punto es que el fraude constituye una violación indirecta de la ley, no según su contenido literal, sino según su espíritu. Los contratantes se proponen huir de la aplicación de una norma jurídica, conformando su conducta de tal modo que no puede reprobarse directamente y que, con el conjunto de los medios oblicuos empleados, venga a conseguir el resultado que la ley quería impedir ⁸⁸. Similar concepto corresponde expresar respecto del fraude al contrato, los cuales forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma (art. 1291 C.C.).

Determinar la existencia de fraude supone introducirse en el espíritu de la ley, en la finalidad con la cual la ley fue aprobada. Esta aproximación interpretativa presenta especiales dificultades en aquellas culturas jurídicas fuertemente apegadas al positivismo, traducido en el retorno a la fuente única (la ley) y en una interpretación restrictiva de las prohibiciones ⁸⁹.

Repetimos con insistencia la máxima latina *fraus omnia corrumpit*, mas a la hora de trasladar esta máxima a resultados específicos continuamos atados a una interpretación formalista de la ley y del contrato, resistiéndonos a incorporar un instituto recogido expresamente por el Derecho, que se remonta a nuestra génesis romanista ⁹⁰ y a nuestra cultura cristiana ⁹¹, pero que ha quedado muchas veces sepultado bajo los esquemas tan simples y atractivos, como imprecisos e injustos, del pensamiento positivista.

No en vano correspondió a la jurisprudencia la gestación, el desarrollo y la consolidación de la teoría del disregard of legal entity o de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria en el mundo del derecho. Más allá de los estándares jurídicos utilizados en cada caso (fraude a la ley, fraude al contrato, buena fe, abuso

⁸⁸ FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. española, Madrid, 1960, págs. 78-79.

⁸⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El fraude a la ley*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 4 (Fraudes), Buenos Aires, 1993, pág. 8.

⁹⁰ Expresaba ULPiano que hay fraude contra la ley cuando se hace aquello que ella no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara. Lo que dista el dicho del sentido, esto dista el fraude de lo que se hace contra la ley (Digesto, Libro I, Título III, fragmento 30).

⁹¹ Expresaba SAN PABLO, "la letra mata, el espíritu vivifica" (Corintios 2, III, 6).

de derecho, etc.) el objetivo del instituto es siempre el mismo, lograr una solución de justicia que permita que no queden impunes aquellos comportamientos que, ajustándose estrictamente a la letra de la ley o del contrato, busquen por medios que repugnan al correcto sentir jurídico y a la moral social obtener resultados claramente contrarios a claras prohibiciones que la ley quiso inequívocamente establecer.

La personalidad jurídica de las sociedades comerciales es una brillante creación del pensamiento jurídico. Lo mismo cabe decir del conjunto de principios que esta teoría resume: la limitación de responsabilidad del socio o accionista (según los diversos tipos sociales), la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes aportados por los socios, la indisponibilidad de los socios sobre los bienes aportados, la imposibilidad de compensación de deudas y créditos sociales con deudas y créditos de los socios, etc. Todos estos principios, creadores de estatutos jurídicos especiales, representaron un aporte valiosísimo del derecho a la economía capitalista y fueron herramienta indispensable para el desarrollo del comercio. Todos estos principios requieren seguir siendo defendidos porque continúan siendo pilares de nuestro sistema económico y social.

Pero, precisamente, la forma de salvaguardar este cúmulo de principios esenciales – resumidos brillantemente en el concepto de personalidad jurídica- es darles a los mismos la dimensión que deben necesariamente tener, evitando que un uso perverso de los mismos ponga en crisis su propia vigencia. Esta correcta dimensión de la personalidad jurídica pasa por entender cabalmente la finalidad y el propósito de su creación, percibiendo que la misma no puede ser la herramienta para impedir la aplicación de la ley o para incumplir el contrato.

Por eso es equivocada la aplicación de la teoría del conjunto económico que, en aras de lograr un ideal de justicia, salvaguardando el legítimo derecho de los trabajadores a percibir su salario u otros bienes jurídicos igualmente dignos de la más celosa protección y amparo, destruye instituciones jurídicas esenciales de nuestra trama económica y social, arrojando inseguridad e incertidumbre en el desarrollo de las actividades económicas.

El derecho no se construye sobre los cadáveres de las viejas instituciones jurídicas. El derecho avanza cuando estas instituciones buscan ser mejoradas, perfeccionadas, a los efectos de lograr normas de convivencia social más adecuadas y justas.

No obstante, este avance encuentra obstáculos importantes, cuando el análisis parte del mero estudio exegético de las normas. Cuando la discusión se limita al examen de lo que las disposiciones dicen, prescindiendo de lo que las disposiciones significan. Por eso, resulta muchas veces necesario rasgar el velo de la mera letra de la norma, con la finalidad de explorar su espíritu, la finalidad con la cual la misma fue aprobada.

Esta labor constructiva es la que realiza la teoría del disregard of legal entity, consagrada y desarrollada a través de la jurisprudencia. Frente a los excesos en el uso de la personalidad jurídica de las sociedades no propugna la supresión del concepto, sino su mejoramiento, acotando los efectos de dicha personalidad jurídica, cuando la misma es utilizada en fraude a la ley o al contrato. De este modo, es capaz de lograr soluciones más justas y certeras, compatibles con el mantenimiento de institutos tan importantes y necesarios para el funcionamiento del comercio.