

Teoría del *Alter Ego* en la formación de sociedades de capital para eludir impuestos.

Nota al fallo: "Santa Lucía SA"

Por:

Pablo Augusto Van Thienen

Director

Colaboradores

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

INDICE

I. PLANTEAMIENTO	3
II. SANTA LUCIA SCA COMO FACHADA.	3
III. SANTA LUCIA SCA COMO INSTRUMENTO LEGAL PARA ELUDIR UN TRIBUTO.	3
VI. LA AUSENCIA DE <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i> COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.	4
V. SANTA LUCIA SCA: MI <i>ALTER EGO</i>	4
VI. SANTA LUCIA SCA: ¿SOCIEDAD NULA O INOPONIBLE?	5
VII. ¿INTERVENCIÓN CON DESPLAZAMIENTO DE AUTORIDADES?	5
VIII. SOCIEDAD DE CÓMODO NULA: ¿SOCIEDAD FICTICIA VÁLIDA?	6
IX. REFLEXIÓN FINAL.	7

I.

Planteamiento.

Se trata de Santa Lucía, una sociedad de capital (del tipo en comandita por acciones) constituida por un matrimonio mediante la contribución al patrimonio social de bienes propios.

Quedó incontrovertido a lo largo del expediente que la sociedad fue constituida con el único propósito de acogerse a los beneficios de la ley 14.060 que había establecido el impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes. A partir de la constitución de Santa Lucía SCA el costo fiscal para el matrimonio para el supuesto de transmisión gratuita de las acciones de la sociedad (ya sea por donación o fallecimiento) no pasaría la tasa anual del 1% del valor del capital nominal más las reservas acumuladas contabilizadas en Santa Lucía SCA.

No es difícil advertir que el costo de oportunidad de omitir acogerse al régimen era considerable para el matrimonio. Una sana administración del patrimonio personal (o familiar) aconsejaba no dejar pasar esta oportunidad de ahorro. Todos sabemos que el capital social poco tiene que ver con el valor de los activos sociales y menos con el valor del patrimonio neto aún cuando la tasa del 1% debía calcularse sobre el valor nominal del capital más las reservas libres. Teniendo en cuenta que los activos tienden a amortizarse contablemente, dicha amortización genera en el tributo el efecto dilutorio por el mero transcurso del tiempo. Todo impuesto cuya base imponible se calcule sobre el valor de bienes amortizables genera en cabeza del contribuyente una menor carga impositiva.

Hasta aquí parece que los integrantes de la sociedad conyugal estaban contestes en administrar y organizar el patrimonio propio bajo esta estructura jurídica societaria. La única finalidad o motivo determinante para crear la sociedad Santa Lucía SCA no fue otro que evitar el impuesto a la transferencia gratuita de bienes. Recordemos que el propio tribunal destacó la proliferación de este tipo de sociedades en coincidencia con la sanción de la ley 14.060.

Desde la perspectiva de los intereses del Estado Nacional no hay duda que el nuevo régimen tuvo por finalidad incentivar la creación de entes capitalistas con al único objetivo de recaudar un tributo que, de otra manera, debía esperar a la ocurrencia del hecho imponible contingente; o sea, la transmisión gratuita de los bienes. Analizado el problema desde el Estado parece que la solución es eficiente puesto que permite recaudar hoy un impuesto futuro sujeto a condición suspensiva: la donación o el fallecimiento.

Mediante la sanción de la ley 14.060 se conectaron dos intereses bien concretos; por un lado la necesidad del fisco por recaudar un tributo de manera práctica y sencilla ampliando la base imponible y, por el otro, el interés de todo contribuyente de reducir sus costes fiscales pudiendo destinar dicho ahorro al consumo o a la inversión.

En este contexto y bajo esta realidad económica el matrimonio fundó Santa Lucía SCA.

II.

Santa Lucía SCA como fachada.

El tribunal *a quo* partió del siguiente análisis: Santa Lucía SCA era una mera fachada tendiente a eludir el pago del impuesto a la transmisión gratuita de bienes, como así también tendiente a evadir el régimen sucesorio. Bajo esta premisa ordenó la intervención social con desplazamiento de los integrantes del directorio como resultado de graves anomalías en la gestión social.

Quedó acreditado en el expediente ciertos elementos de convicción que llevaron al juez a ordenar la intervención social: (i) Santa Lucía SCA tenía un alarmante retraso en sus libros de actas cuya última asamblea de accionistas había sido registrada en el año 1973, (ii) se habían detectado incumplimientos fiscales, (iii) no se habían pagado nunca dividendos y, (iv) la renta generada por los inmuebles aportados a la sociedad eran derivados a una cuenta personal del aportante de los bienes. O sea, en apariencia, el giro social habría consistido en dar en arrendamiento los bienes, cuya renta no integraba el cuadro de resultados del ente societario, sino que era renta directa del socio aportante.

III.

Santa Lucía SCA como instrumento legal para eludir un tributo.

El tribunal *ad quem* pone las cosas en su lugar. En efecto, la sala D entendió que la creación de un ente jurídico con el único fin de eludir un tributo no generó en sí mismo un fraude. En tal sentido expresó la siguiente idea: quien se acoge al sistema alternativo traspasando su patrimonio a una sociedad de capital a fin de tributar el 1% anual, dicho negocio jurídico de opción no es condenable o reprochable por el sistema jurídico.

Ahora bien, si consideramos que la doctrina especializada ha definido a la elusión fiscal como: *figura consistente en no pagar determinados impuestos amparándose en subterfugios o resquicios legales no previstos por el legislador al momento de redactar la ley*, observamos que el caso Santa Lucía SCA no encaja en la definición de elusión puesto que aquella sociedad fue constituida gracias al incentivo generado por el propio Estado recaudador.

La doctrina especializada entiende pacíficamente que la elusión de impuestos se presenta como consecuencia de deficiencias en la redacción de la ley o bien porque sus autores no han previsto efectos no deseados al entrar en juego con el resto de las normas tributarias. La elusión se caracteriza principalmente por *el empleo de medios lícitos que buscan evitar el nacimiento del hecho gravado o, en su defecto, disminuir su monto*. Observamos entonces que el caso Santa Lucía SCA no encaja en la figura de elusión fiscal puesto que la ley 14.060 era clara al respecto e incentivaba a los contribuyentes a la creación de sociedades de capital. El objetivo era incrementar la recaudación de un tributo específico en sustitución de otro mucho más complejo y contingente en su efectiva recaudación.

IV.

La ausencia de *affectio societatis* como elemento del contrato de sociedad.

Tal como lo hemos expresado en otro trabajo, negamos a la *affectio societatis* el carácter de elemento esencial del contrato de sociedad. Para nosotros aquel no es más que una manifestación específica de la buena fe que concierne al estado de socio.

Para la doctrina autoral la fórmula de la *affectio societatis* de ULPiano tiende a sintetizar en dos palabras la voluntad común de asociarse; la intención de colaborar en forma activa en la empresa común; el ánimo de concurrir al alea propio del negocio. Como bien lo señaló el profesor FARGOSI en su espléndida monografía¹ la doctrina que dio a la *affectio societatis* un contenido económico poniendo en relieve el aspecto <colaboración> prescindió de considerar otro aspecto: el relativo al juego de los intereses personales de los socios con relación al objeto de la sociedad.

Según este autor la condición de socio lleva incorporada la necesidad de posponer los intereses personales y egoístas al interés social. El socio adquiere por su incorporación a la sociedad una determinada condición que le impone un hacer o un no hacer y la necesidad de posponer su interés personal al interés social; es decir adoptar una conducta dirigida a hacer posible en todo momento el cumplimiento del objeto.

Considerada la *affectio societatis* como fórmula de interpretación de la conducta esperada del socio o de quien asume la posición o estado de socio, se observa en la sociedad Santa Lucía SA la más absoluta carencia de esta fórmula donde los llamados "socios" no contribuyen a una empresa común, no expresan en los hechos la voluntad de asociarse con miras a una actividad común, ni tienen una actitud colaborativa. En síntesis, a la luz de esta fórmula el contrato plurilateral de organización no es otra cosa que una fachada carente de todo elemento asociativo o contenido económico.

V.

Santa Lucía SCA: mi *alter ego*.

No es difícil concluir que Santa Lucía SCA era el otro yo considerando la unidad o confusión de intereses entre el ente legal y sus accionistas.

El desprecio por las formalidades societarias y, peor aún, por la propia sociedad como negocio jurídico destinado a la explotación de bienes y servicios con miras a participar de las ganancias y soportar las pérdidas (art. 1 LSC) nos lleva a la siguiente conclusión: Santa Lucía SCA era el *alter ego* de los socios.

¹ Vid., el autor "*La affectio societatis*". Ed., Librería Jurídica. Bs. As.

Santa Lucía SCA se constituyó con el único fin de ahorrar un impuesto. Dada esta específica finalidad los socios desatendieron todas las formalidades legales exigidas para el correcto funcionamiento de una entidad legal, y quizás lo más grave, derivaron los flujos generados por los activos sociales hacia la cuenta personal de uno de los socios (la esposa).

Dentro del exclusivo marco de la teoría de la responsabilidad civil por daños la doctrina autoral norteamericana y la doctrina jurisprudencial del país del norte han desarrollado la tesis del *Alter Ego* pudiendo los jueces extender responsabilidad a los socios cuando, según cada caso, se den ciertos supuestos objetivos para imputar responsabilidad a los socios por el uso abusivo del contrato social.

La doctrina del *Alter Ego* no escapa a nuestro artículo 54 de la LSC. Sin embargo resulta interesante tomar nota de las pautas utilizadas por los tribunales norteamericanos para pasar el test del *Alter Ego*. Insistimos con esto: el *test* sólo se aplica a los casos judiciales donde se busca extender responsabilidad civil a los socios controlantes.

De acuerdo con esta doctrina, el fenómeno del *Alter Ego* se da cuando entre los socios y la sociedad existe una unidad de negocios o intereses tal (*Unit Of Interest*) que la separación de ambos sujetos es sólo formal y no existe dicha separación en la realidad. Esa unidad de intereses quedaría configurada por un catálogo de conductas entre las que se destacan (i) el desprecio por las formalidades legales, (ii) la ausencia de actas de directorio o asamblea y, (iii) el uso indebido de los activos social en interés propio².

²) Some of the factors courts consider in determining whether the alter ego doctrine applies include: 1) Failure to hold meetings, 2) Commingling corporate with personal funds, 3) Using corporate accounts for personal loans or other personal purposes, 3) Negotiating loans or leases between the corporation and a principle other than at an arm's length basis, 4) Using corporate assets continually for personal use, 5) Failing to carry reasonable insurance on the corporation having due regard to the risks inherent in the corporation's business, 6) Failing to set up a review mechanism as to decisions

Sabemos que en el caso Santa Lucía no está en juego la responsabilidad de los socios porque no estamos ante un caso de daños sino que se está discutiendo materia sucesoria y familiar. No obstante, resulta ilustrativo advertir que siendo Santa Lucía SCA una sociedad absolutamente ficticia (no se llevaban libros societarios, se constituyó al solo efecto de eludir un impuesto y la renta de los activos eran derivados a la cuenta personal de sus socios), el tribunal le respetó su personalidad.

VI.

Santa Lucía SCA: ¿sociedad nula o inoponible?

El juez *a quo* entendió que la constitución de Santa Lucía SCA como vehículo para la defraudación fiscal y la elusión de derechos sucesorios deriva en la nulidad del acto jurídico; o sea, en la nulidad absoluta del contrato social. Llega a esa conclusión invocando los artículos 953, 956, 959 y 1044 del Código Civil.

Si bien la sala D rechazó el argumento del fraude fiscal aceptando la licitud en la constitución de una sociedad con miras a obtener los beneficios del régimen de la ley 14.060, consideró que la ausencia de elementos esenciales y propios del contrato social (*org.*, la *affectio societatis*) impiden aplicar el régimen.

Dicho esto se nos genera la siguiente duda: ¿nulidad o inoponibilidad?

VII.

¿Intervención con desplazamiento de autoridades?

so that all aspects of a proposed course of action will be considered, 7) Using the corporation or manipulating its assets for illegal transactions. The alter-ego doctrine is usually applied "where there are only a few shareholders and they have not respected their corporation's separate identity." When evaluating alter-ego liability, courts do not make a distinction between forms of corporations. Did the individuals divert assets from a corporation by or to a stockholder?, Did the individuals fail to maintain minutes or adequate corporate records? *In re Associated Vendor, Inc v. Oakland Packing Co., Automotriz del Golfo de California v. Resnik., Las Palmas Associates v. Las Palmas Center Associates., First Western Bank & Trust Co v. Bookasta.*

La alzada confirmó la cautelar ordenando la intervención con desplazamiento de los integrantes del directorio de Santa Lucía SCA.

La ausencia de elementos esenciales del contrato social y probado que estamos ante una mera fachada jurídica (*sic*) cabe analizar si correspondía dictar la cautelar (en cuyo caso aceptamos la personalidad jurídica del ente) o, correspondía dictar la nulidad del contrato social por vicios congénitos en los elementos esenciales del contrato (*urg.*, causa, objeto, consentimiento).

En este aspecto la sentencia de primera instancia luciría ciertamente contradictoria puesto que invocando por un lado la nulidad absoluta del acto societario, por otro, ordena la cautelar sobre el órgano de administración de Santa Lucía SCA reconociendo personalidad jurídica al ente nulo. En cambio, la alzada sin entrar en este análisis hecha mano al argumento de la ausencia en los elementos esenciales del negocio y que, derivarían también en la nulidad del contrato social.

¿Estamos ante un supuesto de nulidad absoluta?

Nos hacemos esta pregunta porque si consideramos que la nulidad no es absoluta el juez no puede decretarla al no ser solicitada por las partes. En cambio si consideramos que el vicio en los elementos esenciales del contrato hace a la nulidad absoluta, el tribunal está perfectamente habilitado a decretar dicha sanción obviando de esa manera la cautelar.

Si recurrimos a los antecedentes de la doctrina judicial del socio de cómodo desarrollada por la Inspección General de Justicia y avalada por alguna sentencia del foro, observamos que en estos antecedentes, en particular el caso Fracchia Raymod, la falta de *affectio societatis* por ausencia de la pluralidad sustancial (presuntamente) exigida por el artículo 1º de la LSC nos conduce a la nulidad absoluta del contrato por simulación fraudulenta³.

³ El lector que desee profundizar sobre nuestra opinión respecto de la doctrina del socio de cómodo puede consultar nuestro trabajo “*El empresario*

Está claro que en el caso que estamos anotando no se debate la existencia de sociedad por inexistencia de pluralidad sustancial como así tampoco su inexistencia por falta de elementos esenciales al contrato. Tampoco se ha debatido su nulidad puesto que estamos dentro del reducido marco cognoscitivo de una cautelar. Haciéndonos cargo de esta particular circunstancia vale la pena ahondar el debate sobre nulidad o inoponibilidad de una sociedad que es una real fachada carente de todo contenido material jurídico o económico.

Tomando los argumentos de la sala D, si la ausencia de *affectio societatis* implica la ausencia de un elemento esencial corresponde entonces declarar la nulidad de la sociedad en virtud de lo ordenado por el artículo 17 LSC que expresamente dice: *La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial.*

Ergo, la omisión de un requisito esencial como sería la *affectio societatis* deriva en nulidad del contrato social.

Si aceptamos que la ausencia de afecto social implica la nulidad de la sociedad, no se comprende como el tribunal *ad quem* reconoció personalidad jurídica a un ente absolutamente ficticio y carente de toda causa negocial.

VIII.

Sociedad de cómodo nula: ¿sociedad ficticia válida?

Existen elementos convincentes de que Santa Lucía SCA era un *Alter Ego* de la socia integrante de la sociedad conyugal. Aquella fue constituida al solo efecto de generar eficiencias de costes tributarios en beneficio exclusivo de sus socios y herederos y sin el más mínimo elemento asociativo; en particular, asumir el riesgo de empresa. El desvío de las rentas de los inmuebles propiedad de Santa Lucía SCA a la cuenta particular del propietario originario no es más que una confirmación de que Santa Lucía SCA era una máscara.

A pesar de esta evidencia incontestable la alzada le ha reconocido personalidad al ente y representación al órgano de administración. Lo cierto es que este órgano nada administraba y a

individual y la estructura jurídica societaria”. Working Paper CEDEF law & finance 2007.

nadie representaba. Todo es ficción en Santa Lucía SCA.

resolver en el ámbito de la inoponibilidad y nulidad societaria.

Nos preocupa que los tribunales del foro adhieran a la tesis del fraude y la simulación absoluta cuando se debate algo tan bizantino como es la (presunta) pluralidad sustancial del contrato social, y miren para otro lado cuando la pluralidad es inexistente por ausencia de contrato. La falta de contrato resulta de la ausencia de causa.

Es evidente que Santa Lucía SCA encaja en el artículo 956 del Código Civil pues nada tiene de real. Su constitución es absolutamente falsa y ficticia a tal punto que ha sido olvidada, despreciada y dejada a un costado por los cónyuges que otrora la formaron en exclusivo interés personal.

Aún así el tribunal la consideró oponible a los terceros como ente válido ordenando paradójicamente intervenir el órgano de administración de un ente falso y nulo.

IX. Reflexión final.

La doctrina del *Alter Ego* se ha desarrollado al abrigo de la teoría del *Disregard*, o sea, dentro de nuestro artículo 54 LSC donde el contrato social es válido pero inoponible respecto de los terceros perjudicados.

En el caso Santa Lucía SCA se debatieron cuestiones societarias, sucesorias y fiscales donde los terceros perjudicados instaron su intervención social sin siquiera cuestionar su validez, licitud o existencia; al menos esa es nuestra impresión preliminar.

Los contratos no pueden perjudicar a terceros (art. 1195 del C. Civil) allí finca la teoría del *Disregard* y lo cierto es que Santa Lucía SCA poseía bienes aportados por sus socios que no estaban destinados a la explotación de una hacienda común, sino a la explotación comercial de bienes propios con el único fin de eludir cierto tributo; pero que indirectamente esa estructura legal tocaba derechos familiares y sucesorios. Entonces el nudo debe desatarse.

El caso es tortuoso e interesante puesto que pone en evidencia una cuestión difícil de