

LA RESPONSABILIDAD DEL DOMINANTE POR LAS OBLIGACIONES DE UN SUJETO DOMINADO EN EL DERECHO CONCURSAL ANGLONORTEAMERICANO

Héctor José Miguens

Especialista en Sindicaturas Concursales. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor en el Master de Asesoramiento Jurídico de Empresas de la Universidad Austral de Rosario (Argentina)

RESUMEN:

Una cuestión que atribula a los juristas en el derecho comparado es la responsabilidad de la sociedad dominante por las obligaciones de la sociedad dominada en situación de quiebra. Desde hace unos treinta años la doctrina y los tribunales aceptan o rechazan tales demandas de los acreedores y de los síndicos concursales.

En este estudio el autor aborda las causas de tales temperamentos positivos o negativos en el derechos de los Estados Unidos desde una óptica del derecho comparado. Sobre el tema existen dos líneas de pensamiento antagónicas: la del “*Entity Law*”, o derecho entitativo, propio del tradicional derecho de sociedades aisladas, que suele rechazar esas demandas afirmando el carácter separado de las entidades corporativas en juego. La otra línea es la del llamado “*Enterprise Law*” o derecho empresarial propio de los grupos de sociedades, que considera en su conjunto los dos elementos que lo integran: una relación de control o dominación y una política empresarial unificada, en los campos propios del sector empresarial: política general, finanzas, factor humano, control, contabilidad, producción y márketing.

Desde el derecho norteamericano analizado se observa una tendencia hacia el nuevo derecho empresarial de los grupos de sociedades. Los ámbitos jurídicos en los que especialmente se observa esta tendencia son: la subordinación de créditos intragrupo, la consolidación material de activos y pasivos y, en menor medida, la responsabilidad. Para el autor estas soluciones son mejores y más adecuadas que la de la extensión de quiebra y la doctrina del levantamiento del velo societario, para el caso de los grupos de sociedades. Países como Estados Unidos (donde existen unas 500 sentencias sobre el tema) van por delante de otros países del sistema continental europeo, que pueden servir de modelo para futuras reformas legislativas.

Palabras clave: Grupos de sociedades; Quiebra; Sociedades subordinadas; Responsabilidad de la dominante; Derecho norteamericano.

ABSTRACT:

An issue that has troubled banking lawyers is the liability of parent companies in respect of insolvent subsidiaries. In more and more cases, the subsidiaries are part of a

corporate grouping. Indeed, in recent years, there has been a change in the structure and conduct of large business corporations which brings into question the validity of those legal concepts derived from a world of much smaller and more simply organized corporate structures that are not members of a corporate group. In this article the author considers the American law in respect of the liability of the parent company on the insolvency of its subsidiary. There is a clash in legal doctrine between “Entity Law”, which for almost all purposes treats each corporation as a separate legal entity with its own legal responsibilities, and “Enterprise Law”, which recognizes that companies in a modern commercial environment are nowadays a constituent part of a corporate group conducting an integrated enterprise. The approach of the American courts is to act as courts of equity in bankruptcy with the overriding objective of achieving equality of distribution and fairness for creditors. US case law is examined where it is seen that, increasingly, “Enterprise Law” has been applied to transactions involving “insiders” and “Entity Law” has been abandoned in order to achieve the goals of equality of distribution and fairness to creditors. Liability of a parent for obligations of an insolvent subsidiary strikes directly at limited liability. It is argued, on the basis of an examination of US case law and statutes, that equitable subordination and liability issues provide appropriate legal responses for the application of “Enterprise Law”, as distinct from the extension of the bankruptcy state or procedures from one company to another, within a corporate group. The doctrine of piercing the corporate veil is an acceptable solution, but “Enterprise Law” has broader avenues for better solutions for the debts of insolvent companies pertaining to a group.

Key words: Corporate groups; Bankruptcy; Subsidiaries; Liability; Dominant corporation.

La responsabilidad del dominante por las obligaciones de un sujeto dominado en el derecho concursal angloamericano

INTRODUCCIÓN

La ficción corporativa o societaria, la doctrina de que la sociedad representa una entidad distinta separada de sus accionistas propietarios de sus derechos y obligaciones es la verdadera fundamentación de la doctrina de la responsabilidad limitada. En el derecho norteamericano suele ocurrir el *levantamiento del velo societario* de la entidad para alcanzar las finalidades propias de un estatuto legal aplicable o una regla de origen judicial cuando existe una imposición de obligaciones sustanciales o cuando el primordial principio de la responsabilidad limitada está implicado¹.

Cuando la cuestión es dejar sin efecto la estructura entitativa para imponer responsabilidades contractuales o extracontractuales sobre el accionista, la resistencia judicial se alza en su máximo grado, como puede esperarse². Cuando una subsidiaria se encuentra en estado de cesación de pagos ¿con base en qué criterios podrá el tribunal imponer responsabilidades a su entidad o sociedad dominante por las obligaciones de la quebrada?

Cuando se trata de un tribunal que aplica *principios de equidad* ¿se verá más inclinado a acoger la responsabilidad que otro tribunal que aplica principios distintos? Si la “*fairness*” es el principio directivo o director de un tribunal concursal ¿proporciona éste una mayor disposición al tribunal para omitir o anular las barreras de la entidad corporativa a fin de imponer responsabilidades sobre compañías afiliadas en los casos apropiados? Ésa es la opinión de la doctrina, al parecer³.

¿Pero qué ocurre si el tribunal pertenece a otro sistema jurídico como el derecho continental europeo? La jurisprudencia alemana, por ejemplo, es muy restrictiva a la aplicación de la doctrina del *levantamiento del velo societario*, quizás porque sus jueces no gustan de las instituciones deletéreas, aunque queden fascinados por ellas.

En este trabajo realizamos un estudio de los principales casos judiciales, que pueden servir de modelo total o parcial, de *lege ferenda*⁴.

1 Phillip I. Blumberg. *The Law of Corporate groups. Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, including the Law of Corporate Guaranties*. Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1985, pág. 589-590.

2 Ver, para el caso de la responsabilidad de los directores o administradores de sociedades, Bishop., *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New Trends in Indemnification of Corporate Directors and Officers*, en 77 *Yale Law Journal*, (1968), 1101, 1107, quien afirma su escepticismo respecto de que los directores de una empresa o sociedad industrial corran algún riesgo importante de responsabilidad por una negligencia ordinaria.

3 Cfr. Landers, Jonathan. A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, en 42 *University of Chicago Law Review*, 589, 604 (1975); Note. Creditors' Rights Upon Insolvency of a Parent Corporation or Its Instrumentality, en 46 *Harvard Law Review*, 823 (1933).

4 Debe tenerse en cuenta que los tribunales concursales norteamericanos, además de ser federales, son tribunales de *Equity Law*, por contraposición al *Common Law*, en virtud del cual los jueces tienen el máximo poder imaginable para crear derecho, en el derecho angloamericano. Por ello el concepto de “*fairness*” cobra especial relevancia como criterio para imponer dicha responsabilidad. Cfr. *Idem*. pág. 590. También puede consultarse sobre el punto Landers, Jonathan. A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy, 42 *University of Chicago Law Review*, 589, especialmente 606-628 (1975) y Note. Creditors' rights upon insolvency of a parent corporation or its instrumentality, 46 *Harvard Law Review*, 833 (1933).

I. CASOS IMPONIENDO LA RESPONSABILIDAD.

La doctrina norteamericana ha puesto de relieve la escasez sorprendente de fuentes concursales imponiendo responsabilidades sobre la sociedad dominante o madre respecto de las obligaciones de la sociedad dependiente o subsidiaria insolvente o concursada. Sin embargo, un repaso a los casos -no todos concursales- revela al menos veinticuatro⁵ de ellos en los que ha sido declarada la mencionada responsabilidad, la mayoría de los cuales se basó en la doctrina del *levantamiento del velo societario*⁶.

El *leading case* es *Federal Deposit Insurance Corp. v. Sea Pines Co.*, decidido en 1982 por la Corte de Apelaciones del Cuarto Distrito. El tribunal sostuvo la responsabilidad de la sociedad madre, propietaria del noventa por ciento de las acciones de la sociedad subsidiaria o hija por la deuda bancaria de su subsidiaria insolvente, en virtud de haber la sociedad madre gravado con hipoteca el patrimonio de ésta para asegurar sus propias deudas⁷. Sin referirse a la *Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA)* (a pesar de que, aparentemente, era indudable que la hipoteca era una transacción fraudulenta), el tribunal se basó esencialmente sobre la conclusión de que los actos de la sociedad dominante eran fundamentalmente inequitativos o ilícitos (“*unfair*”). Invocó la doctrina de que, cuando una sociedad deviene insolvente, aquellos sujetos que la controlan tienen una *obligación fiduciaria* (“*fiduciary duty*”) y no deben desviar activos

5 *Consolidated Rock Prods. Co. v. Du Bois*, 312 U.S. 510, 523-524 (1941); *FDIC (Federal Deposit Insurance Corp.) v. Sea Pines Co.*, 692 F.2d 973 (4th Cir. 1982), *cert. denied*, 461 U.S. 928 (1983); *Baltimore & Ohio Tel. Co. v. Intersate Tel. Co.*, 54 F. 50 (4th Cir. 1893); *FDIC (Federal Deposit Insurance Corp.) v. Allen*, 584 F. Supp. 386 (E.D. Tenn. 1984); *Long v. Mc Glon*, 263 F. Supp. 96 (D.S.C. 1967); *Palmer v. Stokely*, 255 F. Supp. 674 (W.D. Okla. 1966); *Henderson v. Rounds & Porter Lumber Co.*, 99 F. Supp. 376 (W.D. Ark. 1951); *In re Ozark Restaurant Equip. Co.*, 41 Bankr. 476 (Bankr. W.D. Ark. 1984), *rev'd*, 61 Bankr. 750 (W.D. Ark. 1986), *aff'd*, 816 F.2d 1222 (8th Cir. 1986), *on demand*, 74 Bankr. 139 (Bankr. W.D. Ark. 1987); *In re D. H. Overmyer Telecasting Co.*, 23 Bankr. 823, 930 (Bankr. N.D. Ohio 1982); *In re Thpoon Industries, Inc.*, 6 Bankr. 886 (Bankr. E.D.N.Y. 1980); *Rounds & Porter Lumber Co. v. Burns*, 216 Ark. 288, 225 S.W. 2d 1 (1949); *In re Mass*, 178 Bankr. 626 (M.D. Pa. 1995); *Norfolk & W.R.R. v. Wasserstrom*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 12969 (E.D. Pa. 1991); *In re Hillsborough Holdings Corp.*, 144 Bankr. 920 (Bankr. M.D. Fla. 1992) (motion for summary judgment denied); *In re Farley, Inc.*, 1992 Bankr. LEXIS 1801 (Bankr. N.D. III, 1992) (motion for summary judgment denied); *In re Velis*, 123 Bankr. 497 (D.N.J. 1991); *FDIC v. Martinez Almodovar*, 671 F. Supp. 851 (D.P.R. 1987); *In re Plantation Realty Trust*, 232 Bankr. 279 (Bankr. D. Mass. 1999); *In re Major Funding Corp.*, 126 Bankr. 504 (Bankr. S.D. Tex. 1990); *In re Jarax Int'l, Inc.*, 122 Bankr. 793 (Bankr. S.D. Fla. 1990); *In re Haugen Constr. Serv., Inc.*, 104 Bankr. 1013 (Bankr. ND. 1989); *In re Charnock*, 97 Bankr. 619 (Bankr. M.D. Fla. 1989); *In re Landbank Equity Corp.*, 83 Bankr. 362 (E.D. Va. 1987); *In re BDW Assocs., Inc.*, 75 Bankr. 909 (Bankr. W.D. Pa. 1987) (sister controlled companies); *In re F & S Cent. Mfg. Corp.*, 70 Bankr. 569 (Bankr. E.D.N.Y. 1987); *In re B & L Laboratories, Inc.*, 68 Bankr. 264 (M.D. Tenn. 1986); *In re Botten*, 54 Bankr. 707 (Bankr. W.D. Wis. 1985); *In re Jones*, 50 Bankr. 911 (Bankr. N.D. Tex. 1985); *In re Telemark Management Co.*, 47 Bankr. 1013 (W.D. Wis. 1985); *In re Tennessee Pools & Recreation, Inc.*, 36 Bankr. 602 (Bankr. M.D. Tenn. 1983); *Ayr Composition, Inc. v. Rosenberg*, 261 N.J. Super 495, 619 A.2d 592 (App. Div. 1993). See *In re Keene Corp.*, 164 Bankr. 844 (Bankr. S.D.N.Y. 1994). Cf. *In re Mission of Care, Inc.*, 164 Bankr. 877 (Bankr. D. Del. 1994); *In re Haugen*, 998 F.2d 1442 (8th Cir. 1993); *Kimberly Coal Co. v. Douglas*, 45 F.2d 25, 27 (6th Cir. 1930); *First Huntington Nat'l Bank v. Guyan Mach. Co.*, 121 W. Va. 589, 5 S.E. 2d 532 (1939).

In re Long, 35 Bankr. 949 (Bankr. S.D. Ohio 1983); *In re Harron*, 31 Bankr. 466 (Bankr. D. Conn. 1983); *In re Wade*, 26 Bankr. 477 (Bankr. N.D. III 1983); *In re Alport*, 144 F.3d 1163 (8th Cir. 1998); *In re Haakenson*, 159 Bankr. 875 (Bankr. D.N.D. 1993); *In re Fitzgerald, De Arman & Roberts, Inc.*, 129 Bankr. 652 (Bankr. N.D. Okla. 1991); *Fentress v. Triple Mining, Inc.* 261 III. App. 930, 635 N.E. 2d 102 (1994). But cf. *In re Criswell*, 52 Bankr. 184 (Bankr. E.D. Va. 1985); *In re Emeral Oil Co.* 61 Bankr. 656, 660 (Bankr. W.D. La. 1984); *In re Hillsborough Holdings Corp.*, 144 Bankr. 920 (Bankr. M.D. Fla. 1992); *In re Hillsborough Holdings Corp.*, 150 Bankr. 817 (Bankr. M.D. Fla. 1993) (motion for additional discovery); *In re Hillsborough Holdings Corp.*, 166 Bankr. 461 (Bankr. M.D. Fla. 1994 and *Id.* 176 Bankr. 223 (M.D. Fla. 1994).

6 Cfr. Blumberg. *Problems in the Bankruptcy...*, p. 591, jurisprudencia citada en la n. 2 de esa obra.

7 *Federal Deposit Insurance Corp v. Sea Pines Co.*, 692 F. 2d 973 (4th Cir. 1982).

societarios en su propio beneficio en detrimento de los acreedores. Por otra parte e indirectamente hizo suyo el criterio del tribunal inferior en grado de apelación, que fundó la responsabilidad en una administración intrusiva de la dominante y en la inadecuada capitalización de la subordinada, según el cual era aplicable, por otra parte, la doctrina del *levantamiento del velo societario*⁸.

Noventa años antes, en 1893, el mismo tribunal alcanzó un resultado análogo en el caso *Baltimore & Ohio Tel. Co. v. Interstate Tel. Co.*⁹. Un acreedor insatisfecho y vencido en juicio contra la subsidiaria fue exitoso en la acción de responsabilidad contra la dominante. El tribunal se basó en parte en la “*completa identidad de actuación*” entre ambas sociedades, con todas las transacciones de la dominada bajo la dirección de la dominante. También se fundó en la doctrina de la “*trust fund*” (financiación obligada por vínculos fiduciarios entre madre e hija), señalando la distribución de todos los activos de la subsidiaria.

El caso *Ozark Restaurant Equipment Co.*¹⁰ trataba de subsidiarias de propiedad total de la sociedad dominante. Luego de evadirse pagos con preferencias a un banco dentro del año de la petición de quiebra, y de otorgados préstamos garantizados por otros miembros distintos del grupo de sociedades, el tribunal concursal halló responsables personalmente a los “*insiders*”¹¹ (otros miembros del grupo pertenecientes al accionista de control) por las deudas de la compañía concursada insolvente. El deudor sufrió una gran infracapitalización con un capital de mil dólares y una deuda de ciento nueve mil. Estaba en situación de insolvencia desde el principio de su actividad empresarial. Las transacciones intragrupo fueron manipuladas en detrimento del deudor concursado mediante ventas internas al grupo a bajo precio o sin intereses. No siempre fueron respetadas las formalidades societarias. El tribunal basó su sentencia en las *obligaciones fiduciarias* de los “*insiders*”¹² respecto de los acreedores concursales y caracterizó al deudor y a las afiliadas como “*meros instrumentos*” de los accionistas controlantes.

En el caso *D. H. Overmyer Telecasting Co.*,¹³ un tribunal concursal impuso la responsabilidad de la empresa a un accionista controlante y a sociedades afiliadas a un grupo de sociedades por todas las deudas de las afiliadas. El control era de tal entidad

8 Ídem, p. 975.

9 *Baltimore & Ohio Tel. Co. v. Interstate Tel. Co.*, 54 F. 50 (4th Cir. 1893).

10 *Ozark Restaurant Equipment Co.*, 41 Bankr. 476 (Bankr. W.D. Ark. 1984).

11 La noción de ‘*insider*’ de una sociedad insolvente provista por el derecho Procesal norteamericano de quiebras incluye entre otros “*cualquier persona inherente al control*” de tal sociedad o de una “*afiliada*” (USC of 1982 § 101 (25) (c) (iii), (E)). Esta norma define a la afiliada como “*toda entidad que directa o indirectamente tiene la propiedad, controla o tiene el poder de gobierno derivado del derecho de voto del veinticinco por ciento o más de los principales títulos con derecho a voto del deudor*” (USC § 101 (2)). Ver al respecto, Note. The Term Insider Within the Section 547 (b) (4) (B) of the Bankruptcy Code, ps. 726 y ss. En los casos *Diamond v. Oreamuno* (publicado en 24 N. Y. 2d 494, 498, 248 N E 2d 910, (1969)) y *Brophy v. Cities Service Co.*, (publicado en 31 Del. Ch. 241, 70 A. 2d 5 (1949) se impuso la responsabilidad sobre el *insider* por haber hecho ganancias en su provecho provenientes del uso de la información societaria de que disponía en virtud de su cargo, con independencia de la ausencia de todo daño real a la sociedad. Indudablemente estos casos tienen un notable afán moralizador de las relaciones intra e intersocietarias, que ha sido recogido por diversos estatutos societarios estatales en vigor. Pensamos que podría definirse al “*insider*” como aquél sujeto que tiene el poder, en potencia o en acto de *determinar la política empresarial unificada* dentro de un grupo de sociedades y, que, como tal, tiene una posición privilegiada en cuanto a gobierno, administración, documentación e información sobre el grupo, respecto de los “*outsiders*”, que serían los sujetos que lógicamente constituyen su término *contradictorio*, es decir, totalmente opuesto a tal posición.

12 Sobre el concepto de *insider* y de *outsider* ver nuestro trabajo *Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades*. Depalma. Buenos Aires. 1998, pág. 193, nota 429 y pág. 333, nota 741, respectivamente.

13 *D.H. Overmyer Telecasting Co.*, 23 Bankr. 823, 930 (Bankr. N. D. Ohio 1982).

que el tribunal afirmó la existencia de una “*unidad de interés*”, haciendo inequitativo el trato dispensado a las partes, en cuanto entidades separadas. El tribunal no consideró necesario referirse a la doctrina del *levantamiento del velo societario*.

Otras decisiones llegaron al mismo resultado basándose enteramente en la jurisprudencia sobre el *levantamiento del velo societario*. Así, en el caso *Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois*,¹⁴ en el que se discutía la “*fairness*” de un plan de *Reorganization* (procedimiento análogo en parte a la suspensión de pagos) de acuerdo a la sección 77 B, de la *Bankruptcy Act*, la Corte Suprema impuso la responsabilidad a la dominante en *Reorganization* por las deudas de la subsidiaria también concursada. Se fundó en la doctrina del *levantamiento del velo societario* e hizo mérito de la falta de meticulosidad respecto del cumplimiento de las formalidades societarias; de la mezcla de activos y operaciones y de la asunción por la dominante de todas las funciones de administración y gobierno de numerosos miembros del grupo, resultando de la conducta empresarial una “*única operación unificada*”.

En el caso *Long v. Mc. Glon*¹⁵ el tribunal denegó una apelación contra la exitosa acción de responsabilidad entablada por el síndico de una sociedad quebrada en virtud de la cual se dispuso acoger la responsabilidad personal de los dos accionistas controlantes, a la sazón directores de la sociedad dominante. Se fundó para ello en la mezcla de activos, con fondos depositados en las cuentas personales de los accionistas y deudas societarias pagadas de sus cuentas personales. La relación de “*alter ego*” y la aplicación de tal doctrina como así también la omisión de las formas societarias fueron reconocidas expresamente.

En el caso *Palmer v. Stokely*¹⁶ el tribunal sostuvo que la cancelación del endeudamiento intersocietario de una “*sociedad “hermana”*” que también era subsidiaria del deudor controlante fue declarada como “*trasferencia fraudulenta*” del deudor bajo la sección 67 d (2) de la *Bankruptcy Act*. El tribunal se basó en la “*regla de la instrumentalidad*” del caso *Fish v. East*¹⁷ para encontrar a los accionistas controlantes como “*alter egos*” de la subsidiaria y responsables de la mencionada cancelación indebida del endeudamiento.

Análogamente, en el caso *Federal Deposit Insurance Corp. v. Allen*¹⁸ el tribunal encontró como fraudulentas una serie de transacciones e impuso la responsabilidad personal al accionista controlante aplicando la jurisprudencia sobre el *levantamiento del velo societario*.

En el caso *Henderson v. Rounds & Porter Lumber Co.*,¹⁹ el tribunal impuso la responsabilidad al accionista controlante por las deudas de la subsidiaria concursada por haber manipulado los asuntos de ella en provecho propio. El interés de los accionistas no estaba en la maximización de los beneficios del grupo sino en su utilización como una fuente de aprovisionamiento a precio más bajo que el del mercado. La quebrada fue forzada a vender explotaciones forestales y de fabricación de pisos a los accionistas a precio por debajo del costo. En estas circunstancias, el tribunal concluyó que la regla general respecto de la entidad corporativa no era aplicable. En la familiar retórica propia de la doctrina del *levantamiento del velo societario* consideró a la sociedad como mera agencia o departamento

14 *Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois*, 312 U.S. 510, 519-524 (1941).

15 *Long v. Mc. Glon*, 263 F. Sup. 96, 98 (D.S.C. 1967).

16 *Palmer v. Stokely*, 255 F. Sup. 674, 679-682 (W.D. Okla. 1966).

17 *Fish v. East*, 114 F.2d 177 (10th Cir. 1940).

18 *Federal Deposit Insurance Corp. v. Allen*, 584 F. Sup. 386 (E.D. Tenn. 1984).

19 *Henderson v. Rounds & Porter Lumber Co.*, 99 F. Sup. 376, 378, 381 (W. D. Ark. 1951).

para el mejoramiento de los propios intereses de la dominante. En una acción anterior promovida por otro de los acreedores la Corte Suprema de Arkansas también impuso la responsabilidad a la dominante por una explotación forestal vendida a la subsidiaria.

En los dos casos *Rounds & Porter Lumber Co.* sobre *Reorganization* concursal, la dominante emergió como el único acreedor privilegiado mediante una hipoteca otorgada sobre el activo inmovilizado fijo de la subsidiaria y el arreglo propuesto hubiera dejado créditos impagados entre el quince y veinte por ciento²⁰.

Finalmente, en el caso *Typhoon Industries Inc.*²¹ un tribunal concursal impuso la responsabilidad a una afiliada por las deudas impositivas de sus tres sociedades “*hermanas*” (es decir, también subsidiarias o dependientes como ella) que fueron disueltas. Las sociedades habían funcionado como una *sola unidad* bajo la administración común de un solo accionista y compartían la misma oficina y teléfono. El deudor pagó los gastos más importantes y aprobó todos los contratos por sus afiliadas, depositó el producto de las ventas en su propia cuenta corriente bancaria, se apropió de los excedentes en efectivo y describía a las filiales en el encabezado de su correspondencia comercial como sus propias divisiones. El tribunal concluyó que las afiliadas eran “*meros instrumentos y alter ego*” de la dominante y que hubiera sido inequitativo permitir al deudor escapar a la responsabilidad por las deudas fiscales.

A modo de recapitulación diremos que:

- a) En cinco de estos casos el síndico del concurso inició la acción en beneficio de los acreedores concursales. El fundamento para la condena fue la tradicional aplicación de la doctrina sobre el *levantamiento del velo societario*, sin mediar referencias a consideraciones concursales *equitativas* que incentivaran al tribunal a pasar por encima de las formalidades societarias de separación de las entidades. Ello salvo en el caso *Sea Pines*, que se basó en la doctrina concursal sobre convenciones fraudulentas, declarando “*fundamental unfairness*” (una *injusticia radical*) respecto de un acreedor de un accionista controlante que se apropió de los activos de la subsidiaria *luego* de que la subsidiaria deviniera insolvente.
- b) Sin perjuicio de los casos gobernados por los principios (estatales o concursales) sobre *convenciones fraudulentas* o *trasferencias o preferencias nulas*, la insolvencia o estado concursal no introduce una consideración especial respecto de la imposición de responsabilidades a la dominante. Por otra parte, la subordinación equitativa de los créditos de algunos acreedores respecto de otros es más apropiada para la aplicación del nuevo o *moderno derecho empresarial de los grupos de sociedades en crisis* que la imposición directa de responsabilidad y, si bien no constituye una forma de responsabilidad, el resultado es a la postre el mismo²².
- c) La jurisprudencia sobre el *levantamiento del velo societario* es la tradicional válvula de seguridad del tradicional derecho societario bajo el cual, en casos “*excepcionales*” la responsabilidad puede ser impuesta a la dominante por las deudas de su subsidiaria.

²⁰ Cfr. *Rounds & Porter Lumber Co. v. Burns*, 216 Ark. 288, 225 S.W. 2d 1 (1949) y para el segundo: *Idem*, 216 Ark. 292-293, 225 S. W. 2d 4.

²¹ *Typhoon Industries Inc.*, 6 Bankr. 886 (Bankr. E.D.N.Y. 1980).

²² No tratamos aquí el instituto de la *Equitable Subordination* del derecho estadounidense. Una referencia puede verse en Blumberg. *Problems in the Bankruptcy...*, ps. 129 a 243 y nuestro trabajo titulado “La subordinación equitativa de las demandas intersocietarias dentro de un grupo de sociedades en el derecho concursal norteamericano”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1996, ps. 325-396.

- d) La obligación fiduciaria del accionista controlante hacia los acreedores surgidos de una insolvencia de la subsidiaria, propia del *Common Law*, no dimanante del derecho concursal, es el fundamento de estas sentencias.

II. CASOS DENEGATORIOS DE LA RESPONSABILIDAD.

En contraste con las decisiones precedentes imponiendo responsabilidad a la dominante de una subsidiaria insolvente, los síndicos del concurso y acreedores de ésta han sido perdidosos en la inmensa mayoría de los casos en su esfuerzo por lograrla²³. Estas decisiones han analizado la cuestión mediante la referencia a la jurisprudencia del *levantamiento del velo societario* y haciendo un previo juicio sobre la “*excepcionalidad*” del caso que justificara la imposición del remedio. Esto ha sido considerado como una cuestión de hecho que no puede ser introducida en el momento de la apelación, a menos que la sentencia haya incurrido en un claro error *in iudicando*.

23 Cfr. Blumberg. *Problems in the Bankruptcy...*, ps. 597-598, jurisprudencia citada en las n. 1 y 2 a modo de ejemplo. Ver, entre otros los siguientes: *In re Kreisler Group, Inc.*, 648 F.2d 86 (2d Cir. 1981) (*per curiam*); *In re County Green Ltd. Partnership*, 604 F.2d 289 (4th Cir. 1979) (*per curiam*); *In re Bowen Transports, Inc.*, 551 F.2d 171 (7th Cir. 1977); *Duryee v. Erie R.R.* 175 F.2d 58 (6th Cir.), *cert. denied*, 338 U.S. 861 (1949); *Beckley v. Erie R.R.* 175 F.2d 64 (6th Cir. 1949) (*per curiam*); *Madden v. Mac Sim Bar Paper Co.* 103 F.2d 232 (9th Cir. 1930); *Haskell v. McClintic-Marshall Co.*, 289 F. 405 (9th Cir. 1923); *Martin v. Development Co. of Am.*, 240 F. 42 (9th Cir. 1917); *In re Green Valley Seeds, Inc.*, 27 Bankr. 34 (Bankr. D. Or. 1982); *In re Mathes*, 23 Bankr. 162 (Bankr. S.D. Tex. 1982); *In re Nova Real Estate Inv. Trust*, 23 Bankr. 62 (Bankr. E.D. Va. 1982); *In re Fulghum Constr. Corp.*, 14 Bankr. 293, 300 (M.D. Tenn. 1981, *aff'd & modified*, 706 F.2d 171 (7th Cir.), *cert. denied sub nom Rainier & Assocs. v. Waldschmidt*, 463 U.S. 935 (1983); *In re Twin Lakes Village, Inc.* 2 Bankr. 532 (Bankr. D. Nev. 1980); *Jersey Boulevard Corp. v. Lerner Stores Corp.*, 168 Md. 532, 178 A.707 (1935); *Marsch v. Sohthern New England R.R.*, 230 Mass. 483, 120 N.E. 120 (1918); *Bartle v. Home Owners Coop., Inc.*, 309 N.Y. 103, 127 N.E. 2d 832 (1955); *Pagel, Horton & Co. v. Harmon Paper Co.*, 236 A.D. 47, 258 N.Y.S. 168 (4th Dept. 1932); *Ohio Edison Co. v. Warner Coal Corp.*, 79 Ohio App. 437, 72 N.E. 2d 487 (1946). *Gibraltar Sav. v. Brinkman Corp.* 860 F.2d 1275 (5th Cir. 1988); Cf. *Butler v. Collins*, 14 Bankr. 546 (E.D. La. 1981); *In re Carroll*, 11 Bankr. 812 (Bankr. E.D. Va. 1981); *In re Hillsborough Holdings Corp.*, 176 Bankr. 223 (M.D. Fla. 1994); *Standard Dyeing & Finishig Co. v. Arma Textile Printers Corp.*, 757 F. Supp. 230 (S.D.N.Y. 1991); *In re Albion Disposal, Inc.*, 152 Bankr. 794 (Bankr. W.D.N.Y. 1993); *In re Parton*, 137 Bankr. 902 (Bankr. S.D. Ohio 1991); *In re Moserbeth Assocs. I, L.P.*, 128 Bankr. 716 (Bankr. E.D. Pa. 1991); *In re P.R. Hotel Corp.* 1990 Bankr. LEXIS 1701 (Bankr. P.R. 1990); *In re Woodstock Assocs. I, Inc.*, 120 Bankr. 436 (Bankr. N.D. III. 1990); *In re Moran*, 120 Bankr. 379 (Bankr. W.D. Va. 1990); *In re Denton*, 120 Bankr. 310 (Bankr. S.D. Tex 1990); *In re Murray*, 116 Bankr. 473, 476 (Bankr. E.D. Va. 1990); *In re P.R. Hotel Corp.*, 111 Bankr. 22 (Bankr. D.P.R. 1990); *In re McConnell*, 122 Bankr. 41 (Bankr. S.D. Tex. 1989); *In re Nielson*, 97 Bankr. 269 (Bankr. W.D.N.C. 1989); *In re Cycle-Rama, Inc.*, 91 Bankr. 647 (Bankr. D.N.H. 1988); *NLRB v. Goodman*, 90 Bankr. 56 (W.D.N.Y. 1988); *In re Simplified Information Sys., Inc.* 89 Bankr. 538 (W.D. Pa. 1988); *In re Lee*, 87 Bankr. 697 (Bankr. M.D. Fla. 1988); *In re Tesmetges*, 87 Bankr. 263 (Bankr. E.D.N.Y. 1988); *In re Brickell Inv. Corp.* 85 Bankr. 164 (Bankr. S.D. Fla. 1988); *In re Rosecrest Enterprises Inc.*, 80 Bankr. 354 (Bankr. W.D. Pa. 1987); *Ipswich Bituminous Concrete Prods., Inc.* 79 Bankr. 511, 520 (Bankr. D. Mass 1987); *In re Burgess Mining and Constr. Corp.*, 68 Bankr. 23 (Bankr. N.D. Ala. 1986); *In re Gordon Car & Truck Rental, Inc.*, 65 Bankr. 371, 376-77 (Bankr. N.D.N.Y. 1986); *In re American Cable Publications, Inc.*, 62 Bankr. 536, 539 (D. Colo. 1986); *In re Chism*, 57 Bankr. 23 (Bankr. M.D. Ala. 1985); *In re Alta Indus., Inc.* 53 Bankr. 567 (Bankr. W.D. Tex. 1985); *In re International Horizons, Inc.*, 51 Bankr. 547 (N.D. Ga. 1985); *In re Nash*, 49 Bankr. 234 (Bankr. D. Ariz. 1985); *In re Baker Fence Inc.*, 47 Bankr. 273 (Bankr. D. Mass. 1985); *Wolf v. Rainwater*, 247 Neb. 858, 530 N.W. 2d 890 (1995). Cfr. Blumberg Phillip I. / Jonathan Fowler, *The Law of Corporate Groups. Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law of Corporate Guaranties*, 2000 Supplement. Aspen Law & Business. New York. 2000, p. 385/387.

En el derecho inglés también suele rechazarse la imposición de la responsabilidad, lo que ha sido objeto de críticas por la doctrina. Cfr. Gower, L. C. B. *The Principles of Modern Company Law*. London. 4º ed. 1978. p. 120. Schmitthoff, Clive. *The Wholly Owned and the Controlled Subsidiary*, en *Journal of Business Law*, 1978, 218, 221; Whincup. “*Inequitable Incorporation*”. *The Abuse of a Privilege*, en 2 *Company Law*, 158, 158-160 (1981). El derecho inglés todavía suele basarse en la doctrina del fallo *Salomon v. Salomon*, célebre sentencia de la *House of the Lords*, en *Appeal Cases*, 1897, 22, recaída en un caso de insolvencia de una sociedad con un principal accionista de una sociedad de familia, cuya responsabilidad fue denegada.

Al mismo resultado se arribó en las acciones promovidas por acreedores que pretendieron imponer la responsabilidad de las deudas de la dominante quebrada sobre una subsidiaria o dependiente. Esto parece lógico cuando los acreedores han contratado y negociado sus créditos en la creencia y confianza en el crédito de otros componentes del grupo. En ausencia de tal elemento, los tribunales han preferido la aplicación del tradicional derecho societario o corporativo en vez del *nuevo o moderno derecho empresarial de los grupos de sociedades*.

Circunstancias tales como tener los mismos directores y gerentes, la misma propiedad accionaria y el mismo ejercicio del control para todas las sociedades no han sido suficientes para sostener el rechazo de los conceptos societarios de las entidades separadas o de la responsabilidad limitada dentro de un grupo²⁴. En cambio, las últimas sentencias tratan sobre cuestiones como la capitalización inadecuada; la observancia de las formalidades societarias; la separación de contabilidad, de cuentas bancarias y de reuniones sociales de los órganos de administración y gobierno; la intrusiva participación de la dominante en el gobierno de la subsidiaria; la extensión de la integración económica de la producción del grupo; la dependencia financiera de la subsidiaria del resto del grupo; el uso de marcas registradas, dibujos y diseños industriales y garantías del grupo por entidades integrantes de él; la presentación de la subordinada como parte integrante del grupo o como un negocio independiente al mismo; y la cuestión de si la subsidiaria y la dominante están involucradas en una conducta empresarial unificada en una única unidad empresarial de producción²⁵.

III. CONCLUSIONES ESENCIALES DE LA INVESTIGACIÓN.

Podemos formular las siguientes conclusiones de este estudio:

La extensión de quiebra dentro de un grupo de sociedades no existe en el derecho empresarial de los Estados Unidos, sin duda el más desarrollado del orbe. Por ello pensamos que es objetable el derecho continental europeo positivo de algún país, como la Argentina, Francia o Italia, cuando la establece. Ello, principalmente, debido a las *desproporcionadas consecuencias* que puede tener -incluso para los propios acreedores de ambas sociedades- esta extensión, a saber: quiebra sin estado de cesación de pagos; enorme cantidad de juicios; falta de economía procesal en todos los procesos colaterales; inflación de procesos concursales paralelos y sus incidencias; múltiples trámites concursales simultáneos y conexos; acciones revocatorias innecesarias o carentes de fundamento en el concurso por extensión; numerosos e interminables litigios; calificaciones de conducta basadas posiblemente en circunstancias meramente objetivas antes que en conductas censurables de los órganos sociales; dispendio de jurisdicción inútil; y, a la postre, el desmantelamiento antieconómico de todo un grupo de sociedades que forman una empresa de un sector de la producción o de los servicios o de ambos, con todas sus consecuencias socialmente inicuas e innecesarias.

Es necesario una elaboración general de reglas sobre transacciones fraudulentas dentro de un grupo de sociedades, como el que se viene aplicando en los Estados Unidos, para el derecho continental europeo.

La *completa identidad de actuación* debe ser enmarcada y sistematizada jurídicamente dentro de los conceptos generales de una política empresarial unificada, tomada de los principios de la microeconomía sobre el tema.

24 Cfr. Blumberg. *Problems in the Bankruptcy...*, p. 599, jurisprudencia citada en las n. 3 y 4.

25 *Ídem*, p. 600.

La *doctrina de la instrumentalidad* puede ser valiosa para resolver algunos casos de responsabilidad de la sociedad o sujeto controlante por las deudas de un sujeto controlado concursado, pero debe ser elaborada con sistematicidad, de acuerdo con los principios del derecho continental europeo, distinto del anglosajón, donde, al parecer, ha tenido su origen.

La doctrina del *levantamiento del velo societario* que ha fundado en ciertos casos la extensión de quiebra dentro de los grupos de sociedades, como un fundamento más acompañado por otros, constituye una solución acertada para resolver algunos poquísimos casos de abuso de dicha estructura empresarial multiarticulada. Pero pensamos que ella, en principio y por su origen anglosajón, es provisional, precaria, asistemática e inorgánica. Ha sido basada fundamentalmente en la equidad que caracteriza la naturaleza de los tribunales norteamericanos e ingleses, principalmente en la materia concursal, que no son en su origen tribunales de “*Common Law*” sino de “*Equity Law*”, en los cuales el juez tiene mayores facultades decisorias. Es aplicable a los grupos de sociedades sólo por una analogía extrema. Está esprovista de sólidos principios propios del derecho continental europeo. Carece de una sistematización de sus presupuestos y sobre todo de sus concretos efectos en cada supuesto. Además está siendo paulatinamente reemplazada, por los principios del nuevo o *moderno derecho empresarial de los grupos de sociedades*, en el propio derecho estadounidense, según la doctrina anglo-norteamericana más calificada. Finalmente, un buen ejemplo de esta sistematización dentro de la órbita de los sistemas del derecho continental europeo es el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales argentina. Es un buen paso hacia delante y aplicable al caso que hemos aquí estudiado. Además es el único derecho positivo que ha adoptado la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el derecho continental europeo.

Podemos considerar valiosa la doctrina del reconocimiento de una *obligación fiduciaria* de la sociedad dominante de mantener solvente a una subsidiaria concursada, pero es menester que esta regla sea manejada o elaborada con flexibilidad. La *política empresarial unificada* puede exigir pérdidas a una subsidiaria y, si no ha existido una *extraordinaria o anómala negligencia o culpa o dolo profesional empresarial* por parte del director del grupo, no cabe la responsabilidad, pues nos encontramos, como en cualquier concurso, con una calificación de conducta *casual*, de la cual no debe responder la sociedad dominante.

Igualmente, no corresponde la responsabilidad del sujeto dominante por las deudas de un sujeto dominado en caso de que la insolvencia haya escapado a su control sin su culpa o dolo o negligencia profesional en su política empresarial unificada, o no fuera fruto de la política empresarial unificada, o fuera exclusivamente imputable a los órganos sociales de la dominada, o fuera fruto de un caso fortuito o fuerza mayor del mercado en el que opera el grupo o la sociedad dominada.

La responsabilidad del sujeto dominante sí devendría estimable si la insolvencia de la dominada provino de culpa o dolo en el ejercicio de la política unificada por el director del grupo, o incluso por su (*extraordinaria*) *negligencia profesional* en cuanto tal, que debería acreditarse mediante una pericia realizada por la opinión de uno o varios empresarios de grupos societarios semejantes en su actividad al director del grupo enjuiciado. Hablamos de una *extraordinaria negligencia profesional* porque es evidente que un director de un grupo de sociedades, como cualquier empresario, comete errores diariamente, pudiéndose afirmar que son *errores cotidianos u ordinarios*. No basta una pequeña, ordinaria o disculpable culpa o negligencia: es menester que ésta revista los caracteres de *extraordinaria, anómala, desproporcionada, previsible, superable*, etc.

Como se ve, hay que resolver caso por caso con flexibilidad, pero éstas bien pueden ser las reglas a elaborar para una equitativa distribución de las responsabilidades.