

PLURALIDAD DE SOCIOS (Y CUESTIONES CONEXAS)

Ante un tema espinoso se plantean cuestiones dogmáticas y prácticas, sobre la pluralidad constitutiva dudosa y la unipersonalidad devenida, y sobre la decisión de política legislativa si los controles deben ser preventivos –a riesgo de ser insuficientes- o debe asegurarse una rápida y efectiva reparación de daños por el uso abusivo de la técnica societaria, que impone revisar la eficiencia del sistema jurídico y judicial – que hoy es ineficiente- para seguridad de las inversiones.

Efraín Hugo RICHARD¹

INDICE: I – INTRODUCCIÓN. Donde se trata de mostrar que el tema de la pluralidad (constitutiva y devenida) de socios entraña una serie de aspectos conexos de la normación de las relaciones de organización y del sistema societario. II - UNA JURISPRUDENCIA AISLADA Y LOS PROBLEMAS A RESOLVER. Donde se inicia un comentario al caso Fracchia y aspectos conexos. III - ¿PERSONALIDAD EN BENEFICIO DE QUIÉN? Afrontando una perspectiva diferente del bien jurídico tutelado, con referencia a empresa y acreedores. *IV - SIMULACIÓN ILÍCITA. EL CASO FRACCHIA. Donde podrá encontrarse una transcripción casi completa de la Resolución de la IGJN, del dictamen de la Fiscal General y del fallo de la Cámara Sala E. V - SIMULACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS. Comenzando el planteo del embrollo entre la normación de las relaciones de cambio y las de organización. VI - NEGOCIO INDIRECTO. NEGOCIO FIDUCIARIO. Hablando también, para complicar, del negocio aparente. VII - DOBLE ASPECTO EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. Intentando simplificar el embrollo. VIII – EFECTOS DE LOS NEGOCIOS SOCIETARIOS CONTRARIOS AL SISTEMA JURÍDICO. Intentando ver el aspecto práctico de la cuestión cuando la sociedad ha operado. IX - ACTIVIDAD ILÍCITA. Si quién actúa societariamente, siendo un único socio, lo hace contrariando el sistema jurídico –como se señala en el caso Fracchia- ¿por que no pensar en aplicar la previsión societaria en tal sentido?. X - SOCIEDAD DEVENIDA UNIPERSONAL. Abordando otro aspecto del problema con una mirada diferente en orden al bien jurídico tutelado y transcribiendo en uno de los apartados una pieza jurídica interesantísima emanada del registrador madrileño antes de su reforma societaria. XI - LA SOCIEDAD INFRACAPITALIZADA GENÉTICAMENTE. Donde se llega a otro efecto práctico de la cuestión: la sociedad que opera en insolvencia, con algunas referencias a las posiciones que venimos sosteniendo. XII – UN ASPECTO DEL PROBLEMA: TÉCNICA JURÍDICA, POLÍTICA LEGISLATIVA Y DE CONTROL. Apuntando a lo que debería ser una decisión de una Política de Estado. XIII – A MODO DE CONCLUSIÓN. Apuntando algunas reflexiones sobre la eficiencia del sistema jurídico y judicial.

¹ Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar. Otros trabajos de esta y otras especialidades –incluso de nuestra autoría- pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar.

*I. INTRODUCCIÓN.

1. En torno a las relaciones de organización destacamos la autonomía de la voluntad para perfeccionar relaciones asociativas personificadas o no. Sólo existe cierta limitación de las personificadas por la tipología societaria de segundo grado en cuanto a tipos elegibles y configuración de su organización a través de un Estatuto.

Pero al lado de ese reconocimiento puede advertirse alguna reticencia –territorial y doctrinariamente más acotada- en cuanto a las modalidades de la expresión de la autonomía de la voluntad, respecto a un aspecto cuantitativo-cualitativo: la cantidad de personas que deben formalizar esa declaración y el monto de su aporte para generar la concepción jurídica de un nuevo ente.

En materia de sociedades informales no hay duda de la necesidad de dos o más personas, en lo que ha dado en llamarse el negocio biplurilateral de constitución de sociedad, elemento cuantitativo que se supera respecto a la unipersonalidad derivada en sociedades típicas, tanto por las normas del art. 94 LS y Dto. 677/01, que expresamente admite la declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente, dentro del régimen de participaciones residuales (art. 28), exceptuándola además, de la aplicabilidad del art. 94, inc. 8 LSC (art. 29)..

Todos los proyectos de reforma aceptan la declaración unilateral para la concepción de una sociedad con responsabilidad limitada de los socios².

2. Pero una concepción doctrinaria que ve la faceta constitutiva de una sociedad, para referirse al “contrato de sociedad” como apócope, y no a la persona jurídica –como señalaba Ascarelli-, manteniendo la idea de empresa unipersonal de responsabilidad limitada y no de sociedad unipersonal³.

3. Así las cosas nos referiremos a la jurisprudencia gestada recientemente por la posición de la IGJN ratificada en un caso único, pero con alto valor doctrinario, rechazándose la pretensión inscriptoria de los representantes de una SRL donde se confiesa que la declaración de voluntad de un socio con participación ínfima lo era al sólo efecto de limitar la responsabilidad del otro, mayoritario y controlante (caso Fracchia). En los enfoques trataremos de realizar apreciaciones y formalizarnos preguntas.

4. Cuestión central es determinar que sucede respecto a las sociedades que se encuentran hoy operando en tales condiciones, con los diferentes criterios entre quienes autorizan la Inscripción en el Registro Público de Comercio, particularmente en el límite cuantitativo de la participación, o en introducir a un tercero también con participación insignificante. ¿En todos los casos se tratará de entender que la sociedad es nula? ¿O que no existe sociedad como se reitera en algunas resoluciones? ¿Y si la constatación se hace *a posteriori*, por una autoridad

² No advertimos porque no poder constituir una sociedad con responsabilidad de los socios, tema que está vinculado en beneficio de quién se establece la personalidad de las sociedades en nuestro derecho.

³ Sobre el punto puede verse el ilustradísimo libro de MUIÑO, Orlando Manuel *Limitación de responsabilidad y sociedad unipersonal*, Ed. Advocatus, Córdoba 2005, en prensa.

judicial pese a no haber sido observada constitutivamente e inscribirse en el Registro Público de Comercio?

Quizá lo importante más que encontrar si se trata de un negocio indirecto, de una simulación lícita, o de una simulación ilícita, sea los efectos que produce la constatación de relaciones semejantes respecto a la limitación de responsabilidad que genera constituir una sociedad de cierto tipo, sus límites particularmente en aplicación del fallo de la CSJN en el caso Palomeque.

Otra cuestión es de Política de Estado, sobre si el accionar debe ser preventivo –como sería conveniente para los delitos contra las personas y que la comunidad no logra reprimir- o cuando se advierte el efecto ilícito. Ello porque es bien claro que una gran cantidad de sociedades de cómodo ningún daño producen, y otras producen estragos (sean o no de cómodo) sin recibir sanción alguna, o por lo menos oportuna, advirtiéndose hoy la depredación causada por sociedades en concurso preventivo luego de haber operado muchos años en cesación de pagos, que logran –por diversos medios- homologar acuerdos despojando a los acreedores con la tolerancia judicial⁴, salvo excepcionales casos⁵.

4. Este tema no sólo está ligado a la sociedad de cómodo sino a la sociedad que se inicia sin patrimonio suficiente⁶, y no se nos diga que la autoridad podrá fijar otro monto más consolidado. El punto radica no en pretender de la autoridad de contralor un conocimiento omnímodo de cuando se finge ser socio o sobre el capital para cada empresa. Lo conveniente es aceptar que las sociedades son un instrumento maravilloso de la organización empresaria, pero que cuando afectan a terceros, más allá del riesgo empresaria, los administradores, los socios y los controlantes deben ser rápida y efectivamente sancionados, como si hubieran lesionado a terceros con un vehículo peligroso, aunque sin afectar por ello los principios de la responsabilidad con base subjetiva.

La presunción que con este tipo de resoluciones desaparezcan las sociedades de cómodo en nuestro país –o las infracapitalizadas- resulta una utopía. Sólo cambiarán las actitudes de los que quieran constituir sociedades, asegurando una participación inicial que supere el umbral de sensibilidad de cada registrador. El contradocumento de cesión de todo o parte de la participación tendrá fecha inmediata a la inscripción.

⁴ En libro colectivo “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires abril de 2004, nuestro *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

⁵ Caso Compañía Argentina de Servicios Hipotecarios Cash SA s/concurso preventivo s/incidente de impugnación al acuerdo preventivo promovido por Calcon Construcciones SRL” - CNCOM - 19/05/2005, “La propuesta presentada en autos por la concursada -respecto de los créditos por obligaciones dinerarias- consiste en el pago del 40% de los créditos quirografarios en veinte cuotas iguales anuales y consecutivas; la primera de ellas a los seis años contados desde la homologación del acuerdo. Por ende, el acuerdo comenzaría a cumplirse en seis años y terminaría en veintiséis. No contempla el pago de intereses.” “Opino pues que V.E. debe hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y rechazar la homologación del acuerdo.” (Del dictamen de la Sra. Fiscal General), lo que así acogió la Cámara rechazando la homologación.

⁶ Lo que impone que volvamos sobre ello más adelante conectando dos elementos de la generación del ente societario: personas y patrimonio.

5. La forma de evitar que las sociedades se constituyan en un instrumento real –y no presunto- de generar daños, acaecerá cuando el sistema judicial con rapidez extienda la responsabilidad o impute al controlante torpe ante el menor daño generado a terceros. De esta forma se corregirían no sólo los efectos nocivos de las sociedades de cómodo, sino de la infracapitalización, o de desmanejos no constitutivos sino funcionales. Y para ello no hacen falta nuevas normas societarias o concursales.

***II - UNA JURISPRUDENCIA AISLADA Y LOS PROBLEMAS A RESOLVER.**

1. En los últimos tiempos se ha puesto en tela de juicio la participación minoritaria de un segundo socio para constituir una sociedad. El tema ya se había planteado cuando se exigían 10 socios para constituir una sociedad anónima.

¿Es válida la constitución de una sociedad entre dos socios donde uno reviste casi el 100 de la titularidad de las cuotas u acciones?

El punto central para el análisis de esta cuestión es la visión que se tenga de las relaciones de organización, en beneficio de quién se genera el nacimiento de la personalidad, la diferencia entre personalidad y limitación de responsabilidad –que son efecto de dos relaciones diferentes en nuestro derecho-, como cuestiones básicas.

La visión debe ser integral y no sólo para el momento constitutivo, durante la vida de la sociedad y en el análisis de la sociedad devenida de un solo socio.

¿Cual es el efecto de una eventual nulidad sobre la relación societaria. O debe sentarse una tesis sobre la inexistencia de sociedad?

Estos son parte de los interrogantes a partir de diversas resoluciones de la I.G.J. y el caso Fracchia, pero en un análisis que no se limita a esos supuestos sino a un planteamiento integral de los temas de la personalidad.

Nadie puede poner en tela de juicio la enjundia de las resoluciones de la IGJ –más generales- y el específico fallo de la Cámara en el caso Fracchia⁷ –que comentaremos-, pero nadie puede tampoco tomar como precedente este último fallo por las particularísimas características de reconocer el segundo socio que actúa como testafierro del otro socio, al sólo efecto de limitar la responsabilidad.

2. Tema bien distinto es la limitación de responsabilidad que esta sometida –como bien señala el fallo- al cumplimiento no sólo de las reglas de constitución, sino también a la funcionalidad en cuanto recuerda la aplicación de la norma del art. 54 in fine LS, a la que agregamos la del art. 19.

Es bien conocida nuestra posición en torno a rescatar la amplitud de ejercicio de la autonomía de la voluntad al configurar relaciones negociales, en el derecho privado patrimonial negocial, obviamente bajo responsabilidad, o sea no dañando a terceros y, eventualmente, reparando el daño que se causare. Parte de ese daño es el eventual incumplimiento por insolvencia. Así no dubitamos, como venimos sosteniendo, en que la limitación de responsabilidad cede.

⁷ CAUSA 72348/04 - "Fracchia Raymond SRL" - CNCOM - SALA E fallo del 03/05/2005 de los Dres. ANGEL O. SALA - MARTIN ARECHA - RODOLFO A. RAMIREZ .

Lo extraordinario del caso es que se acepta hoy la personalidad de la sociedad de hecho, la responsabilidad del socio aparente, el Proyecto de Reformas 2005 avanza en autorizar la sociedad informal donde basta la declaración de voluntad de dos personas –que no pasa por el Registro- para aceptar la personalidad. En lo que no debe dubitar la jurisprudencia es en aplicar la previsión del art. 54 ter LS y extender la responsabilidad, sin afectar por ello a los acreedores sociales⁸.

3. Aún con alguna disidencia doctrinaria de la fundada posición de la I.G.J., no podemos dejar de reconocer que la misma tiene una posición cautelar respecto al socio controlante, y supuesto único socio, al impedirle la inscripción a la sociedad constituida con participación ínfima de un segundo socio, como forma de advertirle la responsabilidad que asumiría—que debería corresponder eventualmente a una política de Estado-. Superada la barrera psicológica que fije la I.G.J. siempre quedará la duda si ese límite será compartido o no por el juzgador en un caso concreto, por ejemplo de posterior concursamiento de esa sociedad. Son temas para la meditación.

Entendemos así necesaria una concepción global del fenómeno no sólo del nacimiento de la sociedad, sino de su funcionalidad hasta su extinción.

4. Una de las cuestiones centrales en aceptar la declaración unipersonal para receptar la generación de centros de imputación, es la posibilidad que esa declaración unilateral pueda llegar a constituir una sociedad. Sin embargo el negocio unilateral es aceptado para crear otro centro imputativo: el fideicomiso.

Consideramos que la misma dificultad que enfrentó originariamente la noción contractualista ante la concordancia de intereses de los miembros y la identidad del fin que éstos persiguen, pergeñándose doctrinas institucionalistas, personalistas o del acto complejo o colectivo, debiendo apuntar que hoy es absolutamente incontrovertible la posición contractualista, como bien señala Galgano⁹. Por eso se considera una contradicción *in terminis* la idea de concebir la constitución de sociedad por un acto unilateral, sin advertir que la expuesto precedentemente se refiere al negocio constitutivo de la sociedad, y no a la sociedad persona jurídica.

*III - ¿PERSONALIDAD EN BENEFICIO DE QUIÉN?

1. Venimos sosteniendo¹⁰ la conveniencia de la organización unipersonal de la sociedad, pero ese es un tema ajeno al propuesto, salvo en una consideración que no siempre se tiene en cuenta: la operatoria de una sociedad, con su personalidad jurídica, no sólo debe beneficiar al que constituye el nuevo ente, sino a los terceros que se vinculan a la misma –en cuanto la

⁸ BARGALLO, Miguel Federico y FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *Los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la persona jurídica (lege lata)* tomo II pág. 640 “Derecho Societario y de la Empresa, Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa – V Congreso de Derecho Societario, ed. Advocatus, Córdoba 1992.

⁹ GALGANO, Francesco *El negocio jurídico* Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1992, pág. 189/190.

¹⁰ Nto. *La Sociedad Unipersonal. La unidad del derecho privado y las relaciones de organización*, Comunicación a la XIII CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS “REFORMA DEL DERECHO PRIVADO” En homenaje al 200 Aniversario de Dalmacio Vélez Sarsfield Com. 6. FORMAS ASOCIATIVAS.

generación de la personalidad se haya formalizado por las vías de adecuada publicidad para evitar la sorpresa de terceros (acreedores individuales de los socios que son subordinados)-.

En efecto, hemos sustentado que frente a un empresario que desenvuelve varias actividades, es conveniente su separación en beneficio de los acreedores, para que cada uno pueda asumir con responsabilidad el otorgamiento del crédito y asuma las consecuencias – favorables o desfavorables- del desenvolvimiento de la actividad.

2. La declaración unilateral de voluntad como negocio constitutivo de una sociedad, permite la plurilateralidad devenida sin alterar la naturaleza del medio elegido, alterando meramente las relaciones internas. Es un acto unilateral de gestación de sociedad-persona, apto y abierto a una posterior relación plurilateral (devenida).

Otra cuestión es si la nueva sociedad implica una filial o una verdadera sucursal¹¹, los efectos serían similares pues los bienes de la sociedad local –incluso si fuere una sucursal-, responderán ante los acreedores locales. La llamada teoría de la inoponibilidad permitirá, aún en el caso de filial ir sobre los bienes del controlante torpe. Claro que no se hace mención a la ley n° 25738¹² que desnaturaliza a las sucursales bancarias, convirtiéndolas en seudo filiales, para evitar la responsabilidad de la matriz.

En el debate se confunde personalidad con limitación de responsabilidad, tema afín a cierto derecho comparado, pero ajeno a nuestro sistema, donde la limitación de responsabilidad no es un efecto de la personalidad jurídica sino propio de la tipología del ente personificado.

3. La creación de un nuevo centro imputativo lo es en seguridad jurídica de los terceros con los que se contrata, o que contratan con ese nuevo centro, persona jurídica, sociedad. *“La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa... La pluralidad -e incluso más: la pluralidad cualificada- de socios constituye una condición de erección de la persona jurídica corporativa, pero no es una condición de subsistencia del ente, que, una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia supraindividual de sus fines (la explotación de una empresa que aspira a conservarse), queda independizado de sus miembros”*¹³.

Claro que la cuestión sería muy distinta si se entiende que los que deben ser protegidos son los acreedores individuales del socio controlante o único. Tal punto de vista es apuntado por Mario Rotondi¹⁴ “...Para la originación de una autonomía patrimonial lo esencial no es tanto la escritura de sociedad como la publicidad de esa escritura. “La escritura no publicada

¹¹ IGJN dictó la resolución del 15 de Diciembre de 2003, N°: 001632, en el expediente N° 475.592/3929/570.850, correspondiente a la sociedad “COCA COLA FEMSA DE BUENOS AIRES SOCIEDAD ANÓNIMA”, donde una sociedad extranjera poseía la mayoría de las acciones, con participación mínima de un local.

¹² Nto. *En torno a la responsabilidad de Bancos extranjeros y la ley 25738 que pareciera acotarla*, en La Ley diario del 11 de noviembre de 2003, pág. 1.

¹³ Del fallo del Registro que citamos en el apartado X-2.2.

¹⁴ *Contrato de sociedad y ente social en la reforma de los Códigos*, Revista de Derecho Privado, 1941, págs. 438 y sgtes.

regularmente, sino guardada en los bolsillos de los socios, libres prácticamente de valerse o no de ella, de invocarla o negar su existencia, origina el arbitrio de constituir y resolver una autonomía patrimonial, lo cual constituye un privilegio a favor de algunos acreedores... parece, en verdad, bastante grave que, por efecto de un simple acuerdo ... entre varios sujetos, algunos elementos del patrimonio de éstos pueda separarse del restante y devenir autónomos para garantizar una serie privilegiada de acreedores: aquellos que son tales en virtud de las operaciones sociales” Al negar este autor no sólo personalidad jurídica, sino autonomía patrimonial a las sociedades irregulares, plantea el problema de la contraposición de intereses entre los acreedores sociales y los acreedores individuales de los socios, que es quiénes hay que proteger principalmente. Los primeros pueden, si quieren, conocer la irregularidad acudiendo al Registro mercantil; su ignorancia sólo relativamente puede ser excusada. Los segundos contratan en la más absoluta ignorancia, como es la de quien contrata con un particular en orden a la posibilidad de que sea o vaya a ser miembro de una sociedad irregular. Pues bien, si se admite el principio de la autonomía patrimonial, este inocentísimo y diligentísimo acreedor particular –dice Rotondi- podrá verse luego desprovisto de gran parte de aquella garantía que él confiaba encontrar en el patrimonio personal del socio. Claro que este criterio no es congruente con la política jurídica seguida por la legislación argentina, con la formulación del art. 24 LS, que se magnifica en el Proyecto de Reformas 2005, pues a sociedades de hecho e irregulares, agrega la sociedad simple o informal, la sociedad en formación sin inscripción y la sociedad atípica, siempre beneficiando a los acreedores sociales¹⁵.

“La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa”, sostiene en igual sentido la Resolución del Registrador de Madrid que transcribiremos¹⁶.

En nada se afecta los intereses de los acreedores individuales del constituyente de la sociedad unipersonal, pues podrán ejercitar su oposición a la transferencia de bienes o afectación al nuevo centro imputativo, conforme la naturaleza del bien. Por otra parte siempre podrán embargar la participación social.

*4. LA EMPRESA.

La aceptación normativa de la división patrimonial generada por una declaración unilateral de voluntad de escisión de su propio patrimonio, es la regulación de la empresa.

En cualquiera de los supuestos la idea de empresa (el objeto social) ilumina la cuestión, forjándose la solución en torno al conceptualismo de los autores o de los legisladores en torno al carácter exclusivamente contractual de la relación societaria.

La escisión societaria es, justamente, la división patrimonial de empresas explotables por un sujeto independiente. Es también una declaración unilateral colegial

¹⁵ Nto. *Estructura de relaciones societarias y de colaboración y el anteproyecto de reformas 2003 a la ley de sociedades* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004 tomo XVIII pág. 1321.

¹⁶ Ap. XI – 2.2.

colectiva de escisión del propio patrimonio. Desde el punto de vista concursal, las formas de liquidación tienen -ante la falta de actuación voluntaria, imponer coactivamente la liquidación separada de la empresa o empresas viables contenidas dentro del patrimonio del concursado.

La empresa individual de responsabilidad limitada no debe considerarse una institución de la modernidad, sino que el tema implica volver a las fuentes. Galgano comenta¹⁷ que en Roma se advertía la alteración restrictiva que experimentaba el contenido del derecho de propiedad del comerciante cuando tiene por objeto bienes destinados a la actividad comercial. Ese derecho no era el de *dominium* romano que otorgaba amplias facultades de disposición. Sobre los bienes asignados al comercio existía impresa una marca de destino que los acreedores personales del comerciante debían respetar y que impedía a éste, aunque propietario de los bienes, desviarlos de su objetivo. El *ius mercatorum* colocaba a los acreedores del comerciante en posiciones distintas según fueran acreedores por causa del comercio o por causa extracontractual; los primeros gozaban de preferencia sobre los segundos con relación al patrimonio de la empresa, al tiempo que no se admitía la compensación entre los créditos del comerciante por causa del comercio y sus deudas personales. Por consiguiente, el comerciante, cuando contraía obligaciones extrañas al comercio no podía ofrecer como garantía de las mismas el patrimonio de su empresa, que se establecía de iure para garantizar a unos acreedores de naturaleza distinta: los generados en la funcionalidad de su actividad económica organizada. El comerciante tampoco podía, utilizando fondos de su giro comercial para fines particulares, desvalorizar su capital mercantil pues -en esa concepción- perjudicaría el interés general. Ese principio del derecho romano trasladado a la sociedad de personas comporta la distinción, que perdura en el derecho continental y recoge el art.1714 de nuestro Código Civil, entre acreedores sociales y acreedores individuales de los socios, que también campea en el art. 26 de la ley de sociedades con relación a las irregularmente constituídas.

Esa idea de empresa presiona para la aceptación de la escisión patrimonial, sea de una persona física o jurídica.

*5. PERSONALIDAD Y EMPRESA.

Conforme a ese criterio, se plasmó la personalidad como un medio técnico, del que dispone el sistema jurídico, para imputar una serie de derechos y obligaciones, creando un sistema jurídico específico autogestante.

Sobre la base de la teoría de las instituciones, en una ponencia con Juan Carlos Palmero, sugerimos la sistematización de la problemática desde una teoría general de las personas jurídicas, que involucraba no sólo a los sujetos de derecho generales, sino también al comerciante individual, a las personas jurídicas civiles y también a las sociedades comerciales, en una sistematización globalizante, teniendo particular incidencia la libertad corporativa o autonomía de la voluntad para la creación de sujetos de derecho. Ello fue

¹⁷ GALGANO, Francesco *Historia del derecho mercantil*, 1981, p. 58 y ss; del mismo autor, *Le societá de personae*, Milán, 1972, p. 84.

parcialmente recogido en el Proyecto de Reformas al Código Civil del año 1998 en el tratamiento de la personalidad jurídica.

El medio técnico imputativo de la personalidad es libremente disponible para su gestación, más no para su desaparición que esta sujeto a desinteresar a los terceros que contrataron con el nuevo sujeto de derecho.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así la separación patrimonial en la gestión funcional, sino que la misma persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros que contrataron en razón o con ese nuevo centro, imponiendo la disolución del mismo o trámites de reorganización similares, que resguardan también a esos terceros.

Esa separación patrimonial se genera a fin de respetar las bases del negocio o del contrato, permitiendo la organización independiente, en forma simplificada generando el nuevo centro imputativo con autogestión.

Esa división deja de ser disponible por unanimidad en cuanto existan terceros interesados, sin perjuicio de que entre las partes se genere un nuevo sistema de decisiones de carácter colegial, que no afecta la capacidad de decisión informal contractual, o sea por unanimidad.

Por supuesto que la actuación desviada de este nuevo ente, generado por los socios o por quienes las controlan implica las soluciones de imputabilidad y responsabilidad específicas del art. 54.3 de la ley de sociedades.

*6. BIEN JURIDICO TUTELADO POR LA ESCISION PATRIMONIAL.

Pero, ¿que tutela el legislador a través de ese reconocimiento de la facultad jurígena de crear personas jurídicas a través de esa declaración unilateral? ¿la posibilidad de limitar la responsabilidad, los derechos de los terceros que contratan en relación a esa actividad o el interés de la funcionalidad económica individualizada ? Este es el centro de la cuestión. En nuestro derecho ya esta aceptada la asimilación como un centro de imputación diferenciada creada por la declaración de una única persona: el fideicomiso, la hacienda comercial pese a su relatividad, el establecimiento industrial o comercial a través de los privilegios que se crean en el derecho laboral con la presunción serviana.

Por este medio se está tutelando no la limitación de responsabilidad del propietario, sino los intereses de quienes se vinculan con el mismo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota. La sociedad o el empresario pueden ser segmentados en varias empresas conforme los establecimientos y organizaciones que tengan, pero no puede dividirse la empresa que debe identificarse con la finalidad organizativa.

Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad económica-funcional para su cumplimiento, y -al mismo tiempo- afectar esos bienes y los derechos que se adquieran con la actividad, a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa

actividad, contractual o extracontractualmente, se justifica en el "interés" en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias).

Los cuestionamientos sobre la irresponsabilidad que generaría la constitución de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, de carácter ético son meramente retóricos: el régimen actual ya resguarda conductas (art. 54 LS y las normas sobre abuso de derecho).

La ley francesa sobre sociedades unipersonales, como así también los diversos intentos doctrinarios sobre el mismo tema, ilustran sobre una solución que, si bien puede apartarse de criterios conceptuales rígidos, importa aceptar soluciones pragmáticas a la tendencia del legislador a generar esos centros imputativos de derechos y obligaciones en torno a las diversas actividades que puede desarrollar un único sujeto, y la posibilidad otorgada a la autonomía de la voluntad de generar esos centros con capacidad funcional, ya como sujetos de derecho¹⁸.

Justificando la sociedad de un único socio, Yadarola expresa "El concepto inspirador de esta doctrina no es ya el clásico, diría, de la sociedad-contrato, sino –me parece- el de patrimonio-empresa; el problema se desplaza así del terreno subjetivo al patrimonio, objetivo; el substrato de la sociedad no lo constituye una colectividad de sujetos humanos sino una masa de bienes organizada en empresa económica"¹⁹. Siguiendo un par de páginas después "Una vez puestos en funcionamiento ... hecha la organización de la empresa, ... –la pluralidad de socios- queda reducido a la categoría de un elemento puramente formal, mientras que la personalidad jurídica se presenta como una realidad viva y actuante; esta organización ha superado el mero contrato y se ha convertido en sujeto de derecho". Se recuerda a Bonelli²⁰ "El contrato, es el acto creativo de la sociedad sociedad, no es la sociedad; la subjetividad jurídica es un efecto del contrato pero nada impide que el efecto sobreviva a la causa".

En nuestro derecho el art. 26 LS da una respuesta (que se mantiene idéntica en otro artículo del proyecto de reformas 2005), que podrá conformar o merecer críticas.

*IV - SIMULACIÓN ILÍCITA. EL CASO FRACCHIA.

1. La Inspección General de Justicia de la Nación, se había expedido en situaciones similares y al caso que fue motivo de la intervención de la Cámara, Sala E que hemos anticipado, lo que hizo por Resolución del 12 de Octubre de 2004 N° 0001270/04 respecto a la sociedad "FRACCHIA RAYMOND SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA", constituida con el objeto de explotar con exclusividad el negocio inmobiliario (art. 3° del contrato social), con un plazo de duración de 99 años (art. 2°), y siendo designada única gerente por todo el tiempo de vigencia de la sociedad la socia María Angela Fracchia (art. 5°), en la que el capital social se fijó aquel en la suma de pesos 10.000, dividido en

¹⁸ HUGOT, Richard *Le sociétés unipersonnelles*. Commentaires. Formules. Textes loi 85-697 du 11 juillet 1986.

¹⁹ YADAROLA, Mauricio *Sociedades Comerciales* en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 354, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*

²⁰ *A propósito de la sociedad con un solo socio en Rivista di Diritto Commerciali e del Diritto Generale delle obbligazioni* 1912, p. I pág. 257.

10.000 cuotas sociales, suscriptas por la Sra. María Angela Fracchia, como titular de la cantidad de 99.999 cuotas sociales y la abogada Ana Elisabeth Corrarello, como titular de la cantidad de solo 1 cuota social, de manera tal que la primera es propietaria del 99,9999 por ciento del capital social y la segunda es titular de solo el 0,0001 del referido capital²¹, y donde la abogada inscribiente sostuvo que no procedería a defender la legalidad de las aludidas participaciones sociales con el argumento de que la ley 19.550 no exige a los socios la necesidad de suscribir determinada participación societaria mínima, sino que reconoció en forma expresa que la sociedad “FRACCHIA RAYMOND SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA” constituye un emprendimiento inmobiliario unipersonal de la socia María Angela Fracchia, pero que ésta debió recurrir a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada pues la única posibilidad de obtener el beneficio de la limitación de la responsabilidad patrimonial por los riesgos que supone tal actividad lo constituye solo la constitución de una sociedad de estas características, en las cuales el socio solo responde por la integración de las cuotas suscriptas (art. 146 de la ley 19550), entendiendo con cita textual de Rafael Manovil que *“la sociedad unipersonal es un dato de la realidad, que está incorporada irrevisiblemente a nuestra vida social, que difícilmente podría desenvolverse en la complejidad de su devenir económico sin recurso a ella”*.

La Resolución se corresponde a un caso donde se confiesa la simulación, y puede escapar a la misma solución en otras jurisdicciones o ante el mero cambio cuantitativo de la relación.

La Inspección consideró que *“no parece congruente con cualquier técnica legislativa, sostener que las exigencias previstas por un determinado ordenamiento legal a los fines de definir o caracterizar un acto o negocio jurídico, puedan ser consideradas “formales” y por ello superables de cualquier manera sin su correspondiente consecuencia. En el caso que nos ocupa, si el legislador del cuerpo legal societario vigente (ley 19550), previó en forma expresa la necesidad de reunir “dos o más personas” a los fines de constituir una sociedad, ratificando tal requisito de existencia misma del acto en el artículo 94 inciso 8º de dicho cuerpo legal, resulta evidente concluir que la intención de aquel no ha sido la de erigir a la pluralidad de integrantes como un requisito meramente formal sino, por el contrario, genuino o sustancial”....”la exigencia que la ley 19550 impone a los socios de realizar efectivos aportes a la sociedad (arts. 1º, 11 inciso 4º, 37 a 53 etc.), restringiendo a las sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones la aportación de bienes determinados susceptibles de ejecución forzada (art. 39) e imponiendo severos regímenes de valuación para los mismos, constituye la mejor prueba de que el legislador ha pretendido que los aportes efectuados por los socios a la sociedad que integran deben ser reales y serios, pues como categóricamente afirma Halperin (“Curso de Derecho Comercial”, Parte General,*

²¹ Conforme al actual criterio de la INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA, expuesto en las Resoluciones IGJ n°s 1412/03; 1413/03 y 1414/03, en los expedientes “Vitamina Group Sociedad Anónima”; “Bosques Verdes Sociedad Anónima” y “Jasler Sociedad Anónima”, se encuentra obligada a requerir la existencia de una verdadera pluralidad sustancial en la integración de cualquier sociedad cuya inscripción se pretenda efectuar en el Registro Público de Comercio.

Volumen I, página 246, parágrafo 30) y lo ha ratificado la jurisprudencia de nuestros Tribunales, “ El aporte del socio es de la esencia del contrato; sin él no hay sociedad ni socio y le distingue de otros negocios jurídicos...” (CNCom, Sala E, Junio 10 de 1987, en autos “Darío José contra Penzo Jorge”; ídem Sala D, Junio 15 de 1979 en autos “Gutiérrez Ricardo H. Contra Alvidi SA”; ídem Sala C, Agosto 22 de 1977, en autos “Britos Raúl contra Creja Heriberto”etc.). Parece pues evidente concluir, a la luz de las constancias de autos, que el aporte efectuado por la socia Ana E. Corrarello, de solo un peso, no constituye un aporte serio, por lo cual su legitimidad como tal es inadmisibles, a la luz de lo dispuesto por el artículo 953 del Código Civil”.

Reconoce la Inspección que “alguna doctrina – aislada por cierto -, ha predicado la posibilidad de recurrir al “negocio jurídico indirecto” en la constitución de sociedades anónimas, a los fines de limitar la responsabilidad patrimonial de las personas que lo integran (Yadarola Mauricio, en “El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista”, publicado en la Revista Jurídica de Córdoba, año 1948, páginas 371 y siguientes), pero tal criterio, a pesar de haber sido expuesto desde hace mas de 60 años, nunca tuvo recepción legal y, por el contrario, fue considerado inaceptable por nuestra mas autorizada doctrina societaria, con el argumento de que detrás de la máscara de una sociedad anónima se crearía una empresa individual de responsabilidad limitada, haciéndola funcionar como una anónima, lo cual es contrario a lo dispuesto por el artículo 163 de la ley 19550, infringiendo los requisitos esenciales de la sociedad anónima, sin contar con los artículos 1º, 3º y 17 de la referida ley (Halperin Isaac, ob. cit. pag. 228/9)”.

La Inspección no considera la situación como un negocio indirecto sino como un acto simulado: “Sin perjuicio de compartir totalmente la opinión de Halperin, debo señalar que la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada a los únicos fines de permitir al empresario individual la limitación de su responsabilidad patrimonial no constituye a mi juicio un negocio jurídico indirecto sino un acto simulado, regido por los artículos 955 a 960 del Código Civil. En efecto, si tal como ha sostenido la doctrina más proclive al negocio jurídico indirecto, este no constituye una categoría jurídica sino que se trata de un modo en que pueden manifestarse todos los negocios (ver doctrina citada por Jorge Mosset Iturraspe “Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios”, Ed. Ediar, 1974, tomo I, páginas 151/152), conforme al cual sus otorgantes pretenden obtener un fin práctico que no es el que corresponde directamente a la índole del negocio empleado (Yadarola Mauricio, ob.cit., páginas 371 y siguientes), surge palmario que el negocio jurídico utilizado por las partes debe estar ajustado a la normativa legal y sus efectos característicos han sido también queridos por aquellas (Di Paolo L. “Contro il negozio indiretto”, página 368, citado por Mosset Iturraspe, ob. cit, página 151), lo cual no ocurre en el caso en análisis, donde la constitución de la sociedad “Fracchia Raymond Sociedad de Responsabilidad Limitada” lo ha sido al solo efecto de limitar la responsabilidad patrimonial de quien ha resultado titular del 99,9999 por ciento del capital social y además, única administradora por todo el tiempo de vigencia de la referida entidad”.

Descarta el negocio indirecto en el caso, con lo que coincidimos atento a la confesión referida del supuesto segundo socio, pero que no se configurara en casos donde tal acto

jurídico no exista: “11. Con otras palabras, la constitución de la sociedad requirente, y por propia confesión de sus otorgantes, lo ha sido a los fines de evadir las amplias responsabilidades que el Código de Comercio ha impuesto al comerciante individual en el desempeño del ejercicio de su profesión. Modificar tal régimen de responsabilidad, impuesta en beneficio de los acreedores del comerciante o empresario individual, mediante el simple expediente de recurrir a una figura legal exclusivamente prevista a los fines de concentrar capitales para emprendimientos mercantiles colectivos, no implica recurrir al negocio jurídico indirecto, sino al negocio simulado o fraudulento, respecto de los cuales los mayores cultores de aquella categoría de actos se han preocupado con esmero en diferenciar. Sostiene al respecto autorizada doctrina que cuando el negocio jurídico indirecto está dirigido a violar prohibiciones legales, cuando las partes pretenden lograr por una vía indirecta u oblicua los fines que no pueden conseguir directamente, nos encontramos frente a un fraude a la ley (Mosset Iturraspe, Jorge, “Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios”, Ed. Ediar, 1974, tomo I, páginas 152/153), con lo cual mal puede aceptarse la posibilidad de recurrir al negocio societario a los fines de obtener exclusivamente un beneficio que la ley no otorga a quien ha demostrado – conforme a las constancias de las presentes actuaciones – que nada le interesa ejercer el comercio en sociedad y que solo recurre a las instituciones previstas por la ley 19.550 a los únicos fines de eludir un resultado que es inevitable para el comerciante individual, cual es, el de responder con todos sus bienes por las obligaciones contraídas en el ejercicio de su actividad.”

Concluye Ricardo Nissen, en su carácter de Inspector General de Justicia de la Nación “12. Se trata así, la sociedad “Fracchia Raymond Sociedad de Responsabilidad Limitada”, de una sociedad simulada y no de un negocio jurídico indirecto, pues como surge de las constancias de autos, las partes no quieren la sociedad ni tampoco sus efectos (Di Paolo, ob.cit. p. 367), lo cual descarta toda posibilidad de hallarnos ante un negocio jurídico indirecto, que son negocios reales y cuyos efectos propios son también pretendidos por sus agentes. Nos encontramos, en consecuencia y definitivamente, ante la constitución de una sociedad que nada tiene de tal, sino la apariencia - simulación absoluta – siendo uno de los clásicos ejemplos de sociedades ficticias precisamente el que motiva las presentes actuaciones: la falta real de la pluralidad de socios, supuesto al cual Mosset Iturraspe describe de la siguiente manera: “... Se trata, en rigor, de empresarios individuales que solo aparentemente actúan como entes societarios. Son las denominadas “sociedades de cómodo” y se recurre, para completar el número mínimo que la ley exige, a “hombres de paja” o “prestanombres” (ob. cit. p. 113; ídem, De Gregorio, A, “De las sociedades y de las asociaciones comerciales”, Buenos Aires, 1950, página 43). Dicha simulación debe considerarse absoluta e ilegítima, pues: a) Dicha simulación afecta determinados elementos fundamentales del contrato (aportes, suscripciones) y b) Mediante ella su controlante – en el caso, la Sra. María Angela Fracchia - pretende ampararse en un régimen de responsabilidad patrimonial mucho más restringido que el que le corresponde si actuara como una empresaria individual, resultando procedente la nulidad de la sociedad por defecto de un elemento esencial para su existencia (Halperin, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, Ed. Depalma 1982, Volumen I, páginas 344/345)”.

2. En el recurso de apelación que se interpuso contra esa resolución, en los Autos “Fracchia Raymond S.R.L.” Expte. n° 85653, que generan un verdadero *leading case* en nuestro país, la representante del Ministerio Público en dictamen del 17 de febrero de 2005, en meduloso dictamen, subrayó:

“1. Fracchia Raymond SRL apeló la resolución n° 1270 del Inspector General de Justicia. El funcionario denegó la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio hasta tanto recomponga la pluralidad sustancial de sus integrantes. Estimó que la distribución del capital en un 99,9999 % para un socio y 0,0001 para el otro, evidenciaba que se trata de una sociedad ficticia destinada a limitar la responsabilidad patrimonial de un único titular....

La observancia de los recaudos legales para constituir una sociedad no es disponible para los particulares. Si así fuera, el legislador no habría establecido una autoridad de control estatal para comprobar su cumplimiento (art. 6 ley LS y art. 3 ley 22.315). Ello revela que la preocupación del Estado por el acatamiento de la ley, en esta materia, es de un grado mayor. No la ha dejado librada a la mera iniciativa de los particulares. La defensa de la legalidad asume tal relevancia pública que se ha encomendado su custodia a un órgano especial.

3.2. En el caso, está fuera de discusión que la ley de sociedades establece como requisito esencial para su constitución, la pluralidad de otorgantes (arts. 1, 11 y conc. ley 19.550). La aserción del inspector, sobre que este requisito no es meramente formal, está fundada en lo dispuesto por el art. 37 LS, por derivación de la exigencia de integrar efectivamente los aportes. Sobre el particular, señaló Halperin, que la inclusión de la pérdida de la pluralidad como causal de disolución –que no estaba prevista en el Código de Comercio- vino a corroborar que se requieren por lo menos dos socios, reales, que deben mantenerse por toda la duración de la sociedad (conf. “Sociedades Anónimas”, pag. 72, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978).

A tenor de las normas mencionadas, estimó que está vedada en nuestro derecho la constitución de sociedades de cómodo. Según Cricenti, con esta expresión se designan dos categorías de sociedades: I) aquellas que presentan una desviación respecto al requisito objetivo de la causa (en el sentido de que tienen un propósito distinto del típico, de desarrollar una actividad económica con fines de lucro); II) aquellas que presentan una desviación respecto al requisito subjetivo de la pluralidad de socios (problemática de la sociedad con socio único). Se considera que en ambos casos, se trata de un uso indirecto de la sociedad, para obtener una finalidad que no es aquella asignada por la ley al ente y al contrato constitutivo (conf. Cricenti Giuseppe “I contratti in frode alla legge” pág. 273, Ed. Giuffrè, Milano, 1996).

La doctrina italiana ha distinguido diversas hipótesis que pueden verificarse en los casos identificados como sub II), a saber: a) la pluralidad inicial de los socios es solamente ficticia; en realidad el accionista es único; b) la pluralidad de los fundadores es efectiva, sin embargo algunos socios asumen la obligación fiduciaria de transferir sus acciones a uno de ellos, que así se transforma en el único accionista; c) los otros socios, son sociedades

controladas del único socio persona física; d) los socios fundadores son dos, pero uno tiene una participación casi total (en hipótesis del 99% y otro un porcentual irrisorio (por lo tanto, del 1%) (v. Cricenti, ob. Cit., pág. 280).

En el caso, el inspector estimó que el porcentaje atribuido al segundo socio, de 0,0001%, es tan insignificante, que revela que su participación no es real. La apelante admite ese carácter ficticio. Dice expresamente que se trata de una empresa individual que busca beneficiarse con la responsabilidad limitada.

El temperamento adoptado, en el sentido de considerar que no existe pluralidad de socios si la participación social es insignificante, constituye una interpretación de la ley aplicable que no cabe tachar de irrazonable. Recordemos que la "insignificancia" ha sido estimada en reiteradas oportunidades por los tribunales para privar a un acto de sus efectos o consecuencias jurídicas. Por ejemplo, para no calificar como abusivo el ejercicio de un derecho (CSJN, Fallos 308:1796); en caso de acción negatoria (CSJN, Fallos 185:105); de estupefacientes (CSJN disd. Fallos 313:1333); ante el despido por justa causa (CNAT, Sala VI, autos "Espinoza Graciela" del 31-5-94), etc.

No desconozco que la doctrina también predica una interpretación contraria - igualmente válida- sobre que la ley no exige expresamente un porcentaje mínimo para la participación social. Sobre esa base, anteriores titulares del organismo admitieron la registración de sociedades en esas condiciones. Pienso que la adopción de uno u otro criterio, constituye una decisión propia de la política de control desarrollada por la autoridad de aplicación, que concierne a la esfera de su discrecionalidad.

La decisión de no autorizar la registración de una sociedad, al valorar que resulta manifiesto que es ficticia la pluralidad de socios exigida por la ley de sociedades, constituye una decisión discrecional de la Inspección General de Justicia, fundada en la legislación vigente y en el ámbito de su competencia de control y fiscalización (arts. 3, 4, 6 ley 22.315). Esa interpretación de la ley no aparece irrazonable, en tanto se ha fundado en el propósito de evitar que el empresario individual evada las amplias responsabilidades que el Código de Comercio le ha impuesto en el ejercicio de su profesión y erradicar las sociedades ficticias y los negocios simulados (ver cons. 11 y 12, Res. I.G.J. N° 1270/2004).

Por último, destaco que el temperamento adoptado en el caso (se trata de una sociedad que pide su registración inicial admitiendo que se trata de una empresa individual) no implica adelantar opinión sobre el criterio aplicable ante otros extremos fácticos o cuando medie afectación de derechos adquiridos (el subrayado es nuestro, al igual que los siguientes) u otros dignos de protección jurídica."

O sea que la medulosa participación del Fiscal General Alejandra GILS CARBO, escamotea efectos generalizados de la resolución que apoya y de la calificación jurídica del negocio.

3. La Cámara Comercial Sala, en intervención directa, dicta su fallo en Buenos Aires el 3 de mayo de 2005, destacando:

“2. Para ... decidir, el Inspector General ponderó que la sociedad se había constituido con un capital de \$ 10.000, dividido en 10.000 cuotas; que la misma se encontraba integrada por María Angélica Fracchia, quien aparecía como titular de 99.999 cuotas, representativas del 99,9999% del capital social, y la abogada Ana Elisabeth Corrarello, como titular de 1 sola cuota social, representativa del 0,0001 del capital referido.

Destacó que la apoderada de la sociedad reconoció que la misma constituía un emprendimiento inmobiliario unipersonal de la socia Fracchia, quien recurrió a esta vía como único modo de obtener el beneficio de la limitación de responsabilidad por los riesgos que supone el negocio.

... Rechazó la posibilidad de recurrir al llamado "negocio jurídico indirecto" en la constitución de sociedades anónimas con el fin de limitar la responsabilidad de sus integrantes; y concluyó que la constituida en el caso era una sociedad simulada, que nada tiene de tal; que la simulación debía considerarse absoluta e ilegítima; y que la aceptación de la sociedad unipersonal en otros países no podía conducir a la tácita derogación de previsiones legales que exigen la pluralidad de integrantes como requisito de existencia de toda sociedad.

3. Contra dicha resolución se alza la presentante de fs. 31/5, persiguiendo su revocación a tenor de los agravios de que da cuenta dicha pieza.

Arguye que la sociedad unipersonal y la limitación de responsabilidad del empresario individual constituyen fenómenos ya incorporados a la realidad económica imperante en el mercado; que la costumbre es la primera inspiradora del derecho mercantil y no debe ser soslayada; que la constitución de la sociedad respondía a un negocio jurídico indirecto que no contrariaba la legislación vigente; que no podía presumirse la existencia de simulación y que, en todo caso, la misma resultaba lícita para, finalmente, cuestionar las facultades de la Inspección General de Justicia para dictar la resolución atacada.

6. Expuesto lo anterior, resulta incontrovertible que el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país exige la pluralidad de socios -"dos o más personas"- para la constitución de sociedades comerciales o civiles (cfr. art. 1 LSC y art. 1648 Cciv).

7. Ahora bien, aquella pluralidad dista de ser una exigencia formal de la ley.

En efecto, la propia Exposición de Motivos de la ley 19.550, transcrita en la resolución atacada, al referirse al art. 94 inc. 8 caracterizó a la pluralidad de socios como un "...requisito esencial, superando toda discusión en punto a la pretendida legitimidad de las sociedades de un solo socio..."

Tal concepción, lejos de ser aislada, fue acompañada por importante doctrina:

Halperín sostenía que "Los constituyentes deben ser socios reales: el prestanombre es un socio aparente... y si por su intervención desaparece la pluralidad, se dará una constitución in fraudem legis..." que reputó "...sociedad inexistente en razón de ausencia de esa pluralidad fundamental..." (v. "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, 1978, p. 73).

También concluía la exclusión en nuestro derecho de las llamadas "...sociedades de cómodo, es decir, empresarios individuales que sólo aparentemente actúan como entes societarios, sea por vía de la simulación de la pluralidad o por el denominado negocio indirecto..." (v. "El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales", RDCO 1969, p. 268).

Por su parte, Zaldívar y otros, afirmaban que lo que "...resulta indudable de todo el contexto de la ley es la necesidad de la existencia real -no meramente formal- ... de la pluralidad de socios...", que incluyeron dentro de los elementos específicos del contrato de sociedad, para agregar a renglón seguido que "Los socios deben ser, realmente, dos o más; ello excluye la legitimidad de la sociedad formada con prestanombres..." (v. "Cuadernos de Derecho Societario", Vol. I, p. 72, Ed. Abeledo Perrot, 1980).

Sasot Betes y Sasot hicieron suya la reflexión precedentemente transcripta (v. "Sociedades Anónimas, Constitución, modificación y extinción", Ed. Abaco, p. 94).

Finalmente, y a fin de acotar esta breve reseña del panorama de la doctrina nacional sobre el criterio referido, Matta y Trejo postulaba que "La falta de pluralidad de socios de acuerdo a nuestra legislación vigente produce la inexistencia de la sociedad, pues el acto constitutivo es solo aparente. No se trata de un supuesto de atipicidad, sino de inexistencia, ante la prescindencia de un requisito esencial para que exista sociedad..." (v. "En torno al control administrativo en la constitución de sociedades anónimas", LL 1979-C-285 y ss.).

8. El temperamento referido fue el adoptado en el conocido fallo citado "ut supra", en el que se confirmó la denegatoria de la conformidad administrativa para la inscripción de una serie de sociedades preordenadas o para mantener en cartera a efectos de negociar la transferencia de su estructura con posterioridad.

En dicho precedente la Sala C de este Cuerpo calificó a aquéllas como "sociedades ficticias" en tanto ninguno de sus constituyentes "...pasaría de ser un testaferrero..." o, yendo todavía más lejos, señaló que serían sociedades nulas o inexistentes, "...porque ninguno de los firmantes del contrato de sociedad ha querido ser socio, ni realizar actividad alguna, ni efectuar aportes para el cumplimiento de una empresa...", para agregar que se estaría "...frente a sociedades que se han constituido sin originaria pluralidad de accionistas o lisa y llanamente sin accionistas; sociedades simuladas o sociedades nulas..." (v. voto del Dr. Anaya, LL 1979-C cit., p. 299 y ss.).

Y si bien el caso no es idéntico al que viene a examen de este Tribunal, algunas de las reflexiones allí formuladas resultan de aplicación al "sub lite".

Ello acontece en particular, con la consideración del negocio jurídico como simulado, cuando las partes han querido solo su declaración y no sus efectos; cuando faltan "elementos esenciales del negocio societario cuya inexistencia lo vician desde el momento mismo del acto de su constitución" como la voluntad de asociarse; de intervenir efectivamente en la sociedad en el caso del prestanombre, que persigue mantenerse al margen de toda actividad productiva común; y de participar en los resultados.

También, en cuanto concluye el vocal preopinante que dicha simulación no puede considerarse lícita en nuestro derecho por resultar violatoria de la concepción contractual de la sociedad y del régimen del patrimonio, toda vez que "...el legislador no ha querido...permitir que a través de este medio los individuos puedan ser titulares de una pluralidad de patrimonios afectados a sus diversas empresas..."

9. Bien presente cabe tener en el marco de lo que aquí se decide que, como se adelantó, la propia recurrente reconoció expresamente que la sociedad que se pretende constituir importa un emprendimiento unipersonal y que la vía elegida persigue como única finalidad la limitación de la responsabilidad de su única integrante.

A la luz de las consideraciones formuladas "ut supra", queda en evidencia que los contrayentes no quisieron asociarse, ni formar parte de un emprendimiento conjunto, ni contribuir mediante aportes reales a la formación de un fondo común, ni participar en la distribución de utilidades o contribuir a soportar las pérdidas, lo que constituye simulación en los términos del CCiv:955 y 956.

En efecto, el supuesto configurado en el "sub lite" encuadra en varias de las hipótesis expresamente contempladas por el primero de los preceptos citados (vgr: en el caso, el acto contiene cláusulas insinceras; y por él se constituyen derechos a favor de interpósita persona, el prestanombre, que resulta ser solo un socio aparente y no real).

En la misma línea se sostuvo que el acto constitutivo social resulta pasible de simulación y se incluyó dentro de los ejemplos de aquella el supuesto de ausencia de pluralidad real de socios inicialmente exigida por la ley, configurada en el "sub lite" (v. Gagliardo, "Derecho Societario", ed. Ad-Hoc, p. 64/5, con cita de Mosset Iturraspe, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", ed. Ediar 1974, T. I., p. 109, y de CNCiv., Sala D, ED 86:401, bien que sin descartar las alternativas referidas en el mismo trabajo; id., Otaegui, "Invalidez de Actos Societarios", Ed. Abaco, p. 277 y ss.).

Destácase, por lo demás, que el argumento recursivo de que la simulación no puede presumirse resulta inatendible cuando, como sucede en autos, existe confesión expresa de parte interesada de los extremos que llevan inexorablemente a concluir su existencia, sin que pueda pretenderse que la autoridad de control deba asistir impávida a la constitución de sociedades que se desvían ostensiblemente de los fines pretendidos por el legislador y de los recaudos a los que se sujeta aquella constitución, toda vez que se encuentra comprometido el interés público cuya tutela constituye el fundamento mismo del control que se pretende cuestionar".

Este último párrafo exime de consideraciones sobre el caso, que difícilmente se repetirá en otros. Los tribunales deberán afrontar supuestos de socios con participación mínima en la sociedad que sostiene su legalidad, y sobre ello divagaremos de seguido.

En el caso aparece que prestó su nombre como socio, aunque la confesión previa a la inscripción y la indicación que se trata para limitar la responsabilidad del otro socio, impone el rechazo de esa pretensión explicitada, confirmando vieja jurisprudencia que "excluye la legitimidad de las sociedades formadas con prestanombres"²², y remarcando que la pluralidad

²² ZALDIVAR, Enrique *Cuadernos de derecho societario*, tomo I pág. 72.

debe existir en el momento constitutivo “razón por la cual deben considerarse como contrarios a dicha pluralidad actos tales como la pluralidad de mandatarios de un mandante único y las acciones suscriptas en condominio”²³.

La cuestión aparece opinable cuando tal confesión no existe y concurren dos personas a constituir una sociedad, con lo que la forma otorga substancia al acto, y si la sociedad actúa la personalidad jurídica esta fuera de cuestión.

Así hemos divagado sobre los fundamentos de la resolución, el dictamen fiscal y el fallo del caso Fracchia, que en mucho nos hemos limitado a transcribir al constituir piezas jurídicas inobjetable por su coherencia, versación y profundidad.

Ex profeso omitimos las referencias, tanto en el dictamen –profusas- como las del fallo en torno a la decisión propia de la política de control desarrollada por la autoridad de aplicación, que concierne a la esfera de su discrecionalidad (del dictamen).

*V - SIMULACIÓN EN LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La expresión de la Cámara es el elemento dirimente de la cuestión: “*la detección de los vicios apuntados durante el iter constitutivo*”. ¡Como no se iba a detectar si fue confesado por el propio socio! Pero fuera de este caso de biblioteca resulta difícil pensar que quién intenta limitar su responsabilidad y el otro socio aparente expresen tal intención en el momento constitutivo o durante la funcionalidad de la sociedad.

Ello lleva a la cuestión sobre los casos en que los vicios no sean detectados, sea por la jurisdicción donde se inscribe la sociedad, o por las maniobras simuladoras, ya que en el caso estaba confesada la simulación.

Cámara²⁴ sostiene que las personas jurídicas no son factibles de simulación en cuanto necesitan la intervención del Estado para su constitución, rechazando la distinción que hace otro jurista entre las sociedades donde el poder público interviene –sería el supuesto de la SRL o SA-, y aquellas en que aparece un mero reconocimiento estatal (legislativo agregamos) que da efectos de derecho a estados de hecho creados por los particulares (sociedad de hecho, sociedad informal). Claro que Cámara lo hace en una época en que la doctrina gravitó para el reconocimiento de personalidad jurídica a supuestos de relaciones de hecho, que ha complicado el panorama del sistema asociativo²⁵.

Claro que el efecto de la simulación relativa (art. 956 C.C.), es la posibilidad de anulación (art. 954 C.C.). El punto deviene cuando se localiza la causal de nulidad –incluso absoluta- de la sociedad cuando la misma ha operado como persona jurídica. Podría ello ocurrir en el caso que se hubiera detectado constitutivamente la simulación de existencia de SRL o SA, pero la misma se hubiera inscripto impositivamente como sociedad de hecho y como tal (como es de costumbre) hubiera iniciado su operatoria. Estaríamos –conforme los criterios de la doctrina mayoritaria- ante una persona jurídica, y si nacieron relaciones

²³ HALPERIN, Isaac *Sociedades anónimas* pág. 74.

²⁴ CÁMARA, Héctor *Simulación en los actos jurídicos*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires 1958, pág. 127.

²⁵ Nto. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado*. 2ª edición Advocatus, Córdoba 2002, pág. 26 y ss..

jurídicas de ella no puede desaparecer aunque el negocio fuera simulado. En esto –con distintos argumentos- concordamos con Cámara.

Si nació la persona jurídica, existiendo derechos u obligaciones imputables a la misma, el efecto de la nulidad es generar la liquidación. O sea para el futuro de la persona jurídica. Pero el efecto de la nulidad absoluta es desde siempre –ex tunc- en relación al tipo societario –contrato- que se intentó formalizar, con los consecuentes efectos sobre la responsabilidad de los socios (reales o aparentes). El tipo contractual pasa a ser una sociedad “devenida” de hecho”. Hemos analizado estas cuestiones y a ello remitimos²⁶.

Adviértase que la figura del testaferro aparece diluída en el sistema legal societario respecto de terceros (art. 34 LS), la que resulta remarcada en el Proyecto del 2005 que incluso elimina la responsabilidad del socio oculto (que eventualmente quedará involucrado en responsabilidad por control de hecho). La ley concretamente acepta la figura de “El que prestare su nombre como socio no será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tengo o no parte en las ganancias de la sociedad, pero con relación a terceros será considerado con las obligaciones y responsabilidad de un socio, salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare”.

Se plantea aquí el supuesto de sociedad aparente, que tiene lugar cuando dos o más personas, no vinculadas entre sí por ningún contrato de sociedad, se comportan de manera que provocan en los terceros la opinión de que actúan como socios, y los inducen a confiar en la existencia de la sociedad²⁷. En tal caso existe responsabilidad solidaria del socio aparente, pero la sociedad no es aparente para los terceros, se trata de una sociedad real, que opera como persona jurídica, donde el negocio indirecto carece de relevancia externa. Sociedad no aparente que generará responsabilidad de sus socios (tanto del controlante como del socio fiduciario) frente a los terceros si la actuación de la sociedad hubiera generado daño a éstos. Es que lo simulado –eventualmente- es el contrato de sociedad, no los actos concretos realizados en nombre de la sociedad.

Así no resulta posible revisar la imputación de actos a la sociedad, como persona jurídica, y lo que podrá cuestionarse –como bien señala la sentencia- es la limitación de responsabilidad. O sea que al no haberse configurado legalmente el tipo S.R.L. no pueden aducirse los efectos del tipo. Ello es congruente con principios de seguridad jurídica.

El eventual perjuicio de terceros no se reparará por la “nulidad” de la persona jurídica, que eventualmente deberá –como mínimo- liquidarse y satisfacer las obligaciones asumidas. Ese perjuicio quedará satisfecho por la extensión de responsabilidad al controlante abusivo y al socio aparente.

Es siempre aceptable –lo que es expreso en orden a las personas jurídicas en relación a sus acreedores- que el negocio se mantenga pues “debe prevalecer la realidad que les resulte beneficiosa”²⁸, sin perjuicio de extender la responsabilidad.

²⁶ Nto. *Las relaciones de organización...* cit. pág. 499 y ss..

²⁷ GALGANO, Francesco *El negocio jurídico*, cit., pág. 353.

²⁸ MESSINEO ob. cit. tomo II pág. 41.

Predicaba Yadarola²⁹ que “Tampoco hay un interés puramente jurídico en la nulidad de tales sociedades, no hay en esa situación fraude a la ley pues es la misma ley la que ha autorizado la organización de tal persona jurídica. No hay aquí ninguna desviación dolosa de los fines previstos por el legislador que va implícito en todos los actos in fraudem legis... Menos puede hablarse de simulación, pues ni fue simulada la constitución originaria de la sociedad ni hay nada de simulación en una empresa que actúa regularmente, que cumple negocios jurídicos dirigidos a un fin lícito; ni falta del propósito de ejercer tales actividades así sea con el fin, también lícito, de limitar la responsabilidad; nadie puede sufrir perjuicio de esta situación”. Salvo que ese socio lleve a la sociedad a actuar en cesación de pagos sin adoptar los remedios que la ley fija para estas circunstancias. Yadarola señala las circunstancias de un debate sobre la legalidad o no de esa constitución, en orden al fraude de limitar la responsabilidad, nos permitimos señalar que si bien será difícil sostener el fraude una vez que la sociedad ha comenzado a operar, el uso abusivo se advertirá cuando la sociedad incumpla sus obligaciones, continúe su operatoria en cesación de pagos sin adoptar los remedios que el derecho societario impone e intente transferir los perjuicios generados por la indebida gestión societaria a sus acreedores.

*VI - NEGOCIO INDIRECTO. NEGOCIO FIDUCIARIO.

1. Ante tales aspectos, debemos pensar en la posibilidad de calificación de la sociedad nacida en las circunstancias señaladas, pero sin confesión, como la de un negocio fiduciario.

En el negocio indirecto el testafierro es el fiduciario del dueño del negocio, y esto está autorizado en la constitución de fideicomiso. Se trata de una *fiducia cum amico*, donde el fiduciario debe usar de su posición en beneficio del fiduciante, en este caso en una relación interna oculta por la interposición efectiva de personas, contrato que es lícito, salvo que se proponga realizar intereses no merecedores de tutela o fines ilícitos³⁰. Por tanto debe distinguirse del negocio simulado porque origina una propiedad efectiva (no ficticia) de la participación, aún respecto de los terceros. Así la regulación en nuestra ley de sociedades del socio aparente, y que el problema deba plantearse cuando existe perjuicio a terceros.

Estaríamos frente a lo que ha dado en llamarse el negocio indirecto³¹, pues al faltar el presupuesto material de dos o más personas para constituir sociedad, se formaliza un negocio jurídico indirecto con el uso no funcional de la función instrumental del negocio, usada con finalidad ulterior y distinta en alteración de su causa fin. De no ser pensada la sociedad para perjudicar a terceros –lo que importaría una ilicitud y teñiría su funcionalidad de actividad ilícita en cuanto a alguien perjudicada-, la constitución de una sociedad aparentando dos o más socios generar el contrato constitutivo del nuevo sujeto de derecho, implicaría un actuar en

²⁹ YADAROLA, Mauricio *Sociedades Comerciales* en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 359, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*

³⁰ MESSINEO ob. cit. tomo II pág. 62.

³¹ CIFUENTES, Santo *Negocio indirecto*. BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid, Madrid 1959, que clasifica los actos como directos e indirectos, fiduciarios, indirectos y simulados.

contra del ordenamiento jurídico en la forma que intento disciplinar un acto por razones técnicas, que normalmente –pero no necesariamente, implica una finalidad contraria a la ley, y no es siempre un negocio ilícito como el fraude a los acreedores de uno de los contratantes³², o a través de la sociedad misma a sus acreedores.

Se trataría de un acto aparente, donde en una sociedad realmente generada por una declaración real de voluntad unilateral se agrega como negocio indirecto la intervención de una segunda persona, aparente socio, como negocio fiduciario. Justamente la ley 24.441 incorpora en nuestro país el negocio fiduciario.

En estos casos debe determinarse si la finalidad ulterior es lícita o ilícita. Se trata a la postre de lo que se indica como procedimiento indirecto.

Se habla de negocio indirecto cuando un determinado contrato es utilizado por las partes para realizar no la función que corresponde a su causa, sino un fin no realizable por ningún contrato³³, en el caso concretamente generar un patrimonio separado de uno de los socios, limitando la responsabilidad de éste a través de la participación de un segundo socio con participación ínfima, o del uso de la sociedad como sociedad de cómodo, sustrayendo de los propios acreedores un bien que se traspasa a la sociedad mientras esa sociedad no desarrolla actividad alguna³⁴.

La intervención de un segundo socio, que sería aparente, no nos escandaliza para la generación de un centro imputativo, que incluso es en beneficio de los acreedores de esa nueva persona. Pero no se intente a través de ello lograr la limitación de responsabilidad, pues allí se configurará el fraude y el abuso del medio técnico. Lo importante en estos casos es que la suposición de dos socios queda evidente, el control externo absoluto es manifiesto y genético, lo que despeja toda duda en cuanto a la responsabilidad del socio único o socio controlante ante la insuficiencia de patrimonio de la nueva sociedad o de cualquier intento de interponer su personalidad para perjudicar a algún tercero. Incluso la responsabilidad se extendería al socio de cómodo que facilitó la actividad del controlante.

Nos detenemos particularmente en la manifestación de la Cámara respecto al negocio jurídico indirecto “*como aquél en el que para la consecución de un fin, se hace uso de una vía oblicua o transversal (cfr. Cariota Ferrara, "El Negocio Jurídico", Ed. Aguilar, p. 212), pero el mismo exige como presupuesto un negocio causal típico, realmente querido por las partes, aún cuando persiga fines diversos de aquél, y este recaudo difícilmente puede considerarse satisfecho ante la propia ausencia genética de voluntad de asociarse y de participar en un emprendimiento común*”. El negocio causal existe: el de concebir un patrimonio separado que atienda a una empresa (forma de darse el objeto social) y satisfaga el interés de los acreedores sociales. La escisión patrimonial se produce, el negocio es real, la declaración de voluntad –salvo en el caso de la sentencia que existía confesión- se formaliza (en instrumento público constitutivo en caso de S.A.). El problema es otro, y es coherente con otro de los muchos argumentos que se dan para negar la inscripción: si la sociedad así creada perjudica a terceros

³² MESSINEO, Francesco *Teoría general del Contrato*, Ed. EJEA, Buenos Aires 1952, pág. 3.

³³ GALGANO ob. cit. pág. 449.

³⁴ GALGANO ob. cit. pág. 450/1.

allí se producirá el intento de fraude a la ley y la solución será otra, no la de la nulidad de la sociedad, sino la extensión de la responsabilidad.

Se trata ni más ni menos que una situación alcanzada por el fallo de la CSJN en el caso Palomeque, como veremos.

2. Sobre el punto expresa la Cámara en el caso Fracchia:

“12. Tampoco ignora la Sala la existencia de doctrina autorizada que preconiza la aplicación del concepto del negocio jurídico indirecto e incluso, del negocio fiduciario en la constitución de sociedades unimembres o con un solo socio real (v. Garrigues, "Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil", Ed. Civitas, p. 49 y ss., con cita de Ascarelli, "Il negocio indiretto e le società commerciali", en Studi di Diritto commerciale en onore de Cesare Vivante, T. I, p.68; y en nuestro país, Yadarola, "El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista", en Homenaje a Yadarola, T. II, p. 371).

El negocio indirecto aludido puede concebirse en términos generales como aquél en el que para la consecución de un fin, se hace uso de una vía oblicua o transversal (cfr. Cariota Ferrara, "El Negocio Jurídico", Ed. Aguilar, p. 212), pero el mismo exige como presupuesto un negocio causal típico, realmente querido por las partes, aún cuando persiga fines diversos de aquél, y este recaudo difícilmente puede considerarse satisfecho ante la propia ausencia genética de voluntad de asociarse y de participar en un emprendimiento común (cfr. Dominedo, "Le anonime apparenti", referido por Garrigues en op. cit.).

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la validez del negocio indirecto, que supone una discordancia entre la causa final prevista por el ordenamiento y la perseguida por las partes, también se encuentra sujeta a que esta última merezca el reconocimiento y la tutela del ordenamiento jurídico (cfr. Rivera, "Instituciones de Derecho Civil", Parte General, T. II, p. 611/2, Ed. Abeledo Perrot), lo que no ocurre en el caso por mediar apartamiento inequívoco de la legislación actualmente vigente.

Nótese que incluso quienes admiten esta calificación jurídica alertan sobre la posibilidad de que el negocio fiduciario constituya un fraude a la ley (v. Garrigues, op. cit., p. 72 y ss.) o directamente concluyen que este negocio indirecto resulta inconciliable con nuestro régimen societario vigente (v. Gagliardo, op. cit., p. 77).

13. La solución adoptada pues es la que se impone en el marco de aquél y de la interpretación sistemática y armónica de las normas que lo integran.

Un temperamento contrario, lejos de resultar congruente con esta interpretación, importaría un liso y llano apartamiento de la normativa vigente que resulta inadmisibles, toda vez que se encuentra vedado a los jueces el examen de la conveniencia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito de las atribuciones que le son propias (C.S.J.N., "Sichel, Gerardo Federico c/Massuh S.A.", del 8/6/89, Fallos 312:888)

De modo que debe primar la interpretación tendiente a dar pleno efecto a la intención del legislador, claramente expresada en el caso (C.S.J.N., "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes y banco de Corrientes", del 3/3/92, Fallos 315:158).

La aceptación del negocio aparente fue recogida por la Cámara Comercial de la Capital Sala B "En las sociedades anónimas, la concentración de la totalidad de las acciones en una sola persona impide la actuación normal de los órganos sociales. En este supuesto no

*es aplicable la doctrina del tribunal en materia de intervención, en razón de tratarse de una sociedad anónima aparente*³⁵”.

La doctrina ha marcado la diferencia entre el contrato simulado y el contrato fiduciario (llamado, bajo otro aspecto, indirecto)³⁶.

3. Para advertir la dificultad de la temática, citamos a Betti, que al distinguir entre negocios fiduciarios, indirectos y simulados³⁷ señala que el “negocio fiduciario presenta dos momentos esenciales: de una lado (real, o mejor dicho externo) se trata de conceder o hacer gravitar un derecho patrimonial sobre la persona del fiduciario...; del otro lado (obligatorio, o mejor dicho interno) se pretende limitar el ejercicio de este derecho en vista de su finalidad de servir el interés del fiduciante”. Se trata ni más ni menos que el fenómeno del socio aparente, recogido en nuestra legislación y por tanto legítimo. En otro aspecto subraya que el “negocio indirecto radica en la necesidad de aprovechar un tipo de negocio para la consecución de un fin distinto de aquel que su causa típica representa; necesidad que nace de la carencia de tipos más adecuados a disposición de la autonomía privada. El fenómeno es, en su génesis, estrictamente afín al de la simulación, donde igualmente se presenta una discrepancia consciente entre la causa típica del negocio escogido y la intención práctica perseguida en concreto por las partes. ... La diferencia entre ellos, según una opinión corriente, está en que el negocio indirecto sería efectivamente *querido* y el negocio simulado no lo sería, y que en aquél la discrepancia con la función típica del negocio sería visible, es decir, ostensible en el contenido mismo del negocio, mientras que en la simulación sería, precisamente disimulada. Pero en estos términos la diferencia no parece exactamente recogida, sino en cuanto se acepte el dogma de la voluntad en la concepción del negocio y, si se profundiza en el examen, se presenta de un modo distinto. En el fenómeno de la simulación, la discrepancia de que se trata representa una verdadera incompatibilidad, y esto señala el motivo de que normalmente, no necesariamente sin embargo, el fin disimulado no se haga visible en el contenido del negocio (porque sería contradictorio ... Por el contrario, en el negocio indirecto, de una manera análoga a la del negocio fiduciario, la discrepancia de la función típica del negocio asume el carácter de una simple incongruencia de fines que, aunque distintos, son compatibles entre sí”.

Abundamos trayendo lo conversando con Orlando Manuel MUIÑO en aspectos que podrán también verse en su libro -que hemos recomendado al inicio de este trabajo-, reconociendo que si se sigue el trayecto de la evolución del concepto de la sociedad unipersonal, podemos destacar dos tendencias fundamentales que se presentan también en el caso Fracchia:

La tendencia anglosajona, claramente expuesta en Inglaterra, en el famoso caso *Salomon vs. Salomon & Company*, donde la Cámara de los Lores reconoció la existencia de una sociedad unipersonal, afirmando que como el estatuto (ley) permitía que un miembro tuviese una sola acción, en realidad sancionaba el esquema por el cual todas las acciones, excepto las que fuesen necesarias para calificar a los fundadores, perteneciesen a un solo

³⁵ Fallo del 24 de julio de 1963, Revista de Derecho Comercial año 1968 pág. 625.

³⁶ MESSINEO, ob. cit. pág. 61 y ss..

³⁷ BETTI, ob. cit. pág. 232 y ss..

individuo; debiendo reconocerse que un individuo puede constituir una sociedad siempre que se asocie por lo menos nominativamente, con otros, por lo que el requisito del número mínimo de fundadores es puramente formal y no sustancial (como se reconoce en la erudita resolución del Registrador madrileño que transcribiremos más adelante), existiendo amplio reconocimiento de este fenómeno en la práctica.

En los Estados Unidos³⁸, no es poco frecuente que un individuo desee constituir una sociedad para llevar a cabo su negocio, y, a los efectos de cumplir con el estatuto, se asegura que exista un número de personas que le presten su nombre a los efectos de constituir la sociedad, aunque no se espera que tengan interés financiero alguno en la ventura, ergo, nuevamente, el número mínimo de socios no es más, hoy día, que un requisito formal en los E.U.A.

En la Europa continental por el contrario, si analizamos casos como el de Italia, podemos constatar que el desarrollo jurídico de la sociedad unipersonal siguió un derrotero diferente. Así se planteó la posibilidad de la existencia de la denominada *società di comodo*³⁹, o sea, la sociedad constituida por un único accionista o la concentración de las acciones, con el transcurso de la vida societaria, en un solo accionista. Para lograr ese objetivo, se ideó la constitución de la sociedad con una serie de prestanombres, a los efectos de cubrir el requisito de socios mínimos de la legislación vigente. Frente a dicha realidad existieron, fundamentalmente, dos teorías antagónicas: una parte de la doctrina, hoy minoritaria, que consideraba que era un caso de simulación, ya que los fundadores no tenían la voluntad de convertirse realmente en socios de la sociedad que habían creado, o que contribuían a crear por "comodidad" (conveniencia) del otro. Dichos individuos eran por tanto complacientes "prestanombres" que fingieron suscribir el contrato societario aunque, en realidad, el que lo suscribió fue el que pidió utilizar sus nombres y les proporciona los medios (aportación), habiendo obtenido el compromiso (pacto de cesión) de la transmisión, a su favor, de las acciones emitidas a sus respectivos nombres. Para dicha rama doctrinal, la intención simulativa y fraudulenta y la falta de pluralidad de socios hacen inválido el negocio.

En el derecho francés⁴⁰, la personalidad jurídica no resulta únicamente del respeto del formulismo legal, sino que responde a una condición substancial. Esa es considerada, en la doctrina, como constituida por la noción de "interés objetivo distinto" a aquel de cada uno de sus socios. Si ese interés colectivo no existe, la sociedad será de "pura fachada", "ficticia" y no tendrá personalidad jurídica.

Otra parte de la doctrina, hoy dominante, consideraba que si bien pudiera existir simulación en la constitución de una sociedad, en el caso de sociedad "de cómodo"⁴¹, no

³⁸ STEVENS, L.R. 1897 A.C. 22 que revocó a Bronderip vs. Salomon L.R. 1895 2, Ch.323, citado por STEVENS, Robert S., *Handbook of the Law of Private Corporations*, Hornbrook Series, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 2a. ed., p. 121 y ss.

³⁹ Cfm. CERAMI, Vincenzo, *Ressegna di legislazione e giurisprudenza*, Riv. Soc., año 1956, p. 276 y ss.

⁴⁰ HOUIN, Roger, *L'Abus de la Personalite Morale Dans Les Societes Per Action en Droit Francais*, en la *Societa Per Azioni Alla Meta del Secolo XX*, Ed. Cedam, Padova, 1961, T.1, p. 352 y ss.

⁴¹ Queda excluido de este análisis el caso de las sociedades constituidas en fraude de ley o de terceros, a las que podrían aplicarse normas, como el art. 16, Cód. de Com. de Honduras, que afirma: "Las sociedades que tengan una finalidad ilícita o que ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán declaradas nulas, aunque estén inscritas. La acción podrá ser ejercida por cualquier interesado o por el Ministerio Público y tendrá como consecuencia la disolución y liquidación de la sociedad sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediera. El importe resultante de la liquidación se aplicara al pago de la responsabilidad civil y el remanente, si lo hubiera, a la beneficencia pública de la ciudad en que la sociedad hubiere tenido su domicilio; Cfme. Laureano GUTIERREZ

puede hablarse de simulación porque no hay nada de simulado en el uso de un instrumento jurídico, sociedad por acciones, para lograr el fin, no fraudulento, de ejercitar el comercio individual bajo el régimen de responsabilidad limitada; los fundadores quieren, seria y efectivamente, la creación de la sociedad persona jurídica, la formación y existencia de un patrimonio social distinto de aquel del socio, obteniendo la titularidad de las acciones para estar en condición de transmitir las, después, a la persona para ventaja de la cual la sociedad es pre-ordenada. La sociedad, por tanto, existe formal y sustancialmente y la pluralidad de socios, en la articulación del acto constitutivo, no falta, aunque posteriormente falte por la concentración de las acciones en una sola mano.

En una línea doctrinal paralela, Ascarelli⁴² cita jurisprudencia italiana como la de la sentencia del 8 de abril de 1936 de la Corte de la Casación que mantuvo: "la sociedad anónima que se haya constituido de acuerdo con la ley y como tal se haya exteriorizado, resta intangible con todos sus efectos, cualquiera que sea la intención de los sujetos que la crearon, y por tanto -aún cuando la intención consista, exclusivamente, en la limitación de la responsabilidad sancionada por el artículo 1948 del Código Civil (italiano)-, los terceros que operen con la sociedad anónima no tienen, normalmente, el medio de superar los límites de la constitución social a la responsabilidad limitada, aunque se demuestre, con cualquier medio, que la anónima es un instrumento de cómodo", sentencia que, a su vez, fue reiterada por la del 30 de septiembre de 1955 número 2697⁴³: "la constitución de la sociedad anónima de cómodo no implica simulación de esa, sino responde a la exigencia práctica de limitar la responsabilidad únicamente al capital social configurando una finalidad que no está en contraste con el ordenamiento jurídico y por ende que merece protección jurídica".

Para Ascarelli, autor de la doctrina del negocio jurídico indirecto, la autonomía de la voluntad de las partes en la creación de negocios típicos permite recurrir a un negocio regulado para fines indirectos por efectos de una "inercia jurídica" de la eventual mayor certeza de la disciplina en el negocio adoptado. Al decir de Garrigues⁴⁴: "El propósito último de los contratantes (permitir el ejercicio del comercio a un comerciante individual con beneficio de la limitación de la responsabilidad) pasa a ser aquí causa del negocio, mientras la causa típica legal de este negocio se convierte en puro medio para la consecución de aquel fin".

Recogiendo la propia doctrina, Ferri⁴⁵ afirmó que en la llamada sociedad "de cómodo" no podía negarse la voluntad de los contratantes de crear la sociedad, aunque dicha creación sea deseada con el fin de reunir las acciones en una sola mano; en otras palabras, lejos de estar en el caso de un contrato societario simulado, estamos frente a un negocio jurídico indirecto, ya que no puede desearse el fin sin desearse el medio, deseando las partes realmente dar vida, en la hipótesis en análisis, a una sociedad, si bien es función meramente instrumental respecto de la constitución de una sociedad en una mano.

FALLA, Laureano, Coordinador de la Maestría de Derecho Mercantil de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras DYE 10.122 (UNAH).

⁴² ASCARELLI, Tulio, *Studi in tema di societa*, Editorial Giuffrè, Milano, 1952, p. 71 y ss.

⁴³ Véase Riv. Soc. 1956, p. 294.

⁴⁴ GARRIGUES, Joaquín, *Negocios fiduciarios en derecho mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, p.70 y ss.

⁴⁵ FERRI, Giuseppe, *Delle societa*, en Scialoja-Branca, comentario del CC, segunda edición, Bolonia, Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1968, p.58.

Resulta de interés sobre el tema, la sentencia del Tribunal Supremo Español del 25 de mayo de 1944, de la cual fue ponente Castán Tobeñas⁴⁶, cuando mantuvo que “si bien es elemento fundamental de todo negocio jurídico la existencia de una declaración de voluntad que tenga como sustrato una voluntad efectiva, y es, por otra parte, elemento constitutivo esencial y muy destacado de los contratos, y en general de cuantos negocios contengan una atribución patrimonial, la existencia de una “causa” que confiere significado jurídico al negocio, señalando la finalidad que con este se persigue, y de la que depende la validez, o, cuanto menos, la subsistencia de la ventaja patrimonial concedida, no ha de deducirse de esta doctrina, fundamentalmente recogida en el art. 1261 (del C.C. español) y preceptos concordantes del C.C. que cualquier falta de adecuación entre la voluntad interna y la declarada o bien cualquier incongruencia entre la causa expresada y la causa verdadera de la operación, o en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica de la misma, hayan de producir la ineficacia del negocio, pues, por el contrario, puede éste ser válido y producir sus efectos, tanto en el caso de la mera disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido, por la utilización de una vía oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas que permita la obtención de un resultado no previsto en los cuadros de la ley, negocios “indirectos” y negocios “fiduciarios”, válidos cuando no envuelvan fraude de ley...”

*VII - DOBLE ASPECTO EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN.

Advertida la dificultad de acordar en algunos aspectos, debemos tratar de desbrozar el camino distinguiendo entre el negocio constitutivo y la sociedad en acción.

Ascarelli señaló la complejidad de atender el negocio asociativo, en cuanto se entremezclan el negocio constitutivo de una sociedad y la sociedad persona jurídica. La sociedad aparece en su constitución como un acto, art. 1137 C.C., constituyendo así el aspecto o elemento contractual, a través del cual nace una persona jurídica (art. 33 C.C. art. 2 LS-, donde aparece el aspecto o elemento institucional, como institución jurídica que una vez que nace debe cumplir procedimientos estrictos para dejar de tener relevancia y efectos jurídicos.

Se tutela la empresa por medio de la división patrimonial, como centro imputativo de las relaciones externas que genere con terceros -a quiénes se protege por medio de esa división-. La empresa es la forma de darse el objeto de la sociedad, representando entonces su manifestación una actividad, constituyendo ello el aspecto o elemento funcional de la relación asociativa.

En nuestro sistema jurídico actual el Estado otorga la personalidad jurídica a través de una ley general, conforme a la cual quiénes se adecuen a esa norma pueden generar un nuevo ente donde la personalidad jurídica aparece conferida al inferirse esa adecuación, se trata de la capacidad jurídica de dar nacimiento a un ente a través de la autonomía de voluntad privada.

Cada sistema jurídico puede emplear una técnica jurídica, en respuesta a los agentes económicos, por lo que la respuesta legislativa puede ser diversa respecto de la sociedad y

⁴⁶ RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, Editorial Aguilar, Madrid, 1961, T.II, p. 4559.

otros contratos de organización: con o sin personalidad como división patrimonial autogestante, con límites de responsabilidad diverso de los socios o partícipes como modos de impermeabilidad patrimonial. Dependerá de la política legislativa que se reconoce como sociedad, que en nuestro derecho es siempre persona -no sólo los tipos previstos sino la sociedad de hecho, que es de política legislativa también aceptar su personificación o los grados de responsabilidad que genere-

La sociedad en nuestro régimen jurídico no es un contrato sino una persona jurídica, que nace normalmente -no esencialmente- por medio de un contrato en el que los constituyentes de una empresa eligen ese medio técnico para su estabilidad y organización.

Ese medio técnico puede ser usado por ley, decreto u ordenanza, para organización empresaria del Estado en sus varias formas, o por negocio unilateral -por el Estado o por un negocio societario colegial unilateral como es la escisión-, o contractual -la forma más empleada- o testamentario o por imposición del cónyuge supérstite -variables del art. 28 LS para protección de la empresa familiar- o por decisión concursal ante al acuerdo aprobado por los acreedores en acto unilateral colectivo, y con las reformas se receptorá plenamente la constitución de una persona jurídica societaria por declaración unilateral de voluntad del titular -persona física o jurídica- del patrimonio que se escinde.

La sociedad como medio técnico de organización, personificada siempre en nuestro derecho, se independiza cada vez más de las vicisitudes de los vínculos personales y de sus avatares funcionales. Esto se advierte en el mantenimiento de una sociedad devenida de un sólo socio, en la no disolución por muerte o por resolución o rescisión parcial, y los efectos del abuso o de la nulidad de la sociedad, que afectan el régimen de responsabilidad o al tipo como medio elegido, pero no la relación societaria como medio jurídico impuesto por el sistema legislativo.

Conforme a ello y como lo venimos sosteniendo en anteriores trabajos, aunque la constitución de una sociedad anónima puede ser simulada y los efectos de la invalidez no son distintos en el derecho societario o de las relaciones de organización que respecto a los actos jurídicos, deben aclararse algunos puntos.

En efecto, descartamos que el efecto de la nulidad absoluta sea distinta para las sociedades que para los actos. El efecto siempre es *ex tunc* sobre el negocio constitutivo del tipo de sociedad-persona que ha actuado.

Pero al mismo tiempo debemos recordar que las nulidades se refieren a actos o negocios jurídicos y no a personas.

Así las cosas, la nulidad absoluta afectará en el caso al negocio constitutivo desde siempre, pero ello no hará desaparecer la personalidad jurídica, o sea el centro imputativo o de simplificación de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, el patrimonio generado.

Lo que se alterará será la relación de segundo grado, el tipo de sociedad que se intentó crear, no estaremos frente a una S.A. o una S.R.L., sino frente a una sociedad de hecho, devenida de hecho desde su nacimiento por la nulidad que afectó al vínculo. Y ello no eliminará la responsabilidad de las personas que aceptaron hacerse pasar como socios, socios aparentes. Los terceros tendrán acción contra ellos, obviamente contra el socio controlante,

sin perjuicio luego de las acciones internas que el socio aparente pueda dirigir contra el controlante.

Esta posición zanja cuestiones:

No existe la sociedad o tipo de sociedad que se aparentó crear, hasta puede cuestionarse el Estatuto mismo de la sociedad. El fraude legal conlleva la responsabilidad de los socios.

Se ratifica así que inscripciones o autorizaciones no tienen efecto saneatorio.

Lo que parece fundamental es destacar que no puede trasladarse el efecto invalidatorio a una persona jurídica. Cuando se hablaba de desestimar la personalidad, como en el caso Asteggiano, muchas comunicaciones a Congresos⁴⁷ destacaron que esa desestimación, inoponibilidad, o nulidad, no podía afectar a los terceros imponiendo en el peor de los casos la liquidación de la persona jurídica, del centro imputativo, antes de atribuir los derechos restantes a los terceros afectados (herederos, acreedores, sociedad conyugal).

En el sistema jurídico del derecho privado, la personalidad jurídica no puede ser allanada en su desconocimiento, sino en dos modalidades: eliminando los efectos del tipo societario que generó la personalidad, extendiendo la responsabilidad, o sin hacerlo imputar también los actos al controlante torpe (en el caso el socio real único), distinguiendo así la diferencia entre imputación y responsabilidad⁴⁸.

Se podrá señalar que la nulidad afectó la escisión patrimonial del único verdadero socio en perjuicio de sus acreedores individuales y en beneficio de los acreedores sociales. Pero en nuestro país se ha dado preferencia en ese aspecto a la apariencia, y en el caso si la sociedad opero lo hizo eventualmente como sociedad de hecho. Si dos personas –sin contrato escrito ni Estatuto- operan como si fuera en sociedad, mayoritariamente se acepta considerarla como sociedad de hecho persona jurídica, sin distinguir si uno de los socios es aparente o no, pues se privilegia a favor de los terceros la apariencia. Y en tal caso los bienes afectados a la sociedad responden en primer lugar en beneficio de los acreedores sociales subordinando legalmente a los acreedores individuales. El proyecto del 2005 potencia esta situación frente a la sociedad informal, pues formalizada la declaración indubitable se genera la personalidad y la subordinación de los acreedores individuales.

*VIII – EFECTOS DE LOS NEGOCIOS SOCIETARIOS CONTRARIOS AL SISTEMA JURÍDICO.

Revisando los efectos de la actuación de una sociedad en la situación apuntada, quizá podamos encontrar una solución práctica a un difícil problema doctrinario. Sobre estos temas nos hemos ocupado anterioridad al referirnos a la nulidad absoluta en las sociedades o a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica⁴⁹.

⁴⁷ Como la ya citada de Bargallo y Favier Dubois (h).

⁴⁸ Nto. *Las relaciones de organización* cit. pág. 305 y ss., especialmente pág. 310, e “¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica? Comunicación en tomo II pág. 619 Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992, Congreso >Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa V Congreso de Derecho Societario.

⁴⁹ En sendos capítulos de nuestro libro *Las relaciones de organización* citado.

1. La nulidad absoluta en los negocios asociativos no es distinta a la de los negocios de cambio para los que se configuró toda la estructura de nuestro Código Civil.

Simplemente se impone distinguir con la personalidad jurídica que no puede ser afectada por la declaración de nulidad más allá que constituir una causal de disolución. Los terceros deben ser preservados como lo sostuvimos al referirnos a que nunca se “desestimaba la personalidad jurídica”, que sólo podía ser tenida por inoponible en limitados casos, que en la mayoría de los casos implicaba no tener en cuenta la limitación de responsabilidad que emanaba de ciertos tipos societarios –lo que generó alguna crítica por no entenderse la posición que fue claramente explicitada en el Congreso de Huerta Grande, reproduciendo párrafos anteriores-.

En similar sentido expresaba Yadarola⁵⁰ “La doctrina separa, generalmente, dos aspectos del problema: 1º Cuando la sociedad anónima nace con un solo accionista; 2º Cuando la concentración de las acciones en una sola mano se produce durante la vida de la sociedad. En el primer supuesto y partiendo de la exigencia legal de un determinado número de accionistas indispensables para constituir la sociedad, se afirma su inexistencia cuando falta la voluntad de participar efectivamente en la sociedad si las partes no entienden (no pretenden), *ab origine*, sino obtener la autonomía patrimonial de un participante (en ese caso) no existe sociedad; no se puede –se agrega- querer un verdadero régimen social cuando simultáneamente se persigue el solo dominio individual del único titular; y se concluye afirmando el carácter aparente o ficticio de tales sociedades cuando no su simulación. Nosotros no compartimos este criterio –afirma Yadarola-. Partiendo del concepto de que el negocio fiduciario es un negocio jurídico válido, ya que cabe dentro de la libertad de crear relaciones jurídicas atípicas que no alteran ni afectan el sistema de la ley, y ante la afirmada existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, consideramos que la participación en el acto constitutivo de la sociedad, de accionistas que, en verdad, no aportan sino los fondos del único participante que cubre el capital social, configura un típico *pactum fiduciae causae* entre unos y otros”. Ese accionista con ínfima participación interviene en el acto como si fuera un accionista, con todos los derechos y responsabilidades consiguientes. Descarta también que se coloque a “sociedades así constituídas en el ámbito de los negocios simulados”.

*2. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. SIMPLIFICACIÓN DE LOS EFECTOS.

Lo que corresponde en el caso es que no se produzca el efecto deseado por la parte que afectó el sistema jurídico, intentando limitar su responsabilidad.

Debemos destacar que las contribuciones en la constitución de sociedades no responden necesariamente al criterio de simular un socio para constituir ese tipo de sociedades, sino a la necesidad de dar participación asociativa a un técnico o un operario calificado que hace al negocio y no a una mera relación de dependencia. Pero también en

⁵⁰ *El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista* citado, especialmente pág. 430 y ss.

muchos casos responden a las disponibilidades que cada socio registra en su posición impositiva (dinero blanco) que impone que a veces el supuesto socio minoritario sea el único y controlante real, pues el socio mayoritario integra la sociedad por la falta de disponibilidades en su declaración impositiva del aparente socio minoritario, que recurre a esa argucia de disponer de un socio con disponibilidades en su declaración impositiva para integrar el real capital social, lo que luego será reajustado con la funcionalidad de la sociedad a través de aumentos disímiles de capital resultantes de utilidades de la sociedad.

Esta en claro entonces que la nulidad no afecta a la personalidad jurídica, tampoco –en general- la inoponibilidad. Afectado el negocio constitutivo por la nulidad, *ex tunc* si fuere la nulidad absoluta, el efecto sobre la personalidad sería permitir promover la liquidación, generándose una causal de disolución. Los terceros que contrataron con esa sociedad-persona jurídica no podrán ser afectados, y los socios de esa sociedad-persona no podrán oponer a ningún tercero los efectos del negocio constitutivo, por ejemplo la limitación de responsabilidad.

Si se recurriera a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica referida en el art. 54.3 LS el efecto sería el mismo, aunque limitados a la litis en particular. Si algunos acreedores promovieron la acción, solo frente a ellos los socios de la sociedad-persona jurídica no podrían evitar su responsabilidad o su imputabilidad –según el supuesto-. Si la acción se hubiera entablado en una quiebra el efecto se generalizaría sea por aplicación de esa norma o de la extensión de la quiebra a los socios solidariamente responsables .art.160 LQ-. La Cámara en el caso Fracchia reconoce esa vía, para el caso que la sociedad hubiere funcionado.

En el aspecto de las participaciones ínfimas frente a una presencia mayoritaria, en aspectos fiscales la jurisprudencia ha sido constante. Las normas impositivas están a la situación económica real con independencia de las formas escogidas por los contribuyentes, dando así prevalencia a la naturaleza del acto sobre la calificación que le atribuyan las partes⁵¹. Así los casos Parke Davis⁵², Mellor Goodwin⁵³, el Tribunal Fiscal en sentencia del 7 de abril de 1969 en la causa Phillips Argentina S.A.⁵⁴ determino que si dos sociedades, una de las cuales era propietaria del 99,52 de las acciones de la otra, posteriormente se fusionan mediante la absorción de una de ellas por la otra, el acto de transferencia de los automotores de la firma absorbida a la absorbente no ha tenido carácter oneroso y, en consecuencia, no corresponde el cobro del impuesto a la compra y transferencia de automotores. Campea en el aspecto tributario, bajo el principio de la realidad económica, la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Aceptada la sociedad como persona jurídica resulta una técnica imputativa que queda disponible como estructura de la funcionalidad económica, tanto al alcance de la autonomía

⁵¹ OTAEGUI, Julio César *Invalidez de actos societarios* Ed. Abaco, Buenos Aires 1978, pág. 230.

⁵² CSN 31 julio 1973 en Parke Davis y Cía. De Argentina S.A.I.C. con nota de MARTÍNEZ de SUCRE, Virgio J. L y CORTI, Aristides Horacio *Parke Davis – Caso Rector* en ED tomo 49 pág. 481.

⁵³ CSN 18 octubre 1973 en Mellor Goodwin S.A., con nota de los dos autores citados en la nota anterior *Mellos Goodwin – Una sentencia ejemplar* en ED tomo 51 pág. 341.

⁵⁴ ED 45-308, fallo 21177.

negocial como para la tutela de los terceros contratantes, y para el posterior ingreso de nuevos socios sin alterar la estructura.

El abuso de la autonomía negocial en las relaciones de organización siempre importa la responsabilidad de quién así actuara.

Así, en un supuesto que engloba al caso Fracchia –si no se hubiera impedido la inscripción- se refiere el fallo “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho”, donde pueden verse, pese a la aparente restricción a la aplicación del art. 54 in fine ley de Sociedades Comerciales, un interesante atisbo de soluciones para ciertos casos.

En el mismo, la CSJN (con fecha 3 de abril de 2003) al hacer suyas las consideraciones del Procurador General de la Nación (fecha 23 de octubre de 2001), parecería que sólo acepta la aplicación de la imputación y responsabilización al controlante torpe –la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica-, o a accionistas y directores, en supuestos en que la actividad desviada fuera genética respecto a la sociedad creada (“no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley”), lo que realmente implica confundirlo con el supuesto penal societario del art. 19 LS, restringido incluso éste.

Indirectamente la CS ha fijado cuatro casos de inoponibilidad (y quizá de actividad ilícita) vinculados a la sociedad aparente que señalaba Galgano o a la constituida en fraude a los acreedores o que opera en insolvencia:

- a. Bi/plurilateralidad genética simulada lícitamente
- b. Sociedad de cómodo, uno de cuyos supuestos –como eruditamente indica el fallo lo es la unipersonalidad encubierta.
- c. Infracapitalización material constitutiva
- d. Sociedad con actividad ilícita inicial.

Claro que esa interpretación se vincula más con una doctrina restrictiva en torno a la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades, que a la letra, espíritu y doctrina del referido art. 54 in fine.

La expresión de la Cámara en el caso Fracchia es ratificante de la aplicación de este remedio en el caso de haber funcionado la sociedad: “*Y que no se diga que la cuestión encuentra adecuada respuesta en el régimen de responsabilidad del socio aparente -LSC:34- o en la inoponibilidad de la personalidad jurídica -LSC:54, 3er.párr.- o en otros institutos, por cuanto los mismos aparecen reservados para una eventualidad ulterior y su procedencia no resulta excluyente de la solución adoptada en el caso, que se ajusta estrictamente a la detección de los vicios apuntados durante el iter constitutivo*”. Sólo se limita a posibilitar que ante tan flagrante actuación contra el sistema jurídico, la restricción se produzca en el momento constitutivo del tipo de sociedad con responsabilidad limitada de los socios.

La inoponibilidad de ciertos efectos es la respuesta adecuada en el sistema de las relaciones de organización, pues sin afectar la personalidad jurídica del ente, genera efectos de imputación o de responsabilidad que no resultan normales y que sólo corresponde efectivizar ante abusos funcionales o fraude a la ley.

*IX - ACTIVIDAD ILÍCITA.

Así la cuestión, se exhibe que podría enfrentarse casos similares no detectados constitutivamente y sin confesión del socio con participación mínima, que conforme algunos podrían ser señaladas como “sociedades inexistentes”, aparentes, simuladas, nulas, o ante un negocio indirecto. Ante ello nos centramos en los efectos que no son diferentes. La sociedad como persona jurídica existe, no con el tipo que se la intentó inválidamente constituir.

Hemos subrayado⁵⁵ la reticencia jurisprudencial al uso de la sanción prevista en el art. 19 LS en casos en que la actividad de la sociedad sea ilícita, sea genética o funcional posterior. Con los mismos argumentos podríamos señalar que la actividad de una sociedad de responsabilidad limitada así constituida va contra el sistema jurídico –pareciendo existir unanimidad en ello, al margen de la calificación jurídica del acto genético cuestionado-. Y el ir contra el ordenamiento jurídico, aún realizando actos lícitos, importa realizar actividad ilícita⁵⁶.

Alienta en la efectiva aplicación de un precepto, que puede determinarse de oficio y que acotaría definitivamente el uso irregular de las sociedades, algún considerando de la sentencia:

“10. En el contexto descripto, es evidente que el fin perseguido resulta contrario al ordenamiento jurídico vigente en tanto sujeta la constitución de sociedades al cumplimiento de una serie de requisitos esenciales e indisponibles para las partes -los mencionados sub 9, 2do. párr.-, insatisfechos, que suponen una pluralidad real de socios también exigida por la ley e igualmente incumplida....

Sucedee que la simulación no puede reputarse "inocente" en la medida en que persiga estatuir una irresponsabilidad parcial en apartamiento de la ley y con potencial afectación del derecho de los terceros cocontratantes, quienes no van a poder contar con el patrimonio íntegro del comerciante individual como prenda común por las obligaciones contraídas mediante la sociedad simulada, lo que la convierte en ilícita (arg. C.S.J.N., 3/4/80, diario ED 27/8/90, citado por Gagliardo, op.cit.).

La propia "causa simulandi" resulta pues contraria al ordenamiento jurídico positivo vigente y sus efectos, potencialmente perjudiciales para terceros, por lo que el acto debe considerarse "reprobado por la ley" (cfr. CCiv:957).

Tal parece haber sido la conclusión de la Sala A del cuerpo al confirmar la declaración de nulidad del acto constitutivo de cierta sociedad por simulación ilícita y padecer como vicio intrínseco la infracción a la pluralidad de sujetos exigida por la ley de sociedades comerciales (v. "D'Angelo, Aída S. c/Aída S. Fernández de D'Angelo y otros", del 4/10/84, ED 111:684 y ss.)”.

⁵⁵ Nto. *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2003, tomo 15 pág. 313.

⁵⁶ Particularmente si tal sociedad no cumple sus obligaciones, operando en insolvencia e intentando escudarse el socio controlante en la limitación de responsabilidad. Ver nto. *Responsabilidad de los administradores por deudas contraídas en cesación de pagos* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2003, tomo XVI pág. 507.

Se justifica la identificación de los fundadores por la atribución de responsabilidad ilimitada y solidaria para “la sociedad con objeto lícito con actividad ilícita, salvo para los socios que *acrediten buena fe*”⁵⁷.

Si se entendiera que la sociedad constituida con un segundo socio con participación ínfima atiende a fines ilícitos, el nuevo sujeto vendría a estar realizando actividad ilícita, esa relación no merecería tutela jurídica, habría sido organizada para violar el sistema jurídico y comportaría claramente actividad ilícita, aunque los actos que cumpla sean lícitos. Y en ese caso la sanción sería mucho más grave, pues a la inoponibilidad de la personalidad jurídica típica que habría querido generar, a la asunción de responsabilidad solidaria, se agregaría la sanción prevista en el art. 19 LS, de perder el derecho a la cuota de liquidación en beneficio del Estado, sin que pudiera invocar el fiduciario-testaferro (según como se lo quiera ver) ser socio de buena fe. Obviamente tampoco en este caso se afecta a los terceros acreedores de la sociedad, lo que se logra a través de la liquidación.

La actividad realizada en forma contraria a lo que dispone el ordenamiento jurídico, es la que permite categorizarla como ilícita⁵⁸.

No tenemos dudas que esta es la solución a aplicar cuando una sociedad continua su operatoria en cesación de pagos, y particularmente si se entiende que el socio propietario-controlante planificó la modalidad operatoria a través de un tipo de sociedad con responsabilidad limitada, para limitar su responsabilidad, con lo que afectó a terceros acreedores sociales con la insolvencia planificada.

*X - SOCIEDAD DEVENIDA UNIPERSONAL⁵⁹.

Para advertir ciertos dogmatismos, la diferencia entre personalidad jurídica y la responsabilidad del socio en la sociedad de responsabilidad limitada, nada mejor que referirse a la sociedad devenida unipersonal. En esta es donde se advierte mejor el carácter de persona jurídica de la sociedad. La sociedad subsiste al hecho que todas las participaciones sociales se encuentren en poder de una sola persona. La división patrimonial subsiste, las calidades de acreedores sociales e individuales también. La decisión de imponer al socio único una responsabilidad extendida es una actitud de política legislativa, que no corresponde a principios ontológicos, y si no se hubiera así dispuesto la responsabilidad recaería sobre el socio único en supuestos de abuso del medio técnico, sea a través de soluciones de imputabilidad o de responsabilidad.

⁵⁷ SASOT BETES, Miguel A. SASOT, Miguel P. *Sociedades Anónimas Constitución, modificación y extensión* Ed. Ábaco, Buenos Aires 1982, p. 95, quiénes en pág. 93 recuerdan la jurisprudencia administrativa que exigía que el número de 10 socios necesarios para constituir una S.A. antes de la ley 19550, se mantuviera en la funcionalidad, criterio no compartido por la Procuración General de la Nación.

⁵⁸ Alfredo Orgaz a quién seguimos en nro. *Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita* en libro colectivo “Anomalías societarias”, Ed. Advocatus, Córdoba 1996, pág. 175 y ss..

⁵⁹ La cuestión no podrá ser discutida ya en nuestro país a partir del magnífico libro sobre LA SOCIEDAD UNIPERSONAL de Ana Isabel Piaggi, que hemos tenido el honor de comentar. Sólo se podrá discutir sobre la cantidad de normas a introducir, haciendo farragoso y formalista el sistema, o simplificado y ágil sin perjuicio de la responsabilidad de los que recurran al sistema. Sobre ello puede verse el libro de Orlando Manuel MUIÑO, Ed. Advocatus, en prensa.

La magnitud de esa personificación, del grado de institucionalización de la sociedad-persona jurídica, se advertirá en las conclusiones en torno a los efectos del plazo de tres meses que otorga la ley para la recomposición del vínculo?. A los tres meses la sociedad ¿se extingue ope legis, desaparece la división patrimonial, desaparece el sujeto de derecho, no puede continuar operando imputativamente al patrimonio de la sociedad, se imputa directamente al patrimonio del único socio? Nuestra conclusión, que anticipamos es negativa.

Las respuestas que se otorguen a esos interrogantes ayudarán a entender mejor que es la sociedad en la técnica jurídica moderna y a romper ciertos mitos conceptualistas sobre la naturaleza no contractual de la sociedad, aunque normalmente -pero no necesariamente- se genera el sujeto de derecho por una disposición de naturaleza contractual.

La problemática de la sociedad de un solo socio tiene varios aspectos.

En primer lugar la aceptación por el sistema jurídico de la sociedad constituída unipersonalmente⁶⁰.

En segundo lugar el régimen aplicable a la sociedad devenida unipersonal.

Todos los Anteproyectos –de ley de sociedades o de unificación del derecho privado- receptan la unipersonalidad constitutiva para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, superando los cuestionamientos conceptuales que consideraban a la sociedad como un contrato. En general no formulan distinción entre si el declarante de la voluntad constitutiva es persona física o jurídica.

La noción de contrato⁶¹, o de agrupación de personas como indispensable para la génesis de una sociedad, ha sufrido una profunda alteración con la aceptación de la sociedad de un solo socio, ya receptada en nuestro país con las Sociedades del Estado⁶² y la escisión⁶³. La solución tiene una importante recepción en el derecho comparado: la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal es receptada en Suiza, Austria, Checoslovaquia, Lichstentein, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, siendo lícitas en el derecho inglés para *public y private company*⁶⁴, incluso por las Directivas de la Comunidad Económica Europea. La continuidad de las sociedades devenidas de un sólo socio no esta en discusión⁶⁵. En Francia, se admitió la sociedad unipersonal como empresa unipersonal de responsabilidad limitada(E.U.R.L) en la ley 85.697.- del 11 de julio de 1985, completada por

⁶⁰ GRISOLI, Angelo Grisoli *Las sociedades de un solo socio*; SORTAINS, Jean Pierre *La société unipersonnelle* en "Droit de sociétés. Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian", Paris, Libraries Techniques, p. 325; PIAGGI, Ana *Anotaciones sobre la sociedad unipersonal* en LL 1989-1-234; DE SOUSA CARMO, Eduardo *Sociedade unipessoal por cotas de responsabilidade limitada* en Revista de direito mercantil industrial económico e financeiro, San Pablo, 1989, n.75, 41.

⁶¹ Cfme. ZANELLI, Enrico Zanelli *La nozione di oggetto sociale*, Milano 1962, cit. por Roberto Fontanarrosa "Derecho Comercial Argentino" Ed. Zavalia, 1969, t. II nota 63.

⁶² ley 20705.

⁶³ De legge lata una sociedad típica, mediante una declaración colegial (unilateral, acto colegial complejo) una persona jurídica sociedad puede escindir su patrimonio generando el nacimiento de una o varias sociedades más, que, a su vez, pueden iniciar su gestión con un único socio.

⁶⁴ SOLA CAÑIZARES *La sociedad en participación* p. 14 y ss..

⁶⁵ Cfme. BOQUERA MATARREDONA, Josefina *La concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas*, Ed. Tecnos, Madrid 1990.

el decreto 86.909.- del 30 de julio de 1986. Se trata básicamente de una sociedad de responsabilidad limitada de socio único, que puede resultar, de la estipulación del acto constitutivo de parte de una sola persona o de la reunión en una sola mano de todas las cuotas de una S.R.L.. Este socio único puede ser una persona física o persona jurídica, pero la persona jurídica que constituya una sociedad unipersonal no puede ser a su vez sociedad unipersonal.

En España, la legislación, admite la unipersonalidad originaria o sobrevenida, tanto respecto de las sociedades de responsabilidad limitada como de las sociedades anónimas. Además, se incorpora la directiva 89/667/CEE del 21 de diciembre, la misma, trata de satisfacer, exigencias de las pequeñas y medianas empresas, no impide asimismo, que se alberguen bajo la unipersonalidad iniciativas de grandes dimensiones, sirviendo así a las exigencias de cualquier clase de empresas. Se admite expresamente, que la sociedad unipersonal pueda ser constituida por otra sociedad, incluso aunque la fundadora sea a su vez unipersonal (diferencia marcada con respecto a la legislación francesa), a la vez que se amplía el concepto de la unipersonalidad a los casos en los que la titularidad de todas las acciones o participaciones sociales correspondan al socio y a la propia sociedad.

La ley española 2/95 del 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, viabiliza la constitución y funcionamiento, de sociedades de responsabilidad limitada unipersonales, previendo el régimen de autocontrato, y para el caso que dentro de los seis meses de devenida el ente unipersonal no se hubiera inscripto en el registro mercantil, el socio único responderá personal ilimitada y solidariamente por las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad.

En Alemania, se recepta el tipo en la década del 1980, denominándola "Sociedad de Fundación Unipersonal", ello con el objeto de evitar la utilización de testaferrós.

Italia en 1994, incluyó en su código civil la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, constituida, por un acto unilateral de voluntad,"art. 2.475 y ss."

En Latinoamérica, Colombia admite la Empresa Unipersonal, en la Ley N° 222 del 21 de diciembre de 1995, vigente a partir del 21 de junio de 1996, mediante la cual se introdujeron reformas al código de comercio de ese país, en materia societaria. En sus artículos 71 a 81, crea la empresa unipersonal y la define como un tipo de organización mediante la cual una persona, natural o jurídica, que reúna las condiciones para ejercer el comercio, puede destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La empresa unipersonal, una vez inscripta en el registro de comercio, se constituye en una persona jurídica distinta de su propietario. En similar sentido Chile⁶⁶.

Separado el mito dogmático entre el contrato de sociedad y la sociedad sujeto de derecho, no existe obstáculo para reconocer el negocio unilateral en la generación de una sociedad-sujeto, o de una empresa individual dotada de personalidad jurídica, siendo más práctico la constitución de una sociedad, que en algunas legislaciones impone el léxico de

⁶⁶ Sobre el tema y el sistema societario en general en Chile: UBILLA GRANDI, Luis Eugenio *De las Sociedades y la EIRL. Requisitos, nulidad y saneamiento*, Ed. Lexis Nexis, Chile diciembre 2003. Sobre el tema en el derecho comparado y nacional puede verse CASTELLANOS, Alejandro Augusto *La pluralidad de socios como presupuesto de la personalidad societaria* en *El Derecho*, diario del 26 de noviembre de 2004, pág. 1.

“empresa individual” por el dogmatismo de la referencia original al contrato que da nacimiento a la sociedad persona jurídica..

Fundamental es rescatar que la causa objetiva del negocio constitutivo es la división patrimonial autogestante que genera la elección de la figura societaria personalizante, y la causa subjetiva determinada por el objeto (empresa ?) que se determina negocialmente como fundamento de la escisión patrimonial.

El negocio constitutivo se agota en el nacimiento de la sociedad-persona, con el Estatuto de organización..

La conformación a estos principios se advierten en el tratamiento de la sociedad devenida unipersonal.

*1. TECNICAS INDIRECTAS: LA SOCIEDAD DEVENIDA UNIPERSONAL⁶⁷.

Las apreciaciones precedentes son útiles para enfocar la situación de la sociedad constituida por un contrato, que resta constituida por un único socio por resolución de los otros vínculos. El conceptualismo cedió en la visión confusa entre sociedad y contrato constitutivo al aceptar el mantenimiento de la sociedad devenida de un único socio.

La diferencia entre persona y tipo societario, permite afirmar que la exclusión del socio en la sociedad de dos, prevista en los arts. 93 y 94,8, no alteran la personalidad jurídica, o sea el principio de división.

En cambio afectan la relación contractual, generando incluso un cambio en el régimen de responsabilidad de la sociedad en relación al socio único, titular de la totalidad del patrimonio social.

Se convierte en una sociedad unipersonal con responsabilidad similar -pero no igual- a la colectiva, sin afectarse por ello ningún principio fundante del sistema jurídico. Todo por lo contrario se tutela la subsistencia de la empresa, el principio de organización de bienes afectados a una función, la posibilidad de desafectación patrimonial de bienes del patrimonio individual por decisión unilateral por afectación de bienes a un fin.

Siempre se posibilita la recomposición del vínculo societario contractual.

*2. LA DISOLUCION.

La situación de la sociedad devenida de un sólo socio es tratada usualmente como causal de disolución.

*2.1. De todas formas existen varios sistemas para afrontar la cuestión:

a. Venezuela, no se disuelve por haber adquirido uno de los socios todas las acciones o cuotas SA o SRL.

España, en la SRL y la SA no constituye causal de disolución ni de responsabilidad.

b. Italia en la SRL y SA no es causal de disolución⁶⁸, sólo responsabilidad solidaria en caso de quiebra, el art. 2362 se refiere al caso de insolvencia. La personalidad jurídica adquirida

⁶⁷ Ver OTAEGUI, Julio C.: *Accionista único* en RDCO 1968 p. 297; LE PERA, Sergio *Sociedades unipersonales y subsidiarias totalmente controladas* en RDCO 1972 p. 7.

⁶⁸ GHIA, Lucio Ghia *Considerazioni sulla responsabilità patrimoniale dell'unico azionista* en Rivista del Fallimento e le altre procedure concorsuali, año 1989, 253. Cass.Sex. I. 19 noviembre 1981, n. 6151 "Mass. dec.Siv" 1981 n. 416.931.

por la sociedad de capital con la inscripción del art. 2330 C.C.I. y la perfecta autonomía patrimonial que se genera, comportan la exclusiva imputabilidad a la sociedad de los actos cumplidos y de la actividad realizada en su nombre y de sus consecuencias patrimoniales pasivas, con la consecuencia que, la violación de la regla del derecho societario que se traduce en daño a la sociedad, o para sus acreedores, o para los socios, o para los terceros, tiene como única sanción la responsabilidad civil de los administradores y eventualmente también del síndico, pero no implica la posibilidad que la titularidad de la empresa relativa a la sociedad pueda atribuirse o propagarse a los socios que, dentro de la relación de la sociedad, realizan como propia y personal, la actividad formalmente imputable a ella. Ello se agrava en el supuesto previsto en el art. 2362 C.C. con la extensión de la quiebra de la sociedad al accionista único.

Se otorga 6 meses para recomponer la plurilateralidad en las sociedades personalistas.

c. Chile, México y Colombia, causal de disolución sin plazo para su recomposición.

d. Francia 1 año, y luego puede demandar la disolución la parte interesada.

e. En nuestro país: 3 meses responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas en el lapso, aplicable a SRL, SA y personalistas.

En relación a la solución dentro de la que se enrola la legislación argentina existen opciones:

1. recomponer la pluralidad inmediatamente sin responsabilidad. Se mantiene la división entre la persona jurídica y el único socio. Si la recomposición es posterior, se genera responsabilidad solidaria del socio único. Agravada en la sociedad. colectiva pues no sería subsidiaria. Pese a ello entendemos que es subsidiaria, pues el socio único puede entregar bienes de la sociedad a la ejecución.

2. Promover disolución.

3. Recomponer pluralidad dentro 3 meses, con responsabilidad. Pese a ello, entendemos que la pluralidad puede ser recompuesta en cualquier momento posterior, pues no existe agravio para terceros.

4. Continuar con el giro social con responsabilidad. El plazo de tres meses no es limitativo de la continuidad del giro social. La sociedad, como medio técnico continuará su giro explotando la empresa con todos los efectos de la división patrimonial autogestante, propia de la personalidad jurídica que alcanzó. El plazo otorgado para recomponer la pluralidad impide que, durante ese término, un tercero interesado pueda incoar la disolución de la sociedad.

En la SRL el art. 160 LS impone que ciertas resoluciones se adopten con la intervención de por lo menos 2 socios. El objetivo de defender a la minoría decae cuando existe un sólo socio. Debe resolver el órgano, aún de un sólo socio, obviándose el requisito previsto en el tercer párrafo de esa norma que exige el voto de otro socio además del que compone la mayoría, por la propia estructura de la sociedad y que el fundamento de la norma es proteger a una minoría que, en este caso, no existe.

*2.2. SITUACION DEL SOCIO UNICO.

La norma actual implica precepto conminatorio, no sancionatorio pues no se impone nulidad, ni siquiera vencido el plazo previsto para reconstituir el vínculo. Sólo la responsabilidad del socio único:

1. Solidaridad de las nuevas obligaciones, no anteriores, salvo aplicabilidad del supuesto previsto por el art. 54,3 LS⁶⁹.

2. La extensión de la quiebra en principio no corresponde, salvo por supuestos del art. 161 LQ., al ser inaplicable la norma del art. 160 LQ. al no ser responsable solidario de la totalidad de las obligaciones conforme el art. 93 L.S..

3. Se mantiene la división patrimonial o sea la personalidad societaria, pese a la responsabilidad solidaria del único socio: los acreedores sociales concurren solos sobre el patrimonio social, y si quedan acreedores concurren en igualdad de condiciones por el saldo insoluto en forma conjunta con los acreedores individuales sobre el patrimonio del socio.

Si se llega a una situación de insolvencia, que es a la postre la que arrastraría a la responsabilidad solidaria, la situación no se diferencia notablemente del régimen italiano, que hemos comentado. No sería diferente la solución por aplicación de lo dispuesto por el art. 54 apartado 3 de la ley de sociedades, que será aplicable al socio único de aprobarse los proyectos en análisis en Argentina. Esa misma solución es hoy aplicable en el caso que se mantenga la pluralidad, cuando existe un socio mayoritario que abusa del control, que es la previsión normativa del referido artículo.

Sobre la posibilidad de permanencia de las acciones en una sola mano, parece interesante incorporar un caso de la jurisprudencia española, RESOLUCION de 21-6-1990 de la DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, de Madrid, España, con anterioridad a la reforma de la ley de sociedades en España que admitió la sociedad unipersonal, o sea bajo el régimen de la ley 17-7-1951.

El antecedente resulta ilustrativo para el supuesto –dentro de nuestra actual legislación– de una sociedad anónima devenida de un accionista único que mantenga su operatoria más allá de la previsión del art. 94 LS, en la modalidad que lo hemos sostenido. Los considerandos iluminan las mismas preocupaciones que venimos desarrollando y vinculan la cuestión del socio único y su eventual responsabilidad al tema central: capital suficiente.

Por otro lado, la riqueza argumentativa nos ha tentado a expresarla en transcripción casi completa, advirtiendo la distinta concepción de personalidad, perfecta e imperfecta en relación a las sociedades de capital y personalistas, que no se refleja en nuestro derecho.

Como resumen en torno a las sociedades unipersonales, en este caso, se aceptó la revisión de la doctrina mantenida por la Dirección General: compatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización del derecho de sociedades de capital; en la Mercantil «Masitur, S. A.», se modificó el artículo 23 de los Estatutos Sociales, ampliando las

⁶⁹ Considerándose sociedad-persona la sociedad unipersonalmente constituida o devenida, no se advierte incongruencia en aplicarle el régimen introducido por la reforma del año 1983 al art. 54 LS, sobre imputabilidad por abuso de control al socio o controlante tercero.

facultades del único Administrador. Presentada se deniega la inscripción. La Dirección General acordó estimar el recurso interpuesto, revocando el acuerdo y la nota del Registrador, bajo los siguientes fundamentos de derecho sobre los aspectos que nos interesan: *“En el tercer punto de la nota de calificación recurrida se invoca la inadmisibilidad de la sociedad unipersonal para rechazar la inscripción de una modificación estatutaria tendente a ampliar las facultades del administrador único -«rectius»: del objeto social. ... la exigencia de la pluralidad de socios inherente a la naturaleza de la sociedad, la falta de justificación de una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros cuando existe un solo socio y la inadmisibilidad, por imperativo del artículo 1911 CC del reconocimiento extralegal de patrimonios separados y de la consiguiente limitación de responsabilidad de la persona individual determinan el cierre del Registro a aquellos acuerdos sociales que, como el que ahora nos ocupa, son adoptados por el socio único sin hallarse encaminados a reconstruir la normalidad social (la pluralidad subjetiva), sino mas bien a perpetuar la situación preexistente (la unipersonalidad). La primera consideración que debe hacerse conduce a desvirtuar el argumento que afirma la incompatibilidad entre el concepto de sociedad y la situación de unipersonalidad. El argumento, en apariencia tan poderoso, se funda en una generalización injustificada. Bajo el concepto de sociedad se albergan realidades normativas muy distintas. El hecho de que algunas de ellas no puedan subsistir en situaciones de unipersonalidad no significa que las demás deban comportarse del mismo modo. Dicho de otra manera: si bajo el concepto de «sociedad» tenemos presente el modelo de las sociedades personalistas el argumento se revela ciertamente implacable. En estos tipos sociales, el contrato de sociedad -que es un contrato básicamente obligatorio despliega su eficacia produciendo derechos y obligaciones entre los socios, de modo que la propia sociedad se asienta sobre ese entramado de relaciones obligatorias que, por definición, sólo es posible entre dos o más socios («actio pro socio»). La sociedad en estos casos queda vinculada a las vicisitudes de su substrato personal. De ahí que pueda afirmarse que su personalidad jurídica -realmente imperfecta- se articule sobre el principio de pluralidad. El argumento que analizamos no puede extenderse, sin embargo, a las sociedades de capitales. ...El contrato, en efecto, no tiene por objeto producir relaciones directas entre los socios, sino que, por el contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y a establecer sus reglas de funcionamiento. Buena prueba de ello es que en esta clase de sociedades las relaciones no se entablan entre los socios, sino entre el socio y la sociedad. Se explica así que la personalidad jurídica de la sociedad -plena y completa- aparezca independizada de sus miembros y se asiente sobre el principio de unidad. El ente creado se separa de quienes le dieron vida y permanece inmune a sus vicisitudes. Un buen exponente de esta construcción legislativa nos lo ofrece la objetivación de la condición de socio que se lleva a cabo mediante la acción. La acción indivisible, acumulable, transmisible, permite objetivar la relación de participación en la sociedad anónima respecto de la persona de su titular. Una persona -podría decirse- es tantas veces socio como acciones posea. Cada puesto de socio subsiste como tal y no se ve alterado porque se acumulen varios. De ello cabe deducir que la reunión en la misma mano de todas las acciones, en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socio, no determina la invalidez conceptual de la*

sociedad unipersonal. La sociedad unipersonal constituirá así, probablemente, una «*contradictio in terminis*», pero no una «*contradictio in substantia*»....El segundo argumento de la doctrina que pretende revocarse apela a la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y la esencia de la personalidad jurídica.... En el fondo, el argumento parece presuponer que la personalidad jurídica de las sociedades de capitales se funda necesariamente sobre su estructura corporativa, de manera que al faltar la pluralidad de socios que dicha estructura inicialmente requiere carecería de justificación la atribución de personalidad, debiendo decretarse el fin de la persona jurídica. Se trata, sin embargo, de una presuposición inexacta, tributaria en buena medida, de las concepciones «realistas» de la persona jurídica, hoy en franca decadencia. El substrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico a que apelan las tesis realistas, sino la unidad artificial de imputación «válidamente constituida» (cfr. artículo 35 I.º II CC), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas. ...La pluralidad -e incluso más: la pluralidad cualificada (cfr. artículo 10.I LSA)- de socios constituye una condición de erección de la persona jurídica corporativa, pero no es una condición de subsistencia del ente, que, una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia supraindividual de sus fines (la explotación de una empresa que aspira a conservarse), queda independizado de sus miembros. Desde el punto de vista positivo, estas consideraciones se avalan por el hecho, ya indicado, de que la Ley no declara la disolución de la sociedad devenida unipersonal ni le concede un lapso de tiempo -según han hecho otras leyes- para que reconstruya su infraestructura corporativa. La personalidad jurídica, como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación, no se pone en entredicho por la «reductio ad unum». Naturalmente, para ello es preciso que la organización objetivada se manifieste en el tráfico como tal y se conduzca con arreglo a sus reglas de funcionamiento. Si esto no se hace así si el socio único (pero lo mismo vale para el socio plural) abusa de la institución- habrá que desestimar la personalidad jurídica y resolver en función de la realidad sustancial de las relaciones jurídicas. Es ésta, sin embargo, una tarea que corresponde realizar a los Tribunales. CUARTO.-Estrechamente relacionado con el anterior aparece el tercer argumento de la doctrina tradicional, que se funda en la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y el principio general de responsabilidad universal que consagra el artículo 1911 CC. El razonamiento adolece, en esta ocasión, de un vicio de especialización. La contradicción no se produce entre la sociedad unipersonal y el artículo 1911 CC; sino entre la sociedad anónima como tal y el artículo 1911 CC (o el artículo 127 C de C, que es su correlativo en el derecho de sociedades). Pero esa contradicción o, mejor dicho, derogación del artículo 1911 CC en el ámbito de las sociedades de capital en la medida en que se halla establecida por la Ley, es irrelevante. Cosa distinta es que se afirme que la limitación de responsabilidad consignada en el artículo 1 LSA carezca de fundamento en la sociedad unipersonal y que, en consecuencia se reclame una reducción teleológica del precepto que excluya de su ámbito de aplicación al socio único. Trasladada la discusión a este plano la respuesta ha de ser igualmente negativa: y ello por la sencilla razón de que, al menos en nuestro ordenamiento, la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital no se funda en la estructura

corporativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación -poco importa si a cargo de uno o de muchos socios- de un fondo de responsabilidad adecuado. Y es razonable que así sea. A los terceros -y no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros- les resulta de todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios; lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos. La magia de los números es inconsistente con la lógica del derecho. ... Vinculado al anterior se presenta también el argumento que apela a la incompatibilidad de la responsabilidad limitada de la sociedad unipersonal con el principio de correlación entre poder y responsabilidad. La constitución económica de un ordenamiento que ha optado por el modelo de mercado [artículo 38 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875)] no puede quebrantar, viene a decirse, el principio de correlación poder/responsabilidad que es consustancial al sistema de libre competencia y que, en última instancia, justifica el poder del empresario de organizar los factores de producción y su beneficio en el riesgo que asume de tener que pechar con las pérdidas de la explotación. Formulado de esta manera, el argumento, que no carece de cierta lógica, tampoco se revela decisivo, pues el socio único no está exento de responsabilidad. El socio único responde con el patrimonio social, que, naturalmente, ha de ser adecuado al nivel de riesgo de la empresa que trate de desarrollar. Del precepto constitucional se deduce que el que tiene el poder y obtiene el beneficio ha de responder. Lo que no se deduce es el «quantum» de esa responsabilidad; y menos aún que haya de ser ilimitada. SEXTO.-Pero las mejores razones para admitir la sociedad unipersonal no se hallan en el Derecho positivo, que ciertamente guarda silencio sobre la figura, sino en imperativos de la razón práctica. No puede desconocerse que la admisión de la sociedad unipersonal responde, en efecto, a necesidades muy dignas de ser tenidas en cuenta. Por un lado, se encuentran las exigencias del propio funcionamiento del sistema económico. Desde esta perspectiva, la sociedad unipersonal permite al pequeño empresario concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que ello resulte perjudicial -o, por lo menos, especialmente perjudicial en relación a las sociedades anónimas pluripersonales- para terceros. Por otra parte, la sociedad unipersonal subviene a importantes necesidades organizativas de la empresa. ... La negación de personalidad jurídica a la sociedad unipersonal significaría, además, abrir el patrimonio social al ataque de los acreedores personales del socio con daño para los acreedores de la empresa. Dado que la Ley no efectúa un pronunciamiento expreso de inadmisibilidad y que no se advierte la incompatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización del derecho de sociedades de capital, estas razones adquieren un peso decisivo en la construcción y desarrollo del derecho «praeter legem»”.

*2.3. LA DIVISION PATRIMONIAL. LA IMPUTACION PATRIMONIAL.

En el actual sistema la sociedad de un sólo socio (arts.93 y 94 inc.8 de la ley de sociedades) permite mantener este centro de imputación diferenciada, aparentemente por un plazo perentorio, pero de ninguna manera agota ese centro que podría mantenerse

indeterminadamente en beneficio de los terceros y de la propia empresa, como hemos comentado precedentemente.

Ello acaece aún ante la preceptiva literal del art. 93 LS⁷⁰ que permitiría pensar que, vencido el plazo de tres meses, se produce una confusión patrimonial al asumir el socio único el activo y pasivo sociales. Configurada la persona jurídica, con base en la división patrimonial, esa literalidad implica que el socio único es titular de la totalidad del remanente de liquidación, sin perjuicio de la asunción de responsabilidad que le impone la ley. Justamente la asunción de responsabilidad descarta la confusión patrimonial. Los acreedores sociales podrán hacer valer sus derechos sobre el patrimonio social, sin que puedan aducir los acreedores individuales del único socio la existencia de una masa única. La desaparición de la persona jurídica recién se efectiviza a través del proceso de liquidación.

La actuación del representante legal de la sociedad generará relaciones imputables al patrimonio de ésta, que se mantiene diferenciado de la propiedad del único socio, aunque éste mismo actúe como órgano societario.

*2.4. VENCIMIENTO DEL PLAZO E INSCRIPCION DE INGRESO DE NUEVO SOCIO.

¿ Que sobre el plazo de tres meses para reordenar la bilateralidad necesaria que señala la ley? Si se recompusiera fuera de ese plazo el juez no debería registrarlo ? Parece una conclusión excesivamente rigurosa. No existe una prohibición en tal sentido y debe estarse al presupuesto del art. 100 L.S.. La responsabilidad que mantiene el único socio hasta la inscripción de la incorporación del nuevo socio, unida a la responsabilidad del administrador por la actuación posterior a los tres meses, conforme dispone el art. 99 L.S. son previsiones suficientes, en resguardo de terceros, que no imponen de ninguna manera la conclusión de rechazar el pedido de inscripción de la incorporación posterior.

Ese plazo tiende a preservar la separación patrimonial, impidiendo que un tercero interesado intente la disolución de la sociedad devenida de un sólo socio.

Durante ese término no puede promoverse una acción tendiente a la disolución de la sociedad. Se protege la autonomía de la voluntad del socio único.

En relación a la causal de disolución, debe entenderse que cesa con la incorporación de nuevos socios, considerándose ello desde la notificación a la sociedad. La responsabilidad del socio único se mantiene hasta la inscripción de la incorporación del nuevo socio. No parece que exista un plazo de caducidad para la incorporación de un nuevo socio.

*2.5. LEGITIMADOS PARA PROMOVER DISOLUCION.

Estarían legitimados a requerir la disolución de la sociedad devenida de un sólo socio, después del vencimiento del plazo, y previa intimación a que la formalice el socio único, la autoridad de contralor, los ex socios de los que no se inscribió el retiro y los acreedores individuales. Éstos -únicos terceros perjudicados eventualmente- podrían pretender la

⁷⁰ Art. 93 Ley de sociedades. Exclusión en sociedad de dos socios. En las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del art. 92: el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 inc.8.

liquidación del patrimonio desafectado de propiedad de su deudor, para ejercer sobre él sus derechos sin afectar los derechos preferentes de los acreedores sociales, que deberían ser satisfechos con prioridad en la liquidación. Los acreedores individuales pueden tener interés legítimo que no continúe su deudor obligándose solidariamente en relación al patrimonio de la sociedad devenida de socio único. Ello es congruente con lo que hemos sostenido es el bien jurídico tutelado por la concesión de personalidad jurídica.

En general la doctrina ha negado a los acreedores individuales, como a los societarios, la facultad de solicitar la disolución de la sociedad, salvo cuando la causal fuese aplicable de pleno derecho o sea de inmediata constatación, no sujeta a declaración judicial de existencia⁷¹. En el caso no hay duda de la existencia de esa causal que legitima particularmente a los acreedores individuales del socio a requerir la disolución para evitar que los quebrantos de la sociedad unipersonal graviten sobre el patrimonio del único socio, en igualdad de tratamiento los acreedores sociales que los acreedores personales.

En el caso de sociedad incluida en el art. 299 de la L.S. estaría también legitimada la autoridad de control genérica o la específica. Esto desde el punto de vista formal, pues en general se satisface mejor el interés público manteniendo la actividad que procediendo a su cesación al liquidar la sociedad.

*2.6. LAS SOLUCIONES EN LOS ANTEPROYECTOS.

Constituyendo las sociedades soluciones de técnica jurídica, que permiten personalizar las relaciones vinculadas a una actividad empresaria por el recurso técnico societario, y es de política legislativa receptorlas conforme los bienes que se intenten tutelar, las discusiones en torno a la sociedad unipersonal han ensanchado el horizonte de soluciones, a la que adherimos. El planteo no es sólo que se concibe como sociedad, que a nuestro entender es siempre persona jurídica, sino como se concibe su gestación, esto es sólo por contrato o por otros negocios, desde judiciales a unilaterales. Todos los Anteproyectos, como habíamos adelantado, aceptan estos criterios con muchos ajustes en las normas, sin cambiar su substancia.

*XI - LA SOCIEDAD INFRACAPITALIZADA GENÉTICAMENTE.

Las referencias de la jurisprudencia española, punto XI-2.2, lleva a un punto central de la cuestión de la organización empresaria: patrimonio deficiente para el cumplimiento del objeto social, transfiriendo a terceros el problema.

Los temas que venimos tratando resultan similares a supuestos de infracapitalización formal en el momento constitutivo, que entonces coincide con la infracapitalización material.

⁷¹ Si bien no en forma explícita, se advierte esa solución en ZUNINO, Jorge O. Zunino *Disolución y liquidación* tomo 2 p. 152 y ss.; VERÓN, Alberto Víctor *Sociedades Comerciales* tomo 2 p. 183 y ss..

En ambos casos faltarían dos presupuestos naturales de la constitución de una nueva persona jurídica sociedad: el biplurilateralismo en la genética de la persona jurídica y su patrimonialización para el cumplimiento de sus fines (objeto social/empresa).

Por ello se sostiene la necesidad de congruencia entre patrimonio y empresa (posibilidad de cumplimiento del objeto social).

Y la Resolución IGJ n° 001416 del 4 de noviembre de 2003 en relación a la sociedad Gaitán, Barogel & Asociados S.R.L. expresa en el Considerando 7 en torno a la limitación de responsabilidad –centro de atención también en la sociedad con socio dominante y segundo socio con participación ínfima-: “el principio de limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales debe ser considerado como un privilegio que constituye una excepción al principio de unidad del patrimonio consagrado por el ordenamiento común. Tal derecho tiene como contrapartida la obligación de los socios de otorgar fondos suficientes para su cometido, en tanto el orden natural de las cosas obliga a concluir que deben ser éstos quienes deben soportar las consecuencias del actuar de una sociedad que ellos mismos han constituido, haciendo uso de un instrumento legal que el legislador ha otorgado con fines eminentemente prácticos. Corresponde concluir en tal sentido que si el capital social no guarda directa relación con el objeto de la sociedad, no es ni será posible hacer realidad la célebre expresión de Georges Ripert (*Tratado Elemental de Derecho Comercial* Buenos Aires 1954, Editorial Tea tomo 2 Sociedades pág. 235), en el sentido de que “*el capital social es la contrapartida de la limitación de responsabilidad del socio*”, del cual se desprende, con absoluta nitidez, que el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad del socio o accionista carece de todo fundamento sin un capital social suficiente, con el más probable riesgo que la sociedad anónima así infracapitalizada se convierta en un instrumento de fraude, como ha sucedido efectivamente en las sociedades que presentan tal característica”.

Concordando con el criterio, pero dudando de las posibilidades de control preventivo que, a contrario sensu, llevarían a pensar que si se ordena inscribir una sociedad –con el segundo socio con participación mínima o con capital mínimo- el problema ya no sería de los socios sino de los acreedores. En tal sentido recordamos que Yadarola⁷² que afirmaba “¿en virtud de qué principio jurídico puede admitirse que los acreedores que contrataron con la sociedad, que conocían o debían conocer su solvencia, han de tener derecho a una nueva garantía para sus créditos a expensas de los acreedores del único accionista? ... Los acreedores han contratado con una persona jurídica perfectamente constituida sin consideración al número de accionistas ni a la cuantía de sus aportes, con un patrimonio autónomo y es éste el único que debe responder por las deudas de la sociedad ; toda otra solución importa un ilícito enriquecimiento para los acreedores de la sociedad y esto sí que puede calificarse de *fraudem legis*”. Aporta en el mismo sentido a Ascarelli⁷³.

No compartimos este criterio, como resulta de la posición que venimos desarrollando. Justamente en el mismo libro colectivo *Homenaje a Yadarola* luce un artículo de Carlos

⁷² YADAROLA, Mauricio *El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista* en Homenaje a Yadarola, tomo 2 pág. 371 y publicado con anterioridad en Revista Jurídica de Córdoba año 1948. Las referencias corresponden a pág. 441.

⁷³ *Il negozio indiretto* pág. 71.

Alconada Aramburu⁷⁴ en el que apunta “El desarrollo ilimitado de la teoría de la personalidad y la aplicación maquinal de sus presupuestos, y consecuencias meramente lógicas ha comenzado a causar alarma. El ilustre catedrático barcelónés don Antonio Polo Diez destaca “que la muralla levantada entre la persona jurídica y los individuos que la componen... la barrera infranqueable ... presenta los primeros síntomas de crisis... porque un concepto de neutralidad... excesivamente formal... estaba llamado a conducir a degeneraciones perniciosas..., fruto de la técnica y del capitalismo contemporáneo... frente a la exaltación de la persona jurídica... gana terreno hoy la idea de que es necesario aportar limitaciones de orden moral y ético”⁷⁵”

Alconada Aramburu recorre en páginas posteriores la doctrina de Serick “La idea fundamental de persona jurídica, que el derecho ha tenido en cuenta para fijar su responsabilidad, debe ser primordialmente respetada en todos sus negocios jurídicos, pero, toda ficción solo debe ser mantenida mientras sirva a la finalidad para la cual ha sido creada. Debe compararse la finalidad, que en el caso persiga la sociedad, con aquella finalidad general que constituya el límite mismo puesto a la razón de ser de las personas jurídica”.

En ese orden de ideas la cita en Resolución de IGJ de Manovil “Predicar que la ley prevé la limitación o exclusión de responsabilidad de los socios en ciertos tipos sociales con la condición de que el recurso a estos tipos cumpla con el sentido y la finalidad de dotar a la compañía de un patrimonio propio de riesgo, realista y adecuado a la actividad social, que sirva de garantía efectiva en el mundo económico y jurídico en el que se inserta y desenvuelve la sociedad, tiene sustento normativo explícito en el artículo 2º de la ley 19.550 cuando habla del *alcance fijado en esta ley, para otorgar la condición de sujeto de derecho a estas sociedades*. Aunque lo que está en juego en el caso no es la condición de persona de la sociedad, jurisprudencia y doctrina anteriores a la introducción del tercer párrafo del artículo 54 por la reforma de 1983, que sustentaron en el artículo 2º para desestimar la personalidad societaria, en forma principal, precisamente para responsabilizar a los socios por los pasivos sociales”⁷⁶. Aunque concordamos con el criterio y efectos responsabilizatorios, no creemos que ello comporte “desestimar” la personalidad de la sociedad, que subsistirá a todos los efectos, sólo será inaplicable intentar limitar la responsabilidad o la imputación a través de la personalidad jurídica o del tipo societario elegido.

Cerrando esta exposición volvemos sobre la resolución del Registro de Madrid⁷⁷, transcribiendo un párrafo: “*la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital no se funda en la estructura corporativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación -poco importa si a cargo de uno o de muchos socios- de un fondo de responsabilidad adecuado. Y es razonable que así sea. A*

⁷⁴ *Empresa individual de responsabilidad limitada (Análisis del principio de limitación. Anteproyecto de Ley General de Sociedades)*, tomo III pág. 47, especialmente pág. 55.

⁷⁵ Prólogo a la obra de Serick *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de Derecho por medio de la persona jurídica*, traducida por José Puig Brutau, Editorial Ariel, Barcelona 1958

⁷⁶ MANOVIL, Rafael *Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio* en “Estudios en Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández”, pág. 602.

⁷⁷ Transcripta al punto XI – 2.2..

los terceros -y no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros- les resulta de todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios; lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos. La magia de los números es inconsistente con la lógica del derecho”.

***1. CONCURSO DE SOCIEDAD CON BILATERALIDAD OPINABLE.**

Debemos pensar, por otro lado, en orden a responsabilidad, sobre los efectos concursales de una declaración semejante en relación a una sociedad ya operando –en insolvencia- con bilateralidad opinable o infracapitalizada.

Llegamos así al punto central de un sistema concursal, que toma especial relevancia en lo societario: la responsabilidad. Ante la insolvencia del deudor, debe buscarse si hay responsables solventes, pues son ellos y no los acreedores los que deben paliar los efectos del incumplimiento del concursado.

Y aquí formalizamos sólo un catálogo de situaciones:

a. Los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos o de dificultad, que no fueron advertidos por los administradores, tienen una acción individual de responsabilidad contra éstos. Esa acción es:

a1. Extraconcursal, pues no se trata del presupuesto del art. 173 LQ, aunque en el supuesto no hay duda que existió dolo contractual.

A2. Puede promoverse tanto en caso de concurso preventivo, o extrajudicial, o quiebra.

A3. Puede promoverse aunque exista acuerdo homologado, pues no se advierte norma alguna que implique una novación o renuncia a las acciones de responsabilidad.

A4. Podrán promoverla alguno, algunos o todos los acreedores en la situación descripta.

b. En tales supuestos o cuando se adviertan situaciones descriptas en el art. 54 in fine Ley de sociedades, se podrán promover acciones contra el controlante abusivo o socio único, que:

b1. No necesariamente serán concursales, pues podrán ejercitarse extraconcursalmente.

B2. Podrán promoverla alguno, algunos o todos los acreedores.

B3. En caso de quiebra podrá hacerlo también el síndico.

B4. La acción es mucho más eficiente que la extensión de la quiebra, pues no esta sujeta a la rígida calificación de tipicidad que la sanción concursal exige, permite que los acreedores de la controlada concurren *pari passu* con los de la controlante, lo que no acaece en caso de quiebra donde los acreedores de la fallida original son subordinados legalmente.

*XII – UN ASPECTO DEL PROBLEMA: TÉCNICA JURÍDICA, POLÍTICA LEGISLATIVA Y DE CONTROL.

Se trata de definir una política de estado en orden al control que se desee hacer sobre las sociedades: preventivo o regresivo. El preventivo lo podrán realizar las autoridades de aplicación que autorizan la inscripción de las sociedades en el Registro Público de Comercio. De estimarse adecuada esta política, ante los criterios disímiles que pudieran existir –el umbral subjetivo-, sería conveniente que se fijara legislativamente –en la ley de fondo- umbrales mínimos de participación para considerarse socio. Si el control debiera ser regresivo, o sea judicial ante la incorrecta funcionalidad de una sociedad, debería asumirse por el poder público una corrección del sistema judicial para hacerlo eficiente y que sus respuestas fueran rápidas en la decisión y en la ejecución.

Queda hasta aquí la idea, frente a una doctrina bien fundamentada, si la política seguida es conveniente o no. En ese punto debe distinguirse entre la técnica jurídica, que es a lo que nos estamos refiriendo, la política legislativa que reconocemos es absolutamente ambigua y la política de control sobre la que expresaremos muy breves consideraciones pues la que estamos analizando corresponde a un sector territorial de nuestra República.

El control de legalidad determinará, en cada caso, cuando existiendo dos socios la participación de uno es en fraude a la ley por la pequeña participación que registra. Bastará pasar ese control de legalidad, encontrando el umbral de sensibilidad del registrador, para que la sociedad se considere legalmente constituida y por tanto no puedan aplicársele posteriormente remedios correctivos, pues desaparecerá la calificación de genético del vicio y deberá llevarse la cuestión a otros niveles de prueba. Los cuestionamientos que pueda hacer la autoridad de aplicación en torno a la consistencia de segundas o terceras participaciones sociales para encubrir una supuesta unipersonalidad constitutiva de sociedades no es tema sencillo, pues implica generar umbrales subjetivos o territoriales –mereciéndonos igual apreciación el análisis de capitales mínimos, como veremos-.

La dificultad del tema puede advertirse en otro caso tratado por la IGJN en RESOLUCIÓN IGJ 925/04, del 27/7/2004, recaída en el Expte: “Clariant Argentina S.A., Aumento de capital, fusión y escisión”, donde se apuntó: 1. Se encuentra substancialmente acreditada la pluralidad de socios cuando, a pesar de lo modesto de la participación porcentual de varios accionistas, no se verifica la existencia de una “sociedad de cómodo”, toda vez que la disminución en la participación social de los accionistas minoritarios ha sido producto del desinterés de éstos en suscribir a lo largo del tiempo sucesivos aumentos de capital que han importado una notable reducción de su participación proporcional. 2. La doctrina emanada del precedente de la IGJ, en el expte “Coca Cola Femsa de Buenos Aires Sociedad Anónima” (resol. 1632 del 15 de diciembre de 2003) no es aplicable cuando de acuerdo a las especiales circunstancias del caso, surge que la desproporción entre las participaciones accionarias de los socios –tal el caso de las sociedades comerciales donde uno de ellos cuenta con más del 99% del capital social- no es producto de la voluntad de los socios fundadores, sino de determinadas circunstancias propias del devenir de la relación asociativa, como por ejemplo, por razones sucesorias o cuando la ínfima participación accionaria que exhibe uno de los

socios ha sido consecuencia de la falta del ejercicio del derecho de preferencia previsto por el art. 194 de la ley 19.550 en cada oportunidad de llevarse a cabo un aumento del capital social. 3. No resulta aplicable la doctrina emanada del precedente de la IGJ, en el expte “Coca Cola Femsa de Buenos Aires Sociedad Anónima (resol. 1632 del 15 de diciembre de 2003), cuando la participación de los socios minoritarios, por minúscula que pareciera, no deja de ser importante en términos absolutos, al punto que el aporte de cada uno de ellos, más allá del valor nominal de las acciones que suscribiera, se integró con un importante inmueble en el que se asienta una planta industrial de la sociedad.

Por otra parte debe quedar en claro que a tenor de la actual ley de sociedades una participación del 2% sería más que suficiente, pues la norma fija el umbral para requerir informes o investigaciones a formalizar por el síndico (art. 294 incisos 6 y 11 LS), lo que permite inferir que se autoriza la existencia de accionista o accionistas con participación mucho menor al 2%, y ello es un dato de la realidad en las sociedades anónimas de algún volumen.

Como política preferimos que la sociedad quede marcada como sospechosa de encubrir un mero intento de limitación de responsabilidad para, en caso de insolvencia u otro fraude, la barrera de la supuesta personalidad o de la limitación de responsabilidad sea rápidamente superada.

En las cuestiones que venimos debatiendo cabe preguntarse si existe límites cuantitativos en relación a la participación de cada socio en una sociedad, para entender que por debajo de cierto porcentaje no se configura la relación asociativa. El punto es de importancia capital.

Agréguese la posibilidad que la sociedad sea constituída por tres socios, dos de ellos con participación cuestionable ¿se aplicará también esta doctrina impidiendo la inscripción?

Pensemos ahora en la cantidad de sociedades que puedan haberse constituido con anterioridad, con participaciones del segundo socio por debajo del umbral de sensibilidad. O las que son autorizadas en otras jurisdicciones. ¿Qué régimen se aplicará a las mismas? Si se trata de una simulación lícita el problema se planteará en los términos de la limitación de responsabilidad. Si en cambio se trata de contrariar la ley, si la sociedad esta operando –de esa forma- sin adecuarse a la legislación, esa sociedad estaría practicando actividad ilícita, con la sanción consiguiente. Claro que si no fuera sociedad, no habría actividad ilícita, y sólo en los casos que autoriza el art. 302 LS podría la autoridad de contralor solicitar alguna medida, incluso la disolución, aunque la sociedad no hubiera afectando a nadie (caso Parke Davis y Mellor Godwin).

En fin, grandes incógnitas ante una realidad que, en principio no afecta a nadie, y cuando lo afecta las sanciones son claras, aunque su aplicación resulte ineficiente.

* XIII - A MODO DE CONCLUSIÓN:

No tenemos dudas de la dificultad del tema.

La separación patrimonial debe entenderse en beneficio de terceros acreedores de la actividad societaria –aparente o no-.

Claro está que cuando existe perjuicio a terceros debe quedar en claro que, no teniendo efectos saneatorios la inscripción, fluye inmediata la responsabilidad del socio único o controlante torpe, e incluso la del socio aparente.

La actitud de la I.G.J.N., con las eruditas y fundadas resoluciones de Nissen implica adelantarse a la finalidad de perjuicio de terceros, de uso indebido de la limitación de responsabilidad de los socios, como para evitar posibles –pero no necesarios- perjuicios futuros de terceros, que por otra parte no se eliminan.

Sólo podríamos estar de acuerdo en esa actividad preventiva del Estado en caso que entendiéramos que la determinación de responsabilidad –evidente en los casos que hemos dejado de manifiesto- es dudosa o excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema jurídico/judicial. Y esto impondría un inmediato análisis gubernamental con intervención legislativa para resolver tal cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales nacionales y foráneos.

Yadarola se refería a ambos: “Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros –colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las economías particulares⁷⁸”.

Las noticias en tal sentido, que leemos en un diario cuando cerramos esta comunicación, no son alentadoras: un fallo de la Cámara de San Isidro⁷⁹ adoptó una solución de equidad contrariando el sistema normativo ante las demoras de un procedimiento y la ineficacia e injusticia generados por un acuerdo concursal homologado; las declaraciones del Ministro de Justicia y Seguridad de la Provincia sobre “que la Justicia debe ser más rápida y eficaz”⁸⁰, a la par del comentario en torno a las conclusiones de la Comisión creada para el Digesto Judicial de la Nación sobre que “la maraña legal termina por paralizar o condicionar en forma negativa la administración judicial”⁸¹ y la insólita fijación de una audiencia por la Justicia de Italia para el año 2010, solicitada por una anciana de 92 años⁸², muestra un panorama global que no permite el optimismo. Claro que tampoco creemos que un rol preventivo eficaz lo puedan cumplir las autoridades a cargo de disponer la inscripción de personas jurídicas con responsabilidad limitada de los socios en los Registros Públicos de Comercio del país.

⁷⁸ YADAROLA, Mauricio *Sociedades Comerciales* en tomo II de Homenaje a Yadarola, pág. 349, específicamente pág. 353, reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

⁷⁹ La demora judicial en reconocimiento de un derecho generó una resolución de excepción al sistema normativo en la Causa 95754 Reg. 288 - "Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ incidente de Verificación tardía", fallado por la CAMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) - SALA I - 18/05/2004.

⁸⁰ Reportaje a Héctor René David, Ministro de Seguridad y Justicia de la Provincia de Córdoba, en diario La Voz del Interior del 3 de julio de 2005, Córdoba, Sección A pág. 6.

⁸¹ Editorial de la Voz del Interior del 3 de julio de 2005, Sección A pág. 14 “Una absurda contaminación legislativa”.

⁸² Noticia de la Agencia Telam-SIN, reproducida en La Voz del Interior del 3 de julio de 2005, sección A pág. 23.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Por ahora sólo confiamos en que la doctrina se consolide en alentar las sanciones contra el uso desviado de ese instrumento de organización empresaria que es la sociedad-persona, y que los Tribunales desalienten el continuo abuso, evidenciado particularmente en los procedimientos concursales.