

## LA SIMULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO SOCIETARIO

*Natalia Romero*

Vasta es la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, al hablar de la simulación en el Derecho Societario. Y hasta acá parece inequívoco que ante tal situación el juez deba aplicar el art. 54 ter de la L.G.S.

¿Pero qué es lo que sucede con una sociedad que no se ajustó a derecho?

¿Acaso el art. 54 ter de la L.G.S. es una solución al negocio jurídico societario simulado? Pues nos adelantamos a dar la respuesta y ella es negativa. Para nosotros, el art. 54 ter dejó de ser una solución al caso y es necesario ir más allá.

*“Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de cómo aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contrato llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto. Ese negocio, pues, está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado”<sup>1</sup>.*

Son claras las palabras de Ferrara al definir la simulación, sabemos que de ella surge la simulación relativa, la absoluta y la interposición de personas.

Es dable aclarar que nuestra Ley de Sociedades recepta la simulación lícita en el caso de las Asociaciones art. 3 L.G.S. y la simulación por interposición de personas art. 34 L.G.S. donde se prohíbe la actuación societaria del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto.

En este trabajo trataremos la simulación absoluta ilícita del negocio societario, precisamente encuadrado en el art. 334 del C.C. y C., el cual tiene carácter fraudulento.

---

<sup>1</sup> FERRARA, FRANCISCO, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 43.

Es necesario señalar que los elementos del negocio simulado son tres: a) la declaración deliberadamente disconforme con la verdadera intención de las partes; b) el acuerdo de partes sobre la falsa declaración, y c) el propósito de engañar a terceros.

La voluntad juega acá un importante rol. Pues el acto simulado tiene su origen en una divergencia deliberada y secreta en el ánimo de los contratantes

En el derecho societario puede que la voluntad de las partes se haya declarado en virtud de la constitución de una sociedad, pero el negocio querido por ellas sea otro distinto. (Simulación Absoluta).

O bien puede ser que la voluntad de las partes haya sido dar vida a esa sociedad, pero no para cumplir con la causa fin societaria, sino para gozar de los beneficios de la misma, ya sean estos para gozar de un centro de imputación diferenciada o, según el tipo social, para gozar del beneficio de la limitación de la responsabilidad. (Simulación Relativa).

En ambos casos, para determinar si existe o no simulación, es necesario saber si se cumple con la causa fin de la sociedad contenida en el art. 1 de la L.G.S. La cual es para nosotros la producción e intercambio de bienes y servicios.

Es necesario recordar el art. 1 de la L.G.S. que nos dice, *“Habrá sociedad si una o más personas de forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”*.

Además de los elementos esenciales de los actos jurídicos, nos encontramos con los elementos específicos para que haya sociedad.

De las palabras del Dr. Richard nos encontramos con una terminología bastante útil para denominar a estos elementos específicos, y es que el artículo 1º de la LGS actúa como una tipicidad de primer grado, que nos permite distinguir cuando hay sociedad de cuando hay cualquier otro contrato asociativo. Y que nos permitirá, en caso de cumplirse con el art 1, aplicar la LGS a dicho negocio jurídico, además de ello determinará que hay una persona jurídica.

Ahora bien ¿qué sucede cuando no se cumple con el art. 1 de la L.G.S., o se simulan estos elementos específicos?

Nos dice Betti *“Esenciales son, precisamente, los elementos necesarios para constituir un negocio del tipo determinado que se considera, tales que sin ellos un negocio de aquel tipo no podría de existir. Ahora bien – como se ha señalado justamente- un negocio cualquiera es calificable como de determinado tipo precisamente en cuanto cumple la función económico-social que caracteriza al tipo mismo. Pero esta función característica del tipo que se considera, y que el Derecho protege, no es otra que su causa”*.

De las palabras de Betti podríamos decir que el negocio jurídico societario es nulo cuando no se cumple con su causa fin, o bien cuando esta causa es simulada.

No es unánime la doctrina cuando nos preguntamos cuál es la causa de la sociedad, sin embargo, el lector elija la definición que elija vamos a caer sí o sí en el art. 1 de la L.G.S. Pues es aquí donde encontramos los elementos esenciales típicos (en palabras de Betti) para que exista una sociedad, o para que el Derecho regule el negocio como una sociedad.

Conteste con ello es Stolfi para quien también la causa es la razón económica jurídica del acto en el sentido de fin típico por el cual el negocio recibe la tutela legal <sup>2</sup>. Para este autor la causa tiene importancia para limitar el principio de la autonomía de la voluntad “*el legislador no establece la protección del ordenamiento jurídico si no se sabe previamente para que han dado las partes su consentimiento...*” <sup>3</sup>.

No es unívoco el concepto de causa en las sociedades, así tenemos que:

Para Brunetti la causa en la sociedad está contenida en el ejercicio común de una actividad económica para dividir las utilidades <sup>4</sup>.

Para Colombres la causa es la participación en las ganancias y en las pérdidas.<sup>5</sup>

Nosotros mantenemos nuestra postura que la causa es la producción e intercambio de bienes y servicios.

Puede verse como dijimos anteriormente que se siga el criterio que el lector elija la causa está en el art. 1 de la LGS.

Si no cumplimos con la causa sea cual fuere, si la sociedad no tiene actividad alguna y probado ello en el caso concreto, podemos decir que nos encontraríamos ante una simulación.

Ahora bien, no basta sólo con que exista la simulación, sino que ella debió perjudicar los derechos de terceros, una vez acaecido esto tenemos dos opciones a nuestro entender: ***plantear la inoponibilidad de la persona jurídica o allanar la personalidad declarando nulo el negocio constitutivo.***

Es sabido que en estos casos la jurisprudencia es casi unánime en aplicar el art. 54 ter. ya sea que el magistrado se enrola en la tesis amplia o en la

---

<sup>2</sup> STOLFI, Giuseppe *Teoría del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 41.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> OTAEGUI, Julio, *Invalidez de actos societarios*, Editorial Abaco, Buenos Aires, p. 47.

<sup>5</sup> COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 51.

restringida de la inoponibilidad. Pero esta solución hoy ya no es un remedio para estos casos.

Como antes se mencionó, el negocio simulado no cumple con el art. 1 de la L.G.S. ya que la voluntad de los socios no está destinada a llevar a cabo la causa fin del contrato social, entonces ¿Por qué aplicar el remedio de la inoponibilidad cuando en verdad lo que corresponde es la nulidad del negocio?

No es caprichosa nuestra opinión, más cuando el C.C. y C. nos ampara (art. 334), pero quiero aclarar que hablamos de nulidad del negocio constitutivo, no nulidad de la persona, pues entendemos que no podría jamás darse la nulidad de la persona jurídica, así como tampoco podría darse la nulidad de la persona física.

Ello sí, la nulidad del contrato constitutivo nos trae aparejada la disolución y liquidación de la persona jurídica. ¿Para qué queremos conservar en nuestra sociedad una persona jurídica que no cumple con el fin para el cuál fue creada? Además de ello al no cumplir con la causa fin entraría en la causal de disolución dispuesta por el art. 94 inc. 4 de la LGS (imposibilidad sobreviniente de cumplir con el objeto social).

Es claro que uno de los principios de la L.G.S. es la continuidad de la empresa, pero en el caso de la simulación ilícita el derecho no puede amparar a quien comete fraude, y resta averiguar si en cada caso concreto existe o no una empresa.

Declarada la nulidad, conllevan dos grandes efectos: 1. declarar solidaria e ilimitadamente responsables a todos los socios, sin que tenga ninguno de ellos la posibilidad de excusarse en el hecho de que ellos no hicieron posible el negocio. Pues (excluyendo las sociedades anónimas abiertas), los demás socios, sin perjuicio que no tengan real conocimiento del vicio que da lugar al acto simulado son idénticamente responsables, ya que se considera un empresario asumiendo los riesgos del negocio. Por otra parte, una interpretación diferente, podría excusar al socio que alegue buena fe ignorancia, lo que para los terceros resultaría una situación injusta. 2. el acto simulado, como es sabido, es un delito penal.

Creemos por demás interesante citar a Betti cuando nos habla de responsabilidad en el negocio en general y es que *“El negocio es un acto humano de importancia social, fruto de consciente iniciativa y, por tanto, de libertad. Es un acto a cuyas consecuencias, aun las onerosas, debe el autor someterse en el mundo social y, por tanto, fuente de autorresponsabilidad. Iniciativa y auto responsabilidad son términos correlativos que en el mundo social se presuponen y reclaman recíprocamente. Consciente iniciativa, o sea libertad, antes del acto; autorresponsabilidad, o sea, necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante, sin otro límite y correctivo que el de la buena fe. Libertad –como se ha dicho varias veces– no de ‘querer’ en el vacío y, por tanto, sin un contenido socialmente apreciable, sino libertad de dar vida a una*

*regulación de intereses propios en las relaciones con los demás, operando con los mecanismos e instrumentos que el Derecho pone a disposición de los individuos para este fin. Por otra parte, una vez que tales mecanismos e instrumentos hayan sido empleados, por decirlo así, accionados, el individuo no es ya libre de sustraerse a las consecuencias, buenas o malas para él, de su funcionamiento”<sup>6</sup>.*

## Conclusiones

Como hemos dicho anteriormente, encontrándose viciada la voluntad de los socios en no cumplir con la “causa fin del negocio societario”, y siendo clara la L.G.S. al estipular que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en la Ley. Y encontrándose este alcance, para nosotros, en la producción e intercambio de bienes y servicios, determinar como sanción, la nulidad del negocio jurídico simulado resulta la más beneficiosa para los terceros.

Declarada la nulidad de la sociedad, devendrá como efecto jurídico inmediato, la ilimitación de la responsabilidad de **todos** los socios, incluyendo a los socios ocultos.

Encontrándose viciada la causa de la sociedad, corresponde la disolución de la sociedad (art. 94 inc. 4 L.G.S.) y posterior liquidación. Teniendo el Juez que declaró la nulidad, el deber de ordenar de oficio la disolución societaria.

Las sociedades con vicio en su causa, lejos de ser motor del comercio, son motor y fuente de fraude y daño a terceros, entonces ¿por qué dejarles el ropaje jurídico? De ahí que no resulta aplicable el art. 54 ter L.G.S., pues la sanción prevista en el mismo, es la inoponibilidad, lo que determina que la persona jurídica con fines espurios seguirá existiendo.

Además, la sanción de nulidad y la puerta al tipo penal, hará pensar dos veces antes de constituir una sociedad con el fin de defraudar los derechos de terceros.

A nuestro entender esta sanción resultará una muy buena prevención.

---

<sup>6</sup> BETTI, Emilio ob. cit, p. 124.