

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL COMO SIMULACIÓN LÍCITA

JUAN MARCOS ROUGÈS
JULIO ROUGÈS

* Si bien nuestro derecho impone la pluralidad de contratantes para la constitución de la sociedad (art. 1° de la L.S.), la existencia de un acuerdo simulatorio no invalida a la sociedad, pues la simulación puede ser lícita.

* Al socio único real en los casos de unipersonalidad originaria o sobreviniente, le resulta aplicable la normativa del art. 94, inciso 8 de la L.S.C; y al socio aparente, la del art. 34 del mismo ordenamiento.

PLURALIDAD APARENTE Y SIMULACIÓN LÍCITA

La sociedad unipersonal es una realidad ya configurada en la praxis de los negocios, y admitida explícita o implícitamente, con distintos alcances y condiciones, en ciertas normas de nuestro ordenamiento jurídico: las leyes de impuesto a las ganancias (arts. 14 y

concordantes de la ley 20.628) y de inversiones extranjeras (art. 9 de la ley 21.382), admiten las filiales y subsidiarias; el art. 48 de la ley 24.522 y la propia ley de sociedades (art. 94, inciso 8) admite la subsistencia de la sociedad con un solo socio

Además, cuando en el mundo se impone una determinada tendencia, y al par las sociedades constituidas en el extranjero pueden actuar en la república, pero rigiéndose por las leyes del país de constitución en cuanto a su existencia y capacidad (art. 118, L.S.C.), no es realista aislarnos de las líneas directrices de los sistemas jurídicos vigentes en la generalidad de los países del orbe; hacerlo no es una expresión de independencia intelectual o ideológica, sino alentar que los extranjeros y aun los nacionales constituyan sociedades más allá de nuestras fronteras.

Pero, al margen de las opiniones doctrinarias personales, mientras no se reforme la ley de sociedades comerciales, la pluralidad de socios en la etapa genética de la sociedad seguirá siendo un requisito estructural, en el nivel normológico del derecho. Pero en su aspecto fáctico —recordemos que el derecho tiene una estructura pluralista compuesta por normas, pero también por hechos y valores— es realidad a la que no podemos cerrar los ojos que a diario actúan en los negocios sociedades sustancialmente unipersonales. En esos casos, la pluralidad aparente de los socios, ¿puede constituir un caso de simulación lícita?

Como todo acto jurídico simulado, en teoría sí. Si no se perjudican los derechos de terceros, la simulación será lícita, y consideramos que el solo hecho de simular la existencia de una sociedad real no compromete el orden público, la moral ni las buenas costumbres; tampoco el contrato adolece per se de causa ilícita, y consecuentemente, no vulnera los principios consagrados por los arts. 502 y 953 del Código Civil. Cuando formalmente existen al menos dos socios, significa que han suscripto el instrumento constitutivo o uno de ellos suscribió acciones o cuotas sociales, aunque sea en una mínima proporción, y que existe un acuerdo de voluntades (art. 1137 del Código Civil), dirigido a la celebración de un acto aparente: la constitución de una sociedad.

Si el acto oculto no es un contrato de sociedad, pues uno de los socios aparentes no tiene la intención real de serlo, ni la vocación de

participar en las ganancias, ni de soportar las pérdidas, eso no impedirá que frente a terceros, sea considerado tal. La situación del socio prestanombre está reglada en la L.S., que dispone “*con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio*” (art. 34, primer párrafo). La norma deriva de principios de derecho conocidos y repite, con términos análogos, lo normado por el art. 1668 del Código Civil: en las relaciones con los verdaderos socios, no se le asigna tal carácter, aunque tenga participación en las ganancias; mas respecto de terceros, es un socio, con todos los deberes jurídicos emanados de ese status. Si como consecuencia de esa apariencia frente a terceros se viere obligado a pagar, dispondrá de la actio in rem verso, para ser resarcido de lo que abonare a aquéllos.

SOCIEDAD UNIPERSONAL Y NEGOCIO JURÍDICO INDIRECTO

Se ha tratado de encuadrar la sociedad unipersonal dentro de la figura del negocio jurídico indirecto¹, que se distinguiría del simulado porque en el primero el negocio es querido por las partes aunque ellas lo realizan para alcanzar un resultado ulterior que es ajeno a su finalidad típica².

Cualesquiera que sean los méritos de esa categoría en el derecho comparado, afirmar el género –negocio jurídico indirecto– no implica negar la especie, pues éste puede o no ser simulado, y en el caso en que se encubre el carácter unipersonal de una sociedad con la cobertura aparente de una pluralidad de socios o contratantes, no hay duda alguna de que ingresamos en el campo de la simulación. Llamar a esa simulación “negocio jurídico indirecto”, si bien es –para emplear las palabras de Genaro Carrió– un lenguaje persuasivo, tendiente a otorgar respetabilidad a las sociedades unipersonales constituidas en

¹ YADAROLA, citado por MARIANO GAGLIARDO, “Reflexiones sobre la simulación en la S.A.” en “Anomalías Societarias”, págs. 125-134, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996.

² RUBINO, DOMÉNICO, *El negocio indirecto*; BETTI, *Teoría General del negocio jurídico*, n° 21, págs. 1422 y ss.; ASCARELLI, TULLIO, *Il negozio indiretto*, en “*Studi in tema di contratti*”; FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, n° 8, p. 95 y ss., todos ellos citados por EDUARDO A. ZANNONI, “*Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*”, Ed. Astrea, 1986, págs. 356-357.

un régimen que no las admite –la palabra simulación evoca la idea de fraude para el común de las personas, aunque puede haber simulación no fraudulenta- no es acorde con nuestro derecho, el que al admitir la simulación lícita como categoría ontológicamente diferenciada, hace innecesaria la figura del “negocio jurídico indirecto”.

El hecho de que la sociedad sustancialmente unipersonal –aunque formalmente plurimembre- sea simulada, no torna ilícita a la simulación ni a la sociedad así formada. La simulación de plurilateralidad no es per se un acto contrario al orden público, y si bien la sociedad unipersonal puede ser instrumento para el fraude, no podemos inferir el fraude de la sola unipersonalidad. Toda norma procura resguardar un bien jurídico subyacente, pero éste no encuentra su justificativo último en aquélla; las normas no son fines en sí mismas, sino medios para la consecución de fines que se consideran valiosos. La sola infracción o rodeo de la ley no autoriza a presumir su ilicitud; de lo contrario, quedaría sin campo posible de aplicación la simulación lícita, no solamente en la materia societaria que nos ocupa, sino en todos los casos en que se advierta un acto simulado. Si la ilicitud derivara de la propia simulación, no existirían simulaciones lícitas. Desde que la ley adopta con razón un esquema contrario, debemos concluir que la ilicitud es una cualificante negativa de la simulación, que debe surgir de circunstancias diferentes a la propia simulación.

Si para las leyes tributarias, de inversiones extranjeras y concursal, y hasta para la propia ley de sociedades comerciales en determinados supuestos³ la sociedad unipersonal no es ilícita, el hecho de que se encubra la unicidad sustancial no determina, por sí solo, la ilicitud de la simulación.

Aceptando, como hemos aceptado en el párrafo anterior, que la simulación de la pluralidad de socios no es por sí misma ilícita, descartamos por la misma razón que la pluralidad aparente de socios configure un fraude a la ley, instituto al que muchos autores han vin-

³ La ley 19.550 no acepta la unipersonalidad originaria, sino sobreviniente. La sociedad tiene su origen en un contrato, pero una vez constituida, admite su subsistencia como ente distinto de las personas que lo constituyen. Siendo así, para nuestro propio ordenamiento no hay una oposición esencial entre la sociedad y la unipersonalidad; adoptar como solución la sociedad unipersonal es una cuestión de política legislativa.

culado con la desestimación de la personalidad". Se caracteriza el "fraudem legis" como una situación en que la "norma es rodeada, evitada y relegada su aplicación, haciéndolo con otra en su lugar, al menos en la medida en que no es aplicada la primera"⁵. El elemento cualificante del fraude a la ley es la ilicitud, y ésta no puede inferirse de la sola existencia de una simulación⁶.

¿Cuál es la situación del único socio real? ¿Le resulta aplicable la normativa del art. 94, inciso 8 de la L.S.C?

Un análisis literal del precepto nos conduciría a afirmar que se trata de hipótesis diferentes, pues la disposición de marras regla las

⁴ Por todos, JULIO OTAEGUI, "Inoponibilidad de la personalidad jurídica", en "Anomalías Societarias", Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, primera edición, primera reimpression corregida, págs. 99 y ss., y sus citas.

⁵ JULIO OTAEGUI, obra citada, pág. 100, y su cita de MOSSET ITURRASPE.

⁶ El rasgo tipificante del fraude a la ley -utilizar una figura jurídica formalmente válida para eludir una prohibición legal o la aplicación de una norma imperativa- es, precisamente, lo que define a la simulación relativa ilícita: el empleo de un acto jurídico aparente, para encubrir el acto jurídico real (art. 958 del Código Civil).

Se ha pretendido distinguir el acto simulado ilícito del acto realizado con fraude a la ley, sosteniendo que en el segundo las partes quieren los efectos del acto fraudulento, pero para violar una norma imperativa. La distinción no resulta convincente, pues precisamente eso es lo querido por los simuladores en el acto simulado: cuando "se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten" (art. 955 del Código Civil), y "cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter" (art. 956), los participantes en el acuerdo simulatorio efectivamente quieren los efectos aparentes del acto, para perjudicar a un tercero o violar la ley (art. 959 del Código Civil).

La figura del fraude a la ley está implícita, al menos como una de las posibilidades, en la regulación de la simulación (art. 959 del C.C.: "los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes..."). Tanto una como otra figura entrañan una desviación en la causa del negocio jurídico, y así lo entendió el legislador, según surge de comparar los arts. 954 y 4030 del Código Civil.

La distinción entre la simulación y el fraude a la ley, si bien abrevia de fuentes doctrinarias y legislativas más modernas que el Código Civil argentino⁶, no se adecua a nuestro régimen legal. Gran parte de las pretendidas diferencias que creen encontrarse, surgen de razonar teniendo en miras -en forma implícita- a la simulación absoluta, sin reparar que es una de las especies de un género más amplio, el de la simulación. En el acuerdo simulatorio, no es que las partes quieran que el acto simulado no provoque ningún efecto jurídico, sino por el contrario, han recurrido a la simulación para que el acto simulado provoque efectos, en fraude de terceros.

En todos los casos de simulación se producen consecuencias jurídicas derivadas del acto aparente. Mientras más "hábil" y compleja sea la simulación, se buscará producir más efectos jurídicos -aparentes o reales- para luego invocar la afectación de terceros de buena fe (sean o no terceros reales, tengan o no buena fe), y dificultar más aún el accionar de los perjudicados por el acuerdo simulatorio. Si el acto simulado no produjera ningún efecto, sería de escasa "utilidad" para los que lo realizan. Precisamente la simulación es tan espuriamente "útil", por los efectos jurídicos que produce el acto aparente.

situaciones de unicidad sobreviniente, con un único socio aparente, y en cambio aquí estamos analizando la unipersonalidad ab origine juntamente con la pluralidad aparente, por simulación del carácter de socios de una o más personas físicas o jurídicas. Pero ese análisis parecería de insuficiente: no puede estar en mejor situación quien simule tener uno o varios socios, siendo el único dueño del negocio, que aquél que se convierta en único socio por razones ajenas a su voluntad. Entendemos que en los casos que se pruebe la simulación, el único accionista deberá responder en forma solidaria con la sociedad; una solución contraria implicaría aceptar la inconsecuencia de que el ordenamiento jurídico trate con mayor benignidad al simulador –socio único real– que al socio único formal y real. Una cosa es que la simulación no sea en sí misma ilícita, y otra que deba gozar de prerrogativas especiales, que la ley no otorga a las sociedades unipersonales.

Hasta tanto se sancione una reforma de la ley de sociedades comerciales, y mientras la pluralidad sea la regla, por flexible que sea la interpretación, la responsabilidad del socio único –aunque exista pluralidad formal– no puede ser otra que la que prevé el art. 94, inciso 8 de la L.S.