

LA PLURALIDAD SUSTANCIAL DE SOCIOS. RECAUDO ESENCIAL PARA LA EXISTENCIA DE SOCIEDAD

Gabriela F. Boquin

Ponencia

La ausencia de pluralidad sustancial de socios implica la inexistencia del ente, es decir, la ausencia de personalidad social

I. Introducción

Si bien la cuestión sobre la validez de las “sociedades de cómodo” en nuestro derecho data de varias décadas atrás, las resoluciones que desde el año 2003 la Inspección General de Justicia ha emitido, y fallos recientes tales como “Fracchia Raymond S.R.L.” y “Boca Crece S.A.” hicieron resurgir el debate en nuestros foros, entre los defensores de las sociedades unipersonales, y la consiguiente limitación de la responsabilidad del empresario individual y los que enrolados en la doctrina clásica de la universalidad del patrimonio pretenden que se respete la legislación vigente en la materia.

II. Las sociedades de cómodo

La pluralidad de socios, como recaudo esencial para la existencia de una sociedad implica la concurrencia de dos o más personas físicas o jurídicas. De esta forma, y como ya lo indicaran numerosos autores ⁽¹⁾,

(1) Halperín, Isaac, “El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales”, RDCO, 1969, ps. 268/269; Verón, *Ley comentada Sociedades comerciales*, Astrea, ps. 6/7.

quedan descartadas de nuestro régimen societario las llamadas sociedades de cómodo o de favor, considerando a tales aquellas utilizadas por el comerciante individual que en apariencia actúa como una persona jurídica, a los fines de obtener la limitación de su responsabilidad para el emprendimiento empresarial ⁽²⁾.

Este desvío es sancionado por el legislador, no sólo a través de normas incluidas en la ley de sociedades comerciales como el art. 94 inc. 8, sino de otros cuerpos legales tales como la ley 24.522 que en su art. 161 inc. 1, prevé la extensión de la quiebra, a toda persona que bajo la apariencia de la actuación de la sociedad fallida ⁽³⁾, efectuó actos en su interés personal y dispuso de los bienes como si fuesen propios, en fraude a los acreedores.

III. Las resoluciones administrativas

La jurisprudencia *supra* mencionada tuvo antecedente en diversas resoluciones administrativas del organismo de control porteño ⁽⁴⁾

(2) En su dictamen en autos: "Fracchia Raymond S.R.L. c/ IGJ", la fiscal de Cámara actuante señaló, siguiendo al autor italiano Cricenti Giuseppe: "... que con estas expresiones se designan a dos categorías de sociedades: I) aquellas que presentan una desviación respecto al requisito objetivo de la causa (en el sentido que tienen un propósito distinto del típico, de desarrollar una actividad económica sin fines de lucro); II) aquellas que presentan una desviación respecto al requisito subjetivo de la pluralidad de socios (problemática de la sociedad de socio único)...". En ambos supuestos existe una desviación de la finalidad querida por la ley con respecto a la sociedad.

(3) El artículo no se refiere expresamente a sociedad fallida, pues la actuación en interés personal, puede hacerse abusando de una persona física o jurídica. Se aclara que el agregado se hace para resaltar la temática en el punto.

(4) Enumerando los casos más relevantes podemos mencionar: 1) Vitamina Group S.A.: No se inscribió la constitución de una sociedad cuyo capital era de \$ 12.000 dividido en 1.200 acciones de las cuales 1.188 se encontraban en cabeza de uno de los socios, y 12 acciones en el otro. Los socios son personas jurídicas, constituidas el mismo día y sus integrantes (un matrimonio) son los mismos. 2) Bosques Verdes S.A.: No se registró la constitución de una sociedad en la cual el aporte de un socio era de \$ 11.999 y el del de restante de tan solo \$ 1. 3) ES.PE.VER. S.R.L.: La IGJ negó la inscripción de una cesión de cuotas en una

debiendo destacarse que en todos los casos la insignificancia del aporte de uno de los dos socios era notoria.

Los fundamentos en ellos de la administrativa podemos resumirlos en los siguientes:

1) La sociedad no es una herramienta otorgada por la ley para limitar la responsabilidad del empresario individual, sino que es un instrumento de concentración de capitales para el desarrollo de una actividad económica. Mal puede considerarse que en los casos descriptos el socio que aporta un solo peso sea necesario para el emprendimiento que se intenta.

2) El concepto de universalidad del patrimonio, como prenda común de los acreedores. La limitación de la responsabilidad es un privilegio excepcional a favor de los socios de determinados tipos sociales. Es la consecuencia de la elección de un determinado tipo social.

3) El consentimiento de un socio solo puede ser considerado como jurídicamente relevante en la medida que tenga un contenido económico suficiente como para implicar una voluntad verdadera de realizar aportes y correr con los riesgos de beneficios y pérdidas.

4) Dicho consentimiento viciado implicaría una ausencia de *affectio societatis*, citándose al respecto antecedentes jurisprudenciales en los cuales se resolvió que en las sociedades preordenadas, la inexistencia de los elementos esenciales del negocio societario lo vician desde el momento mismo de la constitución ("Macoa S.A. u otras", L.L., t. 1979-C, ps. 285/304).

5) El cumplimiento del recaudo de pluralidad de socios debe ser requerido de manera sustancial y no solo formal, pues es el fin requerido por el legislador que exigió la subsistencia de la misma durante toda la vida de la sociedad, siendo su desaparición causal de disolución (art. 94 inc. 8 L.S.).

S.R.L. en virtud de la cual los socios quedaban en una proporción de 119 a 1. 4) Frachia Raymond S.R.L.: se denegó la inscripción en el Registro Público de Comercio de la constitución de la sociedad atento la ausencia de pluralidad sustancial. El capital social se fijó en la suma de \$ 10.000 dividido en 10.000 cuotas sociales de valor nominal de \$ 1 cada una, suscribiendo uno de los socios 9.999 cuotas sociales y la restante una sola cuota.

6) Refuerza lo expuesto fallos recientes ⁽⁵⁾, en los cuales se resolvió la desestimación automática de la personalidad ante la verificación de existencia de una sociedad controlada de la cual la entidad controlante posee una proporción del 99% de las acciones. Así sí se admite la desestimación automática en sede judicial mal puede el organismo de contralor considerarla como una sociedad regularmente constituida. Ello en miras de la función preventiva que debe tener la Inspección General.

7) Todo lleva a la conclusión que el socio mayoritario no necesitó ni necesita del restante para desarrollar la actividad descrita en el objeto social. Sólo se recurrió a una ficción a los fines de cumplir con una formalidad y obtener el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Por nuestra parte agregamos a lo expuesto que si bien la ley 19.550 no previó un monto mínimo de la participación que debe tener un socio, ello no es óbice para que se realice una interpretación acorde de las normas societarias con la intención del legislador, computando para ello la totalidad de los criterios expuestos en la ley como por ejemplo el tratamiento que la misma le da al aporte, considerando que el mismo debe ser "serio" y que sin aporte no hay sociedad ni socio. La seriedad del mismo esta especialmente considerada en el art. 53 L.S., que considera la aprobación por parte del organismo de contralor de la valuación de los aportes que se hagan en especie.

Así, el análisis de la cuestión no es numérico, ni cuantitativo, sino absolutamente cualitativo, dependiendo de una serie de factores, tales como el monto del capital social, el objeto del ente, la entidad y naturaleza del aporte entre otros.. Prueba de ello es el expediente de Clariant S.A. ⁽⁶⁾ en el cual si bien la participación de uno de los dos socios resultaba reducida en relación al mayoritario se resolvió que se encontraba cumplida la pluralidad de socios requerida ya que la disminución en la participación social de los accionistas minoritarios había sido producto del desinterés de estos en suscribir a lo largo del tiempo sucesivos aumentos de capital que importaron una notable

(5) Autos: "Geom. Argentina S.A. c/ Moreno, Alberto Eduardo s/ tercería de dominio", CNCiv., Sala B, 6/3/2001.

(6) Resolución IGJ N° 925/04, 27/7/04.

reducción de su aportación. Además la participación del minoritario era relevante en términos económicos, apunto tal que dicho aporte implicaba un importante inmueble donde se asentaba la planta industrial. En dicha oportunidad también se dejó sentado que la doctrina administrativa emanada de los precedentes *supra* expuestos, no resulta aplicable para aquellos casos en los cuales la desproporción entre las participaciones sociales no es fruto de la voluntad de los socios fundadores sino de determinadas circunstancias propias del devenir de la relación social, como por ejemplo razones sucesorias o la falta de ejercicio del derecho de preferencia previsto en el art. 194 L.S..

En definitiva, la posición administrativa no es una isla dentro del mundo societario, sino que varios autores autorizados, han considerado desde hace tiempo atrás que la falta de pluralidad de socios, produce la inexistencia de la sociedad, pues el acto constitutivo es solo aparente ⁽⁷⁾.

IV. No más comodidades para las sociedades de cómodo. Las resoluciones judiciales

En Fracchia Raymond S.R.L. y en Boca Crece S.A., la Cámara Nacional Comercial se pronunció sobre un debate doctrinario urticante en la actualidad, manifestándose enfáticamente sobre la necesidad de la presencia de dos o más socios reales sean estas personas físicas o jurídicas, a los fines de considerar la existencia de una sociedad. Se aprecia a la pluralidad de socios, como un recaudo esencial.

De esta forma, y como ya lo indicaran numerosos autores ⁽⁸⁾, una vez más la jurisprudencia descarta de nuestro régimen societario las

(7) En este idéntico sentido: Matta y Trejo, Guillermo E., "Entorno al control administrativo en la constitución de sociedades anónimas", L.L., t. 1979-C 9, p. 285 y ss.. Quien textualmente expresa "... *No se trata de un supuesto de atipicidad, sino de inexistencia, ante la prescindencia de un requisito esencial para que exista sociedad*". Dicho autor acertadamente cita a Halperín, Isaac "Nuevo régimen legal de la sociedad anónima", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1973, p. 526 y a Suárez Anzorena, Carlos, en *Cuadernos de Derecho Societario*, de Zaldívar, Enrique y otros, t. 1, p. 150.

(8) Halperín, Isaac, "El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales", RDCO, 1969, ps. 268/269; Verón; Ley comentada

llamadas sociedades de cómodo o de favor, pues el recaudo de plurisubjetividad sustancial es un elemento esencial, un presupuesto de existencia en cualquier clase de sociedad sea cual fuere su tipo o naturaleza.

Quizás el más interesante de todos los planteos formulados en el caso, es el rechazo de plano de los dos argumentos utilizados en auxilio de la validez de las sociedades de cómodo en cuanto su calificación como un negocio jurídico indirecto o la apreciación de que la constitución de las mismas implica una simulación lícita no reprobada por la ley.

En este sentido tajante es la apreciación de la Cámara al considerar que dicha simulación no puede pensarse lícita por resultar violatoria de la concepción contractual de sociedad y del régimen de patrimonio, yendo más allá al valorar que la simulación no puede reputarse inocente en la medida en que persiga estatuir una irresponsabilidad parcial (contraria al ordenamiento jurídico vigente) con una potencial afectación de los derechos de terceros cocontratantes.

Mejor no le fue a la tesis del negocio jurídico indirecto⁽⁹⁾ o incluso del negocio fiduciario, atento la consideración de ausencia del presupuesto fáctico desde la génesis de la presunta sociedad. Dicho presupuesto no es otra cosa que un negocio causal típico real, atento la omisión de una voluntad de asociarse y de participar en el emprendimiento común con todo lo que ello implica. En el negocio jurídico indirecto hay una discordancia entre la causa final prevista por el ordenamiento y la querida por las partes, pero esta última debe

Sociedades comerciales, Ed. Astrea, ps. 6/7; Molina Sandoval, Carlos A., *Régimen societario*, Parte General, t. 1, Ed. Lexis Nexis, p. 23.

(9) Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Ed. Temis, t. II, ps. 17/18, defensor de la utilización de una sociedad ficticia que funciona ad extra como verdadera sociedad pero que en realidad esta destinada a cubrir la actividad de una sola persona que aspira por este medio a obtener el beneficio de la responsabilidad limitada, manifiesta en su obra que: "... *La licitud o ilicitud de estos negocios indirectos dependerá de cuáles son los fines perseguidos. Será ilícita la fundación de una sociedad mercantil que tienda a la interposición simulada de un ente distinto para parapetarse detrás de él y conseguir finalidades ilícitas, sin riesgo de la persona individual. Será también ilícita la sociedad fundada con fines de evasión fiscal. En los demás casos los negocios indirectos no merecen ningún reproche*".

estar contemplada por nuestro régimen legal, y la unipersonalidad y la limitación de la responsabilidad del empresario individual aun no tiene acogida en nuestro sistema jurídico, sin perjuicio de los innumerables intentos legislativos que se generan para ello.

Si bien la ley 19.550 no previó un monto mínimo en cuanto a la participación que debe tener un socio en una sociedad, ello no es óbice para desconocer como recaudo esencial la necesidad de pluralidad sustancial de ellos, pues a poco que se realice una interpretación acorde de las normas societarias con la intención del legislador, computando a tales fines la totalidad de los criterios expuestos en la ley, veremos que no es posible considerar a las sociedades de cómodo como amparadas en el articulado.

Por ejemplo la aportación o puesta en común de alguna cosa es requisito esencial en nuestro derecho positivo, así no hay sociedad sin aportación de cosas, bienes o trabajo⁽¹⁰⁾. Prueba de lo expuesto es el trato que la ley 19.550 le da al aporte, considerando que el mismo debe ser "serio" y que sin aporte no hay sociedad ni socio. La seriedad del mismo esta especialmente considerada en el art. 53 L.S., que requiere la aprobación por parte del organismo de contralor de la valuación de los aportes que se hagan en especie.

V. ¿Es una cuestión meramente numérica? Excepciones a la pluralidad

La ausencia de plurilateralidad no siempre obsta la existencia de personalidad societaria encontrándonos con excepciones en el mismo régimen de sociedades comerciales como en otros cuerpos legales⁽¹¹⁾.

(10) En este sentido, Joaquín Garrigues en ob. cit., p. 30, al referirse a la aportación social expresa: *"Todos han de hacer alguna aportación: la que se estime suficiente en el momento fundacional para la consecución del objetivo final"*.

(11) Véase como ejemplo en la misma ley de sociedades, el presupuesto contemplado por el art. 94 inc. 8 que aún cuando exista la reducción a uno del número de socios durante por el término de tres meses se conserva intacta la personalidad y el tipo adoptado. Y, en otros cuerpos legales, como el caso de las Sociedades de Estado que reguladas por la ley 20.705 permite la unipersonalidad social.

Así, el análisis de la cuestión no es cuantitativo, sino absolutamente cualitativo y debe realizarse en cada caso concreto sin generalizaciones, dependiendo de una serie de factores, tales como el monto del capital social, el objeto del ente, la entidad y naturaleza del aporte, existencia en el devenir societario de procedimientos de reorganización empresarial ⁽¹²⁾, atomización de paquetes accionarios producto del fallecimiento de determinados accionistas o requerimientos legales específicos ⁽¹³⁾, o fluctuaciones permanentes del capital accionario desde la constitución de la sociedad ⁽¹⁴⁾, entre otros.

También es un factor a ponderarse la solvencia económica y financiera de la sociedad sujeta a análisis ⁽¹⁵⁾, pues no es lo mismo el tratamiento que debe dársele a las sociedades infracapitalizadas que el que se le otorgaría a las sociedades convenientemente capitalizadas que pueden hacer frente de manera regular a sus obligaciones, y que demuestran de esta forma no haber sido creadas para evadir responsabilidades frente a terceros. En definitiva no se considerará afectado el requisito aquí tratado cuando de acuerdo a las especiales circunstancias del caso, surge que la desproporción entre las

(12) Resolución IGJ N° 1619/04.

(13) Expediente "Telecom Personal Sociedad Anónima", resolución de fecha 13 de junio de 2005, donde se valora la posibilidad de prescindir del requerimiento de recomposición del paquete accionario que se formula cuando se trata de una sociedad de cómodo toda vez que la recurrente Telecom Personal Sociedad Anónima se trataba de una persona jurídica que fue constituida dentro del procedimiento de privatización de ENTEL a través del decr. N° 62/90 y cuyas normas regulatorias obligaban a su controlante Telecom Argentina Sociedad Anónima a tomar una participación del 99,99% de la misma ante el requerimiento legal de prestar servicio de telefonía celular a través de una sociedad separada, siendo razonable y entendible el argumento que expuso esta sobre la necesidad de constituir una sociedad totalmente controlada para evitar otorgar una participación accionaria significativa a terceros, en tanto ello hubiese significado privar a los accionistas de Telecom Argentina S.A. de derechos sobre la licencia y prestación de servicios de telefonía celular que les otorgaba el pliego de privatización de ENTEL como complementarios e inescindibles de sus derechos de telefonía básica.

(14) Resolución IGJ N° 88/05.

(15) En este sentido, Resolución IGJ N° 1619/04, "Volkswagen Argentina Sociedad Anónima".

participaciones accionarias de los socios no es producto de la voluntad exclusiva de los socios fundadores, sino de determinadas circunstancias propias del devenir de la relación asociativa ⁽¹⁶⁾.

Son muchos los autores que aprecian que la ausencia de pluralidad de sujetos implica no la nulidad de la sociedad, sino más bien su inexistencia, considerándose incluso que la registración efectuada por un error del organismo de contralor que ordenó la inscripción a pesar de la falencia apuntada no tendría efecto saneatorio de la misma ⁽¹⁷⁾.

Al respecto, si bien no de manera innovadora, pareciera que el Tribunal se pronunció, sobre la suerte que puede esperarle a las sociedades ya constituidas e inscriptas que no respetaron en su origen el cumplimiento sustancial de pluralidad de socios.

No parece inocente el reparo puntualizado por la Cámara al analizar un argumento de la apelante quien consideró que las sociedades unipersonales son una realidad económica imperante en el mercado, y que la costumbre es la primera fuente inspiradora de derecho comercial. Dicha tesis fue rechazada de plano por la Alzada apreciando que la costumbre *contra legem* no puede generar derechos, ni constituir fuente de aquéllos, calificándose a la misma como un fenómeno patológico consistente en el uso abusivo y desviado del recurso de constitución de sociedades.

Más bien, podríamos decir que dichas expresiones y afirmaciones, pueden resultar un fundamento de valía para exigir que las personas jurídicas así constituidas deban adecuarse en adelante ⁽¹⁸⁾, para no

(16) Resolución IGJ N° 83/05 en la cual se estimó que la ínfima participación accionaria que exhibía uno de los socios era consecuencia de la falta de ejercicio de derecho de preferencia previsto por el art. 194 L.S..

(17) En este sentido, Fontanarrosa, Rodolfo, *Derecho comercial argentino*, t. I, p. 311; Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo, *Derecho societario*, Parte General, t.1, "Introducción al derecho societario", Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 189; Halperín, Isaac y Butty, Enrique, *Curso de derecho comercial*, t. 1, p. 147; Favier Dubois, Eduardo (h), *El Registro Público de Comercio y las inscripciones societarias*.

(18) Al respecto, el organismo administrativo de contralor se pronunció diciendo: "De manera tal que aunque un documento -cuya registración obligatoria hubiese sido impuesto por la legislación mercantil positiva-hubiera sido inscripto en el Registro Público de Comercio, la conclusión de tal trámite no convalida vicios,

ser consideradas fuera del sistema de limitación de responsabilidad societaria, teniéndose en cuenta que para que esto ocurra, la ausencia del recaudo debe darse de manera originaria, es decir, desde la misma constitución de la sociedad, pues si la falta de plurisubjetividad deviene con posterioridad estaríamos más que ante un caso de inexistencia de la persona jurídica, frente a una causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 8 L.S..

Los fundamentos vertidos permiten rechazar el argumento central de los detractores de la postura administrativa: "la defensa de los derechos adquiridos".

Mi reflexión sobre la cuestión es la siguiente: ¿Hay derechos adquiridos irrevocablemente cuando se obtienen a través de un fraude a una norma imperativa?: Creo que difícilmente podemos afirmarnos en esta postura, que en defensa de las sociedades de cómodo sólo es una distorsión de la teoría. Nuestro deber como abogados es defender los derechos que lícitamente se hayan adquirido, pero no podemos cerrar los ojos cuando se recurren a ficciones con el único y deliberado propósito de limitar la responsabilidad del empresario individual aún contra lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico vigente.

y si la pluralidad sustancial de socios no fue respetada al momento de registrarse el acto constitutivo en dicha oficina, mal puede tenerse por subsanado ese vicio sustancial por el hecho de haberse cumplido los tramites de publicidad previstos por la ley 19.550", en los considerandos de la Resolución Particular Nº 88/05.