

99 Y 1 VS. JOHN RAWLS

JORGE BAZÁN

Difícil resulta no valorar, según los fundamentos que las sostienen, la finalidad dikelógica que persiguen las últimas resoluciones emanadas de la Inspección General de Justicia, tales como las referidas a la relación entre capital y objeto -también llamada “infracapitalización” de la sociedad-, las referidas a las sociedades extranjeras, la obligatoriedad de publicar e inscribir la sede social aún cuando ello no importe reforma del estatuto social, la necesidad de una pluralidad “sustancial” de socios entre otras, siendo materia de este trabajo esta última.

La larga trayectoria que lleva el actual Inspector General como abogado litigante en temas referidos a “conflictos societarios” y la vasta experiencia que ello conlleva, muy probablemente ha inspirado su deseo de hacer justicia y en esos términos se ha expresado: *“Desde que tengo el honor de desempeñar el cargo de Inspector General de Justicia, la necesidad de evitar al ciudadano común transitar por la justicia en la defensa de sus derechos ha sido una de mis aspiraciones y fuentes de muchas de las resoluciones tanto generales como parti-*

*culares que se han dictado en estos últimos tres meses”*¹

A ese ánimo inspirador de justicia se refiere Rawls en su “*Teoría de la Justicia*” al decir: “*Casi todas las doctrinas tradicionales sostienen que, en cierta medida al menos, la naturaleza humana es de condición tal que adquirimos un deseo de actuar justamente cuando hemos vivido en el marco de unas instituciones justas y nos hemos beneficiado de ellas. En la medida en que esto es cierto, una concepción de la justicia es psicológicamente adecuada a las inclinaciones humanas*”²

Ahora bien, ¿se ajusta a derecho el criterio de la I.G.J. plasmado en distintas resoluciones particulares por el cual en los supuestos en que el capital de una sociedad se encuentra distribuido 99% en cabeza de un socio y un 1% en otro o proporciones aún menores para este último o últimos en caso de pluralidad minoritaria, no acepta la inscripción de sociedades o actos societarios posteriores a aquella y más aún, obliga a las sociedades inscriptas con anterioridad y que presentan esta particularidad, a modificar la proporción de distribución de su capital de forma tal de superar esa relación porcentual, bajo el argumento que no se cumple con la pluralidad de socios y consecuentemente –según esta doctrina– no se cumple con la ley?

Una rápida cuenta matemática indica que no, ya que dos (99 y 1) es “pluralidad” tal como lo exige la L.S. en su artículo 1º (... *cuando dos o más personas...*). Sin embargo, las resoluciones recaídas en los expedientes emblemáticos del criterio de la I.G.J., tales como “Bosques Verdes S.A.”, “Vitamina Group S.A.”, “Jasler S.A.” y “Coca Cola Femsa de Buenos Aires Sociedad Anónima”, se encuentran avaladas por atendibles fundamentos, siendo los más relevantes lo que se anotan al pie de página.³

¹ Nissen Ricardo en La Ley del 30/12/2003 “Suplemento de la Inspección General de Justicia”.

² John Rawls “Teoría de la Justicia”, Edición 1979, Fondo de Cultura Económica, pág. 504.

³

1. “*Las sociedades comerciales en general y las sociedades anónimas en particular constituyen instrumento de concentración y acumulación de capitales para el desarrollo de una actividad económica. Las empresas industriales y comerciales exigen con frecuencia capitales que no pueden ser suministrados por una sola persona.*”
2. “*La ley 19.550, en su art. 1º consagra la pluralidad de socios como requisito esencial y específico del contrato de sociedad comercial.*”
3. “*La exigencia de pluralidad de personas como requisito para al existencia de la sociedad comercial no puede tener una función puramente formal, pues el consentimiento de un so-*

Los propios argumentos empleados, que se repiten en las resoluciones dictadas en los casos apuntados, servirán de base para sostener la tesis contraria y concluir con la ilegalidad de las mismas.

No será materia del presente analizar las irregularidades que muestran en punto a su constitucionalidad tales como la violación de la competencia constitucionalmente asignada a los diferentes poderes, al atribuirse facultades legislativas y judiciales, viéndose mucho más marcado esto último en el caso de la “infracapitalización”, toda vez que la I.G.J. estaría “juzgando” cual es el cuántum aceptable de capi-

cio solo debe considerarse jurídicamente relevante para la formación del contrato social en la medida en que se tenga un contenido económico suficiente como para implicar una voluntad verdadera de realizar aportes y correr los riesgos de beneficios y utilidades que implica la figura de la sociedad.”

4. *“Quienes han concurrido a constituir la sociedad anónima en los casos donde un solo socio tiene más del 99% del capital social y el resto está en manos del otro socio, es evidente que ellos no han querido formar una sociedad entre si ni tampoco con otras personas determinadas. No han tenido voluntad de asociarse y menos aún una voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada, es decir, carecen de “affectio societatis” que es en opinión aún frecuente en nuestra doctrina, un elemento específico del contrato de sociedad”.*
5. *“Debe descartarse la posibilidad de recurrir a la constitución de sociedades anónimas —o de responsabilidad limitada— como un mero recurso para limitar la responsabilidad del empresario individual, el cual es solo un efecto legal de la elección de un determinado tipo societario, pero nunca el objetivo que tuvo en miras el legislador al legislar el contrato de sociedad.”*
6. *“Si del estatuto de la sociedad surge que uno de los socios tiene más del 99% del capital social, estamos en presencia de las llamadas “sociedades de cómodo”, las cuales consisten en la utilización de la sociedad para limitar la responsabilidad del empresario individual, finalidad que ha sido descartada por el legislador societario de 1972.”*
7. *“Las denominadas “sociedades de cómodo” se encuentran excluidas de nuestro derecho, entendidas éstas como el recurso utilizado por aquellos empresarios individuales que sólo aparentemente actúan como entes societarios, sea por la vía de la simulación de la pluralidad o por el denominado negocio indirecto.”*
8. *“...que solo se recurrió a esta sociedad a los fines de cumplir con una mera formalidad y no para satisfacer la justificada exigencia de lograr la pluralidad de sujetos que la ley 19.550 requiere para el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, con personalidad propia y con excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad de quienes integran el elenco de socios de la compañía.”*
9. *“La I.G.J. en ejercicio de control de legalidad que la ley ha puesto en sus manos (art.34 del Cod. de Com., art.6° de la ley 19.550 y art. 7° de la ley 22.315) no puede admitir que se desvirtúen los fines que el legislador tuvo en mira al regular el contrato de sociedad, erigiendo a la pluralidad de socios como requisito esencial de la constitución y funcionamiento de las mismas.”*
10. *“El legislador de la ley 19.550 al exigir la pluralidad de socios como requisito de existencia de una sociedad comercial, ha pretendido que esa pluralidad sea sustancial y no formal, pues de lo contrario hubiese admitido la sociedad de un solo socio.”*
11. *“La abismal desproporción de las participaciones pone en evidencia misma la ausencia del affectio societatis y la consecuente burla a la exigencia legislativa de la pluralidad de socios, fundada en la garantía que ello representa frente a terceros contratantes.”*

tal en relación al objeto que se pretende desarrollar. En el caso que nos ocupa, “juzgando” la voluntad y aún más, la conveniencia empresarial del socio que concentra el 99% del capital en sus manos cuando, paradójicamente y como veremos, de tal forma se cumple la ley.

Tampoco me detendré en la violación al art. 3° del Código Civil, cuando se pretende hacer valer esta doctrina en sociedades ya constituidas bajo tales características, aplicando retroactivamente la ley y en tal supuesto avasallando derechos adquiridos y con ello el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la C. N. También estarían conculcando el derecho constitucional de ejercer toda industria lícita y de disponer de la propiedad (art.14 C.N.).

Dejando estos obvios, pero no por ello, menos importantes argumentos de lado, la crítica la centraremos en los siguientes tres:

- a) El desconocimiento de la simulación lícita o del negocio jurídico indirecto;
- b) La no aceptación de una realidad económica como lo es la “sociedad unipersonal”;
- c) El forzado criterio de no permitir lo que la ley expresamente permite y regula.

Así:

a) De la simulación lícita:

Es cierto que el legislador de 1972 al tratar el negocio societario, tuvo en cuenta que las sociedades son instrumentos de concentración de capitales para el desarrollo de una empresa mercantil, pero no es menos cierto que la realidad indica que cuando el empresario se aboca a un emprendimiento pretende minimizar el riesgo y recurre a figuras que protejan su patrimonio personal mediante un sistema de imputación de responsabilidad diferenciado, tales como las S.R.L. o la S.A.⁴

En otros casos, su deseo será no compartir el emprendimiento en virtud de la significación cuantitativa y cualitativa de su aporte respecto del otro socio, pero ve en la ley una prohibición a ello. Recu-

⁴ La estadística de la I.G.J. del año 1993 es contundente prueba de ello pues entre Enero a Noviembre se inscribieron: 9 colectivas, 5 comanditas por acc., 7 comanditas simples, 0 capital e industria, 6.321 S.R.L. y 6.716 S.A.

re entonces a la simulación lícita -que es tal en la medida que no perjudique a terceros y tenga un fin lícito (957 c.c.)- utilizando la figura societaria de imputación diferenciada en la cual concentra en sus manos el 99% o más del capital social. No vemos en ello ninguna "figura de peligro"⁵ o fraude que deba reprochársele. Por el contrario, frente a la prohibición legal de formar una sociedad unimembre la única alternativa posible es esa.⁶

Los interesados se apoyan en un determinado acto jurídico, con una finalidad diversa a la de su estructura. Se sujetan, sin embargo, a su forma y aún a su disciplina. El acto jurídico indirecto, así exteriorizado, es cierto, real y serio, pues dentro de lo lícito jurídico pueden los particulares obtener cualquier fin económico mediante el empleo indirecto de un acto determinado.⁷

A poco de analizar los fundamentos de la I.G.J. vemos que esa finalidad que tuvo el legislador de 1972 de "concentración de capitales para el desarrollo de una empresa mercantil" no se ve enervada cuando tal "concentración de capital" se dispone en cabeza de uno de los socios, pues la télesis, cual es el desarrollo de una empresa mercantil, se ve plenamente cumplida en la especie. Qué sentido tendría realizar el esfuerzo y la inversión al noventa y nueve por ciento sino es para desarrollar la actividad empresarial?

En defensa de la licitud de la utilización de la sociedad como negocio jurídico indirecto se enrolan autores de la talla de Otaegui cuando sostiene que la propia ley en su art. 3º permite que la sociedad sea utilizada para la constitución de asociaciones, siendo que la causa de éstas es una causa desinteresada distinta de la causa interesada de la sociedad.⁸

⁵ Le Pera Sergio, "Cuestiones de Derecho Comercial Moderno" Ed. Astrea 1979, pág. 99.

⁶ "Una vez aceptado el principio según el cual dos o más personas, pueden limitar su responsabilidad a los bienes que hubieren aportado, ninguna diferencia sustancial desde el punto de vista "valorativo" parece resultar de la circunstancia de que esas personas sean dos o más de dos, o sólo una, tanto en el momento inicial como luego, durante su subsistencia" (Le Pera, ob.cit. pág.96).

⁷ Satanowsky Marcos, "Tratado de Derecho Comercial", 1957-pág.317.

⁸ Otaegui Julio, "El art.54 de la Ley de Sociedades: inoponibilidad de la personalidad jurídica" ED. 121-814. Para autores como Yadarola ("El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo socio" Rev. Jurídica de Córdoba, 1947) y Satanowsky, ob.cit. pág. 311, la constitución de una sociedad de cómodo no importa un negocio simulado sino un negocio indirecto o fiduciario.

En su máxima expresión se ubica Ferrara, quien sostiene que las sociedades no encuadran en el acto simulado, que ello es imposible, pues para la existencia de éstas es necesaria la cooperación del poder estatal, que es quien atribuye personalidad, siendo su intervención integrativa en la constitución societaria de forma tal que le confiere una existencia formal válida, a pesar de su inexistencia sustancial.⁹

Esta idea fue compartida nada menos que por Vivante, Brunetti, De Gregorio y Greco.

b) De la sociedad unipersonal:

A esta altura del desarrollo jurídico referido al tema, querer negar la existencia, conveniencia y necesidad de la sociedad unimembre es cerrar los ojos a una realidad abrumadora en pro de su aceptación.¹⁰

⁹ Ferrara F., "La simulación de los negocios jurídicos, ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág.207.

¹⁰ Anaya, Jaime Luis: "Sociedades inicialmente unipersonales", ED 124-724/738; Alegría, Héctor: "La sociedad unipersonal"; RDCO, año 27, ED. Depalma, 1994, Págs. 1/12; Malagarriga, Juan Carlos: "Sociedades de un solo socio", Monografías Jurídicas, Ed. Abeledo Perrot, 1965; Piaggi de Vanossi: "Estudio sobre la sociedad unipersonal", Ed. Depalma, 1997; Rivarola, Mario: "La imitación de la responsabilidad de la empresa individual", Actas del 1er. Congreso Nacional de Derecho Comercial", Fac. Derecho, UBA, 1943, págs.278/9; Malagarriga, Carlos C: "Limitación de la responsabilidad de empresas individuales", Actas del 1er. Congreso Nacional de Derecho Comercial", Fac. Derecho, UBA, 1943, págs 276/7; Champaud, Claude: "La empresa personal de responsabilidad limitada", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed Depalma, 1982, págs. 487/554 (traducción Ana I. Piaggi); Etcheverry, Raúl: La " Ley del Comerciante" del Paraguay, ED. 113-834/8; Hugot, J-Richard-J: "Les sociétés unipersonnelles" (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985), Ed. Litec, Paris, 1985; Odriozola, Juan Martín: "El patrimonio afectado. Límites a la responsabilidad". Derecho Societario.. VI Congreso, Mar del Plata 1995, Ed Ad.Hoc.Tº II, pág. 205/212 y "Sociedad de un solo Socio o empresa unipersonal de responsabilidad limitada", en " La sociedad comercial ante el tercer milenio", VII Congreso... Bs.As., 1998, pág 268/276; Instituto de Derecho Comparado, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, UNBA, Ed. Abeledo Perrot, 1960, págs. 11 y sgts. " La empresa individual de responsabilidad limitada en la legislación de Liechtenstein"; Vº Congreso de Derecho Societario (Huerta Grande, Córdoba, 1992)- "Derecho Societario y de la Empresa", Ed. Advocatus, T.I, ponencias: Gulminelli, Ricardo; Althaus, Alfredo; Richard, Efraín H.; Olivera, Noemí; Kleidermacher, Arnoldo; Pérez Hualde, Fernando; Araya, Miguel; Barreiro, Rafael-Turrin, Daniel; Vitolo, Daniel; Favier Dubois, Eduardo (p); Aramouni, Alberto; Lloveras, María E-Brizuela, Carmen-Lloveras, Nora-Jaunés, Norma Borgarello, Luis-Bianchi, Edelvis; Bugallo, Beatriz-Castaño, Mariela-Poziomek, Rosa; Kuroda, kiyohiko (Japón); Rodríguez Mascardi, Teresita-Ferrer Montehegro, Alicia (ROU); Tosello, María del Carmen. Rovere, Marta y Montresi, Víctor; VIº Congreso Argentino de Derecho Societario...". Bs.As, 1998; ponencias: Biagosh, Fernando; "Sociedad de un solo socio. Empresario individual de responsabilidad limitada", Tº I, pág. 721/730; Gulminelli, Ricardo: "Propuesta de lege ferenda para posibilitar..", Tº I, pág. 731/736; VIIº Congreso Argentino..", Bs.As. 1998, Tº I, págs. 1998, Tº I, págs.193/314; ponencias Tema 1, Subtema 3.

En los últimos proyectos legislativos de reforma a la Ley 19.550 se incorpora la figura de la sociedad unipersonal. En el último de ellos, el Anteproyecto de Modificación a la Ley de Sociedades Comerciales, integrada por los doctores Anaya, Etcheverry y Bergel, regula estas sociedades bajo las figuras de la S.A. y de la S.R.L.

Decía Vivante en 1893: El Derecho mercantil se ha formado y ampliado casi empíricamente desviándose del tronco común del Derecho romano y civil fuera de toda influencia de escuelas económicas o filosóficas, con una disciplina estrechamente ajustada a la actividad comercial bajo el impulso de la libre concurrencia y de la libre producción.¹¹

Se reconoce a la costumbre como la primera y exclusiva fuente histórica del derecho¹², por ello es que se debe prestar atención a los usos y costumbres mercantiles pues crean los negocios jurídicos que luego el legislador regula normativamente. Así, ir en contra de ellos es ir en contra del propio derecho comercial. Es por ello que las resoluciones de la I.G.J. que rechazan la inscripción de sociedades con porcentajes de capital 99 y 1, y peor aún, que son observados sus actos societarios con posterioridad al verificar tal proporción en el capital cuando fueron inscriptas de tal manera, constituye una negación del ordenamiento mercantil moderno.

c) De la expresa regulación legal:

Tanto la simulación lícita como la legalidad de una sociedad con un capital cuya proporción sea 99 a 1, o mejor aún, que tenga una minoría inferior al 2% están expresamente normados en la Ley 19.550.

Así, en punto a la simulación lícita, cuando el art. 34 hace alusión a esta clase de simulación al regular al “socio aparente”, está aceptando al socio (aparente) que ostenta el 1% o menos del capital social, quien frente a los terceros será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio. Claro que también existen las sociedades en que ese socio del 1% es un socio real y efectivo, pero hago hincapié en el otro supuesto ya que la figura del “socio aparente” es un caso de simulación lícita que la Ley 19.550 contempla expresamente.

En punto al reconocimiento que la ley hace de sociedades cuyos

A esto se suma que en Europa: Alemania, Francia, Italia y España, por nombrar algunas legislaciones comparadas, adoptaron la sociedad unipersonal. Portugal la “empresa individual de responsabilidad limitada” y la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal.

¹¹ Vivante César, “Tratado de Derecho Mercantil” Volumen primero, Madrid 1932, pág. 17.

¹² Fontanarrosa R. “Derecho Comercial Argentino” (parte general) 1963, pág. 45 y sig.

capitales muestran tenencias inferiores al 2%, lo vemos en los arts. 236: "...por lo menos el 5%", 275: "... si no media oposición del 5% del capital social, por lo menos", 319: "...cuando represente no menos del 5% del capital" y sin lugar a dudas el artículo 294 incisos 6° y 11° cuando se refiere a "...accionistas que representen no menos del 2% del capital social". En todos estos artículos la ley infiere tenencias inferiores, máxime cuando expresa "no menos del 2%" aceptando entonces una participación del 1% o menor aún, que si bien no le otorga derechos, no por ello le resta virtualidad legal como lo hace la I.G.J. en las resoluciones que motivan este trabajo.

Cabe entonces concluir que, ejercer un control societario en la creencia que todas las sociedades de 99 y 1 son fraudulentas, conlleva a la I.G.J. a contradecir la fuente principal del derecho comercial como lo son los usos y costumbres comerciales y peor aún, a desconocer la propia ley quien sí reconoce tanto la simulación lícita como la existencia de pluralidad de socios cuando uno/s ostenta/n una participación de capital del 1% o menor.

John Rawls ("*Teoría de la Justicia*") se pregunta: ¿Qué debe prevalecer en una sociedad bien ordenada, la búsqueda del bien o bueno (good) o el derecho (right)? Contestando que siempre debe prevalecer el derecho. Éste se antepone a lo bueno. Una regla adquiere plena vigencia cuando no conviene cumplirla. De no ser así, el ciudadano o el Estado, hará en cada caso lo que más se le parece al bien. Al comportarse así vivirá, en los hechos, sin reglas. Cuando las perciba como inconvenientes, como "malas", no las cumplirá. De esta manera se convertirá en una persona "no creíble", "no confiable" y así se está mostrando la I.G.J. al no respetar el derecho vigente.

PONENCIA

El presente trabajo tiene por objeto demostrar que las resoluciones dictadas por la Inspección General de Justicia de la Nación en los emblemáticos expedientes "*Bosques Verdes S.A.*", "*Vitamina Group S.A.*", "*Jasler S.A.*" y "*Coca Cola Femsa de Buenos Aires Sociedad Anónima*" que consideran que cuando el capital de una sociedad se distribuye en proporciones de 99% y 1% o menos no se estaría cum-

pliendo con la pluralidad "*sustancial*" de socios, **a)** desconocen la principal fuente del derecho, **b)** se hallan a contramano con el derecho comercial moderno y **c)** son contrarias a la Ley de Sociedades Comerciales.

La formulación encuentra su fundamento en la aceptación expresa de la Ley 19.550, tanto de la simulación lícita como del reconocimiento de proporciones de tenencia de capital social del 1% y por tal motivo cuando la I.G.J. dicta resoluciones contrarias a la ley en el convencimiento que con ello está haciendo "el bien" o creyendo prevenir hipótesis de fraude para todos los casos sin distinción alguna, siendo que ésta es un organismo del Estado y comportando ello un acto violatorio del derecho positivo, a la postre y nuevamente, este último deja de ser confiable.