

Sociedad anónima unipersonal: Necesario nuevo tipo social en la Ley General de Sociedades

Pedro Gregorio Madrid²⁹¹ y Marcos Gastón Mauvecín²⁹²

Abstract

Antecedentes de la empresa/sociedad unipersonalidad y la necesidad económica de la misma. La necesaria pluralidad sustancial. La Sociedad Anónima Unipersonal en la Ley General de Sociedades y su necesario enfoque como tipo autónomo. Ausencia de claridad en la normativa, solución insuficiente a la necesidad social y propuesta de la creación de la SAUNE (Sociedad Anónima Unipersonal Nueva Empresa) y la SAUGE (Sociedad Anónima Unipersonal para Grandes Empresas).

Introito: Antecedentes Empresa/Sociedad Unipersonal - Necesidad económica de la misma

La ley 26.994, en su superficial reforma de la antigua ley de sociedades comerciales (hoy ley general de sociedades) pone fin a una disputa doctrinaria de antaño legislando la incorporación en la mencionada norma a las figuras asociativas unipersonales. La tipificación elegida, Sociedad Anónima Unipersonal.

²⁹¹ Abogado reconocido con mención de Honor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán (2009). Maestrando Maestría en Derecho Empresarial, Facultad de Derecho, Universidad Austral (2014/2015). Docente Cátedra Derecho Societario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán (2012 al presente).

²⁹² Abogado reconocido con mención de Honor, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán (2009). Máster en Derecho Privado Patrimonial, Universidad de Salamanca (España, 2011/2012). Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca (España, 2012/2013).

La incorporación de las figuras asociativas unipersonales implica, ante todo, un sinceramiento de la ley ante los acontecimientos que venían reflejándose de antaño en el giro económico comercial del país.

Los incontables actividades llevadas adelante por sociedades que, a efectos de dar cumplimiento con la pluralidad exigida por el artículo 1 de la antigua LSC, incorporaban como socios a terceros –mal llamados socios de paja–, las objeciones doctrinarias y normativas a las sociedades de cómodo, son sólo alguno de los muchos inconvenientes a que dio lugar la deficiencia normativa de la antigua ley de sociedades comerciales.

En este contexto, y con la tardanza propia de todo tema que divide las aguas de la doctrina, llegó a nuestro plexo normativo la Sociedad Anónima Unipersonal.

Ahora bien, cabe preguntarnos si este nuevo tipo social efectivamente viene a dar solución a las problemáticas que escuetamente mencionamos y que desarrollaremos a continuación o si acaso, como muchos creen, es tan sólo un “cortés consuelo” para aquellos que bregamos por un sinceramiento de la norma ante la realidad social, y que a la postre entendemos a los patrimonios de afectación como herramientas económico/sociales de trascendental importancia para el desarrollo productivo del país.

Para poder contestar estas interrogantes resulta necesario analizar, primeramente, la problemática que la reforma en análisis viene a soslayar y seguidamente el alcance práctico que esta nueva estructura tiene a nuestros ojos ante dicha disyuntivas.

Objeciones a la unipersonalidad ficta: Necesaria pluralidad sustancial

El empresario argentino en el desarrollo de la actividad comercial se encuentra día a día expuesto a un sinfín de riesgos, los cuales parten desde lo aleatorio de su propia actividad hasta los más variados imprevistos y vaivenes del mundo negocial.

En ese contexto, la idea de limitar la responsabilidad a un patrimonio de afectación determinado ha sido la eterna búsqueda de los comerciantes.

La simbiosis existente entre los conceptos “limitación de responsabilidad” y “pluralidad”, en virtud de lo concebido por la teoría contractualista, implicó al empresariado de nuestro país un gran escollo. No obstante esto, la importancia de poder limitar la responsabilidad en los términos previstos para los tipos sociales normados por la LSC, llevó al empresariado a encontrar soluciones “alternativas” a tal efecto.

El empresariado, en la praxis, hizo propia la postura esgrimida por Ascarelli: “desaparecida la pluralidad, no tiene más sentido, naturalmente, que se hable de contrato social, pero económicamente y jurídicamente tiene significado hablar de persona jurídica y de patrimonio autónomo”²⁹³

Así, dejando de lado la pluralidad, *afectio societatis* y demás, el contrato social se constituyó en carta orgánica fundacional de una nueva persona jurídica esencialmente a los fines de crear un nuevo patrimonio centro de imputación de derechos y obligaciones.

De esta manera, las sociedades que limitaban su pluralidad al solo cumplimiento formal de los preceptos del artículo 1 de la LSC se volvieron moneda corriente en el giro comercial de nuestro país identificándose a las mismas vulgarmente como “sociedades de cómodo”²⁹⁴.

El uso de los tipos societarios previstos en la ley 19.550 al solo efecto de limitar la responsabilidad despertó las reacciones más diversas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Entre éstas se destacó sin dudas la posición asumida por la Inspección General de Justicia (en adelante IGJ) quien, en ejercicio de las facultades conferidas por ley²⁹⁵, dispuso mediante Resolución 07/2005²⁹⁶ la no inscripción de las sociedades cuya pluralidad sea meramente formal.

Los fundamentos de dicha posición defendida a ultranza por el Dr. Nissen, otrora director del mentado organismo, radicaban principalmente en entender que dicho mecanismo no era sino una vulneración al espíritu de la ley y que disfrazándose de negocios indirectos en verdad permitían la creación de sociedades simuladas que ponen en riesgo la seguridad jurídica en general y a los terceros en particular.

²⁹³ FARGOSI, Horacio P., “Anotaciones sobre la sociedad unipersonal”, La Ley, 1989-E, p. 121.

²⁹⁴ 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)

²⁹⁵ Art. 34 del antiguo Código de Comercio, art. 6° de la ley 19550 y art. 7° de la ley 22.315

²⁹⁶ Inspección General de Justicia, Resolución General 7/2015, Artículo 56: “- La Inspección General de Justicia no inscribirá la constitución de sociedades pluripersonales cuya pluralidad de socios sea meramente formal o nominal.

Dicha posición se vio respaldada judicialmente en el *leading case* “Fracchia Raymond S.R.L.”²⁹⁷ en el que la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Comercial confirmó una resolución de la IGJ que denegó la inscripción del acto constitutivo y del contrato social de una sociedad de responsabilidad limitada hasta tanto se recompusiera la llamada “pluralidad sustancial de socios”. En dicha resolutive el sentenciante señaló que recurrir a la figura societaria para beneficiarse de la responsabilidad limitada en emprendimientos unipersonales evidencia una costumbre de uso abusivo y desviado de un recurso legal y que en el caso —tal como expresara Frachia Raymond S.R.L. en su defensa— no existió verdadera voluntad de asociarse para un emprendimiento común, toda vez que la constitución de una sociedad requiere aportes efectivos serios y reales, esto es, “pluralidad sustancial de socios”.

En misma inteligencia, y marcando el norte definitivo de la jurisprudencia ante estos temas, se expresó la Excma. Cámara Comercial en el en el caso “Boca Crece SA”²⁹⁸, donde la participación accionaria de dicha sociedad correspondía en un 99% a la “Asociación Civil Club Atlético Boca Juniors” y el 1% restante a la “Asociación Mutual de Ex Jugadores del Club Atlético Boca Juniors”.

En consecuencia, la jurisprudencia apoyada por un sector de la doctrina concluyó que la pluralidad exigida por el artículo 1° de la LSC no correspondía solamente a un requisito meramente formal. Por el contrario, siendo indispensable el aporte, la *afectio societatis* y la participación plural de socios, una sociedad debía necesariamente fundarse en una pluralidad sustancial.²⁹⁹

297 “Inspección General de Justicia c/ Fracchia Raymond S.R.L.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 03/05/2005.

298 “Inspección General de Justicia c/ Boca Crece SA”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 27/06/2006.

299 Exceptuando las disposiciones previstas por ley de manera directa o indirecta: a) Sociedades del Estado: el art. 2° de la ley 20.705; b) Unipersonalidad derivada en la LSC: en todos los casos en que hubiese venido a menos la pluralidad de socios por el motivo que fuere (exclusión del socio, resolución parcial, etc.) el art. 94, inc. 8° —en la versión anterior a la modificación de la hoy LGS por la ley 26.994— disponía que la sociedad se disolvería... c) Cramdown: el régimen del art. 48 de la ley 24.522 admite aún hoy la posibilidad de que la totalidad del paquete accionario o de las cuotas sociales de la sociedad concursada sometida a cramdown le sea transferido a un solo acreedor d) El decreto delegado 677/01: esta norma introduce las prácticas del *corporate governance* en Argentina, en el ámbito de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. e) Régimen de participaciones residuales en el mercado de capitales: continúa la línea normativa del decreto mencionado en el apartado precedente, la ley 26.831 (Ley del Mercado de Capitales), que regula el régimen de participaciones residuales en el mercado de capitales, y cuyos arts. 91 a 95 reproducen —prácticamente en forma idéntica— los arts. 25 a 29 del decreto en cuestión.

¿Resulta necesaria la pluralidad sustancial? ¿Cómo determinar la pluralidad sustancial?

Ahora bien, más allá de lo expresado por jurisprudencia, como también por la IGJ en su carácter de órgano rector de las Sociedades Comerciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no son pocos los que reparan en la decisión arribada.

En efecto, basta tan solo con caer en los anaqueles de la doctrina y se advertirá que no diversos autores que entienden que la posición embanderada por el Dr. Nissen se sustentó en un exceso rigor formal manifiesto al interpretar de manera rígida la letra de la ley y que la misma impidió el desarrollo de emprendimientos en el ámbito comercial argentino.

Asimismo las críticas respecto a los parámetros necesarios para diferenciar la pluralidad sustancial de la meramente formal no se hicieron esperar. ¿Qué criterios debían tomarse a tal efecto?

Por una parte, hay quienes sostuvieron que la pluralidad sustancial se fundamentaba en la potestad del socio minoritario en ejercer actos de control ante la sociedad. Así, bastaba con el 2% previsto por el artículo 294 de la LSC para exigir información de la sociedad al órgano de fiscalización podía entenderse suficiente para garantizar la pluralidad sustancial.

Por otra parte, hay quienes entendían que sólo se garantizaba la verdadera pluralidad con la participación del socio minoritario en al menos el 5%, cifra prevista para llevar adelante convocatoria de asamblea en los términos del artículo 236 de la LSC, permitiéndole así tener un rol activo en los órganos de dirección y organización.

De esta manera, al no existir un criterio unánime el análisis de la pluralidad debía necesariamente ser llevado adelante tomando en consideración cada caso.

A pesar de esto, y dejando de lado esta discusión ya estéril, cabe ratificar una pregunta que compartimos con cierto sector de la doctrina. ¿Qué perjuicios traía aparejada una sociedad constituida bajo una pluralidad formal? ¿Quién resultaría perjudicado ante esto? A nuestro criterio, y siendo esta opinión propia de otro ámbito, advertimos que la discusión entre pluralidad sustancial y formal encuentra su mayor sustento en el cumplimiento estricto e inflexible de prerrogativas legales. No creemos que dicha discusión haya sido fundada en el interés social toda vez que indirectamente impidió a sectores productivos el acceso ágil a estructuras societarias necesarias para el desarrollo económico local.

Fruto de estas discusiones, como también –y sobre todo- dada la necesidad de incorporar nuevas herramientas para el fomento y desarrollo de emprendimientos, el legislador dio por concluida la mentada discusión incorporando la Sociedad Unipersonal a nuestra ley.

Sociedad anónima unipersonal en la Ley General de Sociedades: Subtipo de S.A. o tipo autónomo

La ley 26.994 modificó parcialmente la vieja ley de sociedades comerciales -19.550- dando lugar a la ley general de sociedades.

Entre las incorporaciones que trajo esta norma cabe prestar especial atención al segundo párrafo del artículo 1 el que dispone “*La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal*”. A través de ese agregado, la Sociedad Unipersonal se volvió una realidad en nuestro plexo normativo.

Ahora bien, cabe entonces preguntarnos bajo que normativas debe circunscribirse el desarrollo y funcionamiento de este, a nuestro entender, nuevo tipo social.

A este interrogante hay quienes responden afirmando que la SAU es sin dudas un subtipo de la S.A., razón por la cual a la misma se aplican todas y cada una de las disposiciones correspondientes a este tipo societario.

Contrariando a esta corriente, y tal como ratificáramos anteriormente, entendemos a la SAU como un tipo autónomo de sociedad.

Dicha afirmación generará sin dudas conflictos en la doctrina que a la postre deberán ser resueltos en los estrados, no obstante esto, invitamos al lector a apartarse de la rigidez de la letra y llevar su comprensión al ámbito de la praxis.

Ya adentrados en este razonamiento práctico al cual invitamos debemos apelar primeramente a la razón. Entendemos que el legislador, al incluir en la “Ley General de Sociedades” (LGS) el fraccionamiento patrimonial de una persona, para afectarlo a determinado riesgo, eliminando la simulación que provoca el requisito de dos o más socios -sociedad “de cómodo”-, hubiera caído en un sinsentido si exigiera la necesidad de acudir a cinco personas más, tal como sería el caso de entender aplicables los preceptos dispuestos para las SA previstas en el artículo 299 de la LGS.

Basta tan solo con leer las memoras de la Sub Comisión pertinente y de la Comisión Reformadora, colegisladores de la ley 26.994 para confirmar que de manera alguna fue intención tan incomprensible exigencia a la unipersonalidad.

Por otro lado, existen argumentos técnico-legislativos que amparan nuestra postura.

Resulta del propio texto de la ley que el legislador optó por crear a la “sociedad unipersonal”, no a un subtipo de SA. Así resulta del artículo 1° el cual dice expresamente “*Habrá sociedad si una o más personas....*”, vale decir, reconoce la sociedad de un solo socio con prescindencia del tipo.

Así también por último advertimos la existencia de elementos característicos de la SAU como nuevo tipo social, los cuales si bien no se encuentran detallados en un capítulo de la ley, pueden observarse claramente en la misma. En efecto, y al solo fin ejemplificativo advertiremos que, conforme resulta del artículo 187 la SAU es el único tipo social al cual se exige la integración del cien por ciento del aporte al momento de la constitución.

Unipersonalidad sustancial vs Unipersonalidad formal

Utilizando paradójicamente los mismos argumentos vertidos por la doctrina para enfrentar las sociedades de cómodo, pretendemos ahora combatir cualquier intento por exigir a la SAU la incorporación obligada de terceros a su funcionamiento.

No son pocos los que exigen el cumplimiento de los recaudos legales previstos por el artículo 284 y 256 de la LGS, los que a la postre llevan a la inclusión de cinco nuevos integrantes a la sociedad. Cabría en este marco preguntarse ¿De que unipersonalidad estamos hablando entonces?

Claramente no existiría en esta hipótesis una unipersonalidad sustancial sino meramente formal, toda vez que el socio se vería obligado a una constante interacción y participación con terceros. Esto sin dudas violentaría no solo el espíritu del tipo social sino, y sobre todo el espíritu de la ley.

Resulta pues aplicable a esta inteligencia todos y cada uno de los argumentos otrora vertidos por la doctrina en contra de las sociedades de cómodo, en su eterna discusión sobre la “inviabilidad de la pluralidad formal”

En conclusión La inclusión forzada de terceros a una SAU violentaría la unipersonalidad sustancial volviéndola meramente formal.

Conclusión: Ausencia de claridad en la normativa - Insuficiente solución a la necesidad social

La redacción actual de la ley 19.550 – con las modificaciones introducidas por la ley 26.994 – no brindó una solución pacífica a la problemática de la constitución de sociedades unipersonales en la legislación argentina.

Si bien a nuestro entendimiento se creó un tipo social nuevo, el cual, con virtudes y defectos puede a la postre dar una solución al empresariado y su necesidad de afectar patrimonio a emprendimientos determinados, no son pocos los que, al ver a la SAU como un subtipo de SA consideran a la primera como una herramienta de imposible acceso para las PyMES toda vez que la misma requerirá el cumplimiento de los postulados esgrimidos en los artículos 255 y 284 de la LGS, siendo sólo posibles de cumplir para sociedades del extranjero con intención de desempeñar actividad cotidiana en el país.

A tal efecto, entendemos necesario encuadrar a la SAU como un nuevo tipo social, detallándose debidamente sus características y funcionamiento de manera independiente a cualquier otro tipo social.

De igual forma entendemos necesario generar un subtipo de SAU, permitiendo diferenciar el tratamiento legislativo para aquellas PyMES –quienes ya no necesitaran caer en sociedades de cómodo como antaño- de aquellos fondos de inversión que, dado su volumen y/o actividad, requieren un control y fiscalización mayor.

En esta idea proponemos la creación de dos subtipos de SAU.

Por un lado la creación de la SAUNE (Sociedad Anónima Unipersonal Nueva Empresa), tipo social con objetos determinados y delimitados exclusiva y excluyentemente a actividades de pequeña o mediana injerencia en la actividad comercial del país, de fácil funcionamiento y escaso costo, preferentemente con excepciones impositivas en sus arranques incorporando así a nuestro plexo normativo una herramienta de verdadero fomento al emprendimiento individual del pequeño y mediano empresario.

Por otro lado, y a los efectos de satisfacer las necesidades de los fondos de inversión y/o capitales provenientes del extranjero denominada SAUGE (Sociedad Anónima Unipersonal para Grandes Empresas) la cual será obligatoria para toda empresa que tenga por objeto actividades de interés público –minería, servicios públicos, entre otros- y se encontrará obligatoriamente bajo todos controles y fiscalizaciones previstos para el tipo más estricto legislado en nuestra ley –SA-.