

**El empresario individual y la estructura jurídica  
societaria:**

Análisis crítico al fallo "Fracchia": ¿sociedad de cómodo?

Por:

**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director

**Colaboradores**

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

# INDICE

## *PRELIMINAR - EL EMPRESARIO INDIVIDUAL.*

- I. LA SOCIEDAD COMERCIAL COMO RECURSO TÉCNICO.
- II. EL EMPRESARIO INDIVIDUAL COMO PROBLEMA PARA LA I.G.J.
- III. MI PARECER. -

## *CAPÍTULO I - LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES.*

- I. LA INTERPRETACIÓN COMO ACTO COMPLEJO.
- II. ¿JURISPRUDENCIA CREADORA O DEFORMANTE?
- III. DOS O MÁS PERSONAS: *¿IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO?*

## *CAPÍTULO I - EL CASO FRACCHIA Y EL CASO MACOA.*

- I. EMPRESARIO INDIVIDUAL Y EL CASO FRACCHIA.
- II. SOCIEDAD DE COMODO Y EL CASO MACOA: LOS HECHOS Y EL CONTEXTO.
- III. DIFERENTES FENÓMENOS DE SOCIEDAD UNIPERSONAL.

## *CAPÍTULO III - REFLEXIONES DEL CASO MACOA.*

- I. EMPRESARIO INDIVIDUAL Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.
- II. LA SIMULACIÓN ILÍCITA Y LA "AFFECTIO SOCIETATIS".

## *CAPÍTULO IV - LA SOCIEDAD DE CÓMODO Y SOCIO DE CÓMODO.*

- I. LA SOCIEDAD DE CÓMODO, DE FACHADA, DE COMPLACENCIA, DE FAVOR O FICTICIA:
  - 1.1. La sociedad de cómodo como negocio jurídico simulado y nulo.
  - 1.2. El socio de cómodo como negocio jurídico indirecto (fiduciario).

## *CAPÍTULO V - LA SOCIEDAD COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DE ...*

- I. ... LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LA EMPRESARIA.

## *CAPÍTULO VI - LA PLURALIDAD.*

- I. LA PLURALIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL Y EL SOCIO DE CÓMODO.
- II. LA PLURALIDAD Y LA "AFFECTIO SOCIETATIS".
- III. RITERIOS CUANTITATIVOS DE PLURALIDAD.
- IV. ARTÍCULO 94.8 Y LA PLURALIDAD TÉCNICA.
- V. EL ARTÍCULO 94.8 Y LA SOCIEDAD DE UN SOLO SOCIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.
- VI. LA PLURALIDAD COMO PRESUPUESTO DE PERSONALIDAD Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.
- VII. LA SIMULACIÓN DE LA PLURALIDAD SE RESUELVE EN EL TERRENO DE LA RESPONSABILIDAD.

## *CAPÍTULO VII - CONCLUSIÓN.*

- I. REFLEXIONES FINAL

CAPÍTULO PRELIMINAR  
EL EMPRESARIO INDIVIDUAL

I.

**La sociedad comercial como recurso técnico**

Hasta no hace mucho tiempo atrás el profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Públicas de Rennes, JEAN PAILLUSSEAU se preguntaba: ¿qué es una sociedad?, ¿en interés de quién existe? Aquella inquietud le habría brotado como natural fruto de un Derecho societario francés viejo y anquilosado. Databa el año 1996 donde la vieja ley de sociedades francesa de 1966 - sólo tenía treinta años - y merecía ser reformada y modernizada<sup>1</sup>.

Hoy, en estas latitudes, y a la luz del renovado intento reformador a nuestra ley de sociedades comerciales 19.550 podríamos formularnos idéntica pregunta ya que nuestra <vieja ley> apenas cumple treinta y dos años; y a pesar de haber sido reformada hace un poco más de veinte, resulta imperioso adecuarla a los nuevos tiempos: el destinatario del Derecho mercantil precisa instrumentos jurídicos que le faciliten montar estructuras adecuadas para emprender sus actividades empresarias de una manera eficiente y organizada.

El sistema de limitación de responsabilidad del empresario al aporte comprometido (capital suscripto en algunos sistemas y capital autorizado en otros) ha sido "el" medio técnico jurídico que mayor aporte ha brindado al desarrollo de la economía global mediante la canalización de inversiones.

En nuestros días ya no se concibe a la sociedad como el medio técnico jurídico necesario para el agrupamiento de grandes capitales; sino que, "la sociedad" es concebida y utilizada con el objetivo esencial de limitar el riesgo empresario<sup>2</sup>. Prueba contundente de esta

<sup>1</sup> Vid., JEAN PAILLUSSEAU "La modernización del derecho de las sociedades comerciales". LL, 1997-E-1409.

<sup>2</sup> "Limited liability: 1) decreases the need to monitor agents, 2) reduces the cost of monitoring other shareholders, 3) promotes free transfer of shares, 4) makes it possible for market prices to reflect additional information about the value of the firm, 5) allows more efficient diversification, 6) facilitate optimal investment decisions and, 7) reduces the firm's cost of capital". Vid., FRANK H. EASTERBROOK AND DANIEL R. FISCHER. "The Economic Structure of Corporate Law".

<nueva> concepción de "la sociedad" es la introducción en numerosos sistemas legales de la empresa (o sociedad) unipersonal de responsabilidad limitada. En esta adecuación a los nuevos tiempos parece orientarse el actual proyecto de reforma a nuestra <vieja ley> 19.550 (t.o. ley 22.903) que busca incorporar a las sociedades comerciales unimembres.

La unipersonalidad de la sociedad mercantil ha sido materia profundamente debatida en la doctrina científica comparada desde hace casi un siglo (hoy ampliamente superada). Esta novedosa estructura jurídica - considerada por muchos como una *contradictio in adjecto* - captó, también, desde muy temprano la atención de importantes maestros de nuestra doctrina; entre ellos a los profesores ESTEBAN LAMADRID, MARIO RIVAROLA, OSVALDO STRATTA, FRANCISCO ORIONE, ENRIQUE AZTIRIA, MAURICIO YADAROLA; entre muchos ilustres profesores que se vieron cautivados por esta fascinante figura jurídica e inquietante estructura técnica. El profesor LAMADRID nos alertaba sobre esta novedad allá por el año 1937 (!)<sup>3</sup>.

Incluidos los frustrados intentos reformistas de la década del ochenta y noventa del siglo pasado, queda evidenciado - en este tema - una preocupante artrosis parlamentaria y un pálido interés por adecuar nuestras estructuras jurídicas a un mundo que avanza. De esta forma "los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino" se han visto privados de un instrumento jurídico ágil y dinámico que les permitiera obtener la limitación de responsabilidad a fin de canalizar inversiones evitando transitar caminos sinuosos que conducen al mismo destino: la sociedad de dos socios de gestión unipersonal. Hace ya mucho tiempo atrás el profesor OSVALDO STRATTA nos decía - con algún ingenuo optimismo - que el tema de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada estaba lo suficientemente maduro (entre nosotros) como para concretar una ley<sup>4</sup>.

Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1991.

<sup>3</sup> Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año XVI, Vol. 18 -3, 1937; citado por OSVALDO STRATTA en "La empresa individual de responsabilidad limitada". LL, 55-939.

<sup>4</sup> Similar opinión tenía el profesor FRANCISCO ORIONE quien había expresado en una ocasión que "la idea de la incorporación de la empresa individual de responsabilidad limitada a la legislación de nuestro país se ha impuesto definitivamente".

Demasiada agua ha pasado bajo el puente desde aquel proyecto de ley de "Responsabilidad Limitada Individual" del senador FELIPE GÓMEZ DEL JUNCO<sup>5</sup>.

Ahora bien, la falta de esta singular estructura jurídica dentro de nuestro sistema no significó darle la espalda al empresario individual; como tampoco, cerrarle las puertas de acceso al negocio jurídico societario: sólo le bastó al empresario individual (y aún le basta hoy) adherir a su proyecto a otro sujeto de derecho (persona física o ideal) titular de sólo una acción (o algo más) para que la sociedad comercial quede formal y sustancialmente constituida. Así lo entiende el artículo 1 de nuestra vieja ley 19.550 (LSC).

El empresario individual (sea el almacén de don Manolo o la gran tienda multinacional) recurre al contrato de sociedad como vehículo jurídico necesario para obtener la limitación de responsabilidad; y sólo desde allí, invertirá su capital de riesgo. Si don Manolo decide fundar un almacén arriesgando sus ahorros, nuestra LSC lo autoriza a recurrir a la estructura jurídica societaria como forma de limitar su riesgo empresario al capital comprometido (léase: suscripto)<sup>6</sup>. Que quede bien claro: la estructura jurídica societaria la necesitan no sólo los accionistas; sino también, los empleados, el fisco, los acreedores, etc.

La limitación de responsabilidad es la consecuencia necesaria de la creación de un sujeto de derecho: la sociedad. Con este instrumento el empresario busca arriesgar capital hasta un límite máximo. Todos lo saben. Quienes contratan con la sociedad asumen voluntariamente compartir parte de ese riesgo. Ni un centavo más; salvo, claro está, uso torcido, fraudulento y desviado de esa estructura, en cuyo caso los acreedores perjudicados podrán dejar a un lado la persona jurídica y agredir el patrimonio individual de los socios (art. 54 último párrafo).

---

<sup>5</sup> Vid., ENRIQUE AZTIRIA. "Responsabilidad Individual Limitada". LL, 55-935.

<sup>6</sup> Si la sociedad fundada por don Manolo necesita de financiamiento externo y aquella carece de activos suficientes, los financiadores gravarán activos personales de don Manolo. De esta forma se ha producido, respecto de estos acreedores, una extralimitación de responsabilidad.

Este es el nudo gordiano de la sociedad comercial concebida como un sistema jurídico de organización de la empresa y como vehículo de canalización de la inversión. Por eso, sea la estructura societaria plural o individual lo que importa, en definitiva, es el uso correcto y afinado del instrumento: el uso abusivo del recurso permite correr el velo y penetrar la personalidad jurídica. Bajo esta premisa el tema del empresario individual y el recurso a la estructura societaria no sería más que un pseudo problema.

## II. El empresario individual como problema para la IGJ

Sobre este fenómeno económico y social vale la pena transcribir algunas reflexiones del profesor OSVALDO STRATTA:

*"La experiencia, tanto local como foránea delata la existencia de sociedades anónimas que se constituyen con el número de accionistas que exige la ley (diez en nuestro Código); pero en las cuales el verdadero interesado era uno solo, a cuyas directivas obedecen los demás - meros prestanombres - o a los cuales les transfieren las acciones, luego de creada la sociedad, sobre todo si son al portador; de sociedades de responsabilidad limitada que se constituyen en la misma forma: dos socios nominales pero un solo socio real<sup>7</sup>; sociedades de la misma especie en las que un socio adquiere las cuotas de todos los demás y desea continuar con la empresa, todas las cuales presentan un hecho de indudable realidad; la existencia de empresas unipersonales de responsabilidad limitada, aún a falta de texto legal que las consagre. (...) Se trata de una manifestación de la actividad económica que no puede tacharse intrínsecamente de ilícita (...) lo sensato es reconocerla y traducir la necesidad de su existencia a un estatuto legal".*

El recurso a la técnica societaria mediante el cual el empresario acopla a su proyecto a otro sujeto (sólo uno) con el objetivo de limitar su responsabilidad patrimonial mediante la constitución de una sociedad comercial viene provocando un profundo malestar en la Inspección General de Justicia. Ya son muchas las resoluciones particulares rechazando la inscripción de sociedades comerciales constituidas formalmente con dos socios; cuando de la simple lectura del acto constitutivo surge evidente la disparidad de

---

<sup>7</sup> Esta clase de sociedad ha sido catalogada como "ficticia". Vid., VITTORIO SALANDRA "La società fittizia" en Riv. Del Diritto Comérciale. Milán, 1932. Vol I - 290.

participación en el capital social. Es *vox populi* que el ente de contralor ha llegado al extremo de exigir a sociedades comerciales constituidas y en plena actividad empresarial, la adecuación real de sus participaciones accionarias: si esta adecuación se cumplió sospecho que se ha logrado, sólo, "formalmente" (!).

Esta <nueva> doctrina administrativa tejida con paciencia y cocinada a fuego lento desde la Inspección General de Justicia acaba de encontrar eco jurisdiccional. La C.N. Com., sala E *in re* "Fracchia Raymond SRL" viene a confirmar esta novedosa doctrina administrativa partiendo de la tesis de la simulación ilícita de las sociedades de dos socios por disparidad cuantitativa de acciones: llamadas <sociedades de cómodo>. Para mí esta doctrina no deja de ser un mero hallazgo retórico que pretende ver un problema donde no lo hay.

### III. Mi parecer

Abrir el debate de si la fórmula: <... dos o más personas ...> del artículo 1 de la LSC es requisito esencial para la constitución de una sociedad comercial me parece - a esta altura de la evolución del Derecho societario universal - algo ciertamente anacrónico y fuera de contexto.

Rechazar la inscripción administrativa de una real sociedad comercial partiendo *ex ante* de la presunción del acto constitutivo simulado e ilícito por el mero cotejo "visual" de la disparidad de participaciones accionarias (en una suerte de exigencia de pluralidad cuantitativa y de oficio), contradice la doctrina de la simulación de los actos jurídicos (arts. 957 del c. Civil y 54 de la LSC), se da de bruces con la jurisprudencia del antecedente Macoa SA (piedra angular de esta doctrina) y me huele a interpretación exegética y dogmática de la ley<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Esta apreciación merece ser aclarada: 1) Respecto de toda ley caben hacer dos tareas; una es la exegética que es la que sirve para la mejor comprensión de la norma y la otra es la revaloración de los puntos de partida sobre los que fue organizada. Limitarse a la primera es condenar a la norma y al pensamiento jurídico al inmovilismo. Los exegetas creían que el intérprete no podía apartarse del texto literal de la norma. El intérprete no podía ir más allá de la ley, aún cuando ésta no reflejara los cambios sociales. El texto de la norma ha de tenerse

adelanto desde ahora mi parecer: 1) la pluralidad exigida por el artículo 1 de la LSC para la constitución de sociedad y para su posterior desenvolvimiento (art. 94.8) admite interpretar que aquel carece de toda dosis de sustancialidad, 2) los artículos 1, 34 y 94.8 me permiten advertir que estamos ante un requisito técnico legal necesario para crear un sujeto de derecho, 3) la doctrina del caso Macoa SA resulta inaplicable al empresario individual que recurre al <socio de cómodo> para constituir sociedad comercial, 4) nuestra ley de sociedades admite la figura del <socio de cómodo> y; 5) la sociedad comercial está concebida en nuestro Derecho como un recurso técnico (contrato plurilateral) puesto a disposición de dos o más personas para desarrollar en forma organizada una actividad empresarial bajo un sistema de limitación de responsabilidad según los tipos admitidos.

En este breve y escueto análisis trataré de ir un poco más allá de la simple interpretación gramatical de la Ley intentando construir un poco más de Derecho. Buscaré fundar mi punto de vista en la buena doctrina evitando caer en la tentación de hacer interpretaciones dogmáticas.

A continuación mis reflexiones:

#### CAPÍTULO PRIMERO LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

### I. La interpretación como acto complejo

HANS KELSEN nos enseñaba en su "Teoría Pura" que la interpretación de la ley es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del Derecho. Explicaba el maestro prusiano que las sentencias judiciales son una forma de interpretar las normas individuales y por ello el juzgador al "dictar" sentencia crea Derecho. Así las sentencias judiciales, como las resoluciones administrativas y los actos jurídicos particulares se insertan, todos, dentro de ese proceso creador<sup>9</sup>.

como manifestación auténtica y fiel del espíritu del legislador pues la letra revela y manifiesta dicho espíritu. Savigny fue un fuerte crítico de los exegetas. 2) El dogma es un principio carente de función, sea porque nunca la tuvo o porque la perdió ante las cambiantes circunstancias. La dificultad del dogma es que frecuentemente se convierte en entorpecimiento para la reflexión jurídica.

<sup>9</sup> *Vid.*, HANS KELSEN. "Teoría pura del derecho". Ed., Universitaria de Buenos Aires. Vigésimonovena edición. 1992.

Se podría decir que el acto de "interpretar" es una operación del intelecto mediante el cual se intenta explicar el significado de una palabra, párrafo o texto. Así todo aquel que entra en contacto con el Derecho se ve forzado a poner en marcha esta compleja operación intelectual. De eso se trata nuestra ciencia, y en particular, el caso Fracchia Raymond SRL: explicar el significado jurídico de las palabras <dos o más personas> dentro del escueto marco del artículo 1 de la LSC y del contexto general de la LSC.

Ahora bien, en esta tarea interpretativa el juez puede adoptar caminos bien distintos: 1) la interpretación que busca extraer de la norma su significado; o sea la búsqueda de la intención del legislador como actividad intelectual o proceso cognoscitivo que hace al saber: una suerte de arqueología del Derecho que intenta encontrar el sentido de las normas entre lugares recónditos; ó 2) la interpretación que trata de llevar adelante una tarea un poco más amplia y totalizadora viendo más allá de la norma, puesto que la materia judicial involucra siempre otros elementos; como son los hechos, las valoraciones y los fines. Éstos, junto con la norma forman un todo inescindible con el cual el juzgador va creando la norma individual, que es, la sentencia<sup>10</sup>.

¿Cuál ha sido el camino seguido por el Tribunal en su labor interpretativa?

## II. ¿Jurisprudencia creadora o deformante?

Viga maestra y piedra angular de este veredicto ha sido el antecedente Macoa SA. El juzgador ha fallado en el caso Fracchia en base a muchos de los sólidos argumentos prolijamente elaborados por el juez preopinante profesor JAIME ANAYA en aquel precedente. Mismos argumentos aplicó el Inspector General de Justicia para rechazar la inscripción administrativa. Quiero aquí ser un poco más preciso: el Tribunal no hizo más que hacer suyos los fundamentos del órgano de contralor.

Para estas reflexiones adquiere vital importancia detenernos en este punto pues a mi entender los hechos controvertidos en Macoa (hace más de un cuarto de siglo) nada tienen en

<sup>10</sup> Vid., OSVALDO MAFIA. "Legislación judicial". LL, 119-1227

común con los hechos controvertidos en el expediente Fracchia.

Cuando cotejo los hechos controvertidos en uno y en otro advierto con sorpresa (!) que no encontré ningún punto en común. Ningún elemento del caso Fracchia me conduce (directa o indirectamente) al caso Macoa. Y es razonable que así suceda puesto que mientras en Macoa el *thema decidendum* fue la sociedad preordenada a un solo socio; en Fracchia se discutió algo ciertamente diferente: la sociedad comercial constituida por el empresario individual con presunta pluralidad formal. Esto que digo no debe ser leído como un juego de palabras. Intentaré demostrarlo.

La disonancia de hechos es tan palpable que el Tribunal lo advirtió al fallar, pero con otro alcance: dijo el sentenciante "... si bien (los hechos) no son idénticos" (...) " algunas de las reflexiones allí formuladas resultan aplicables". Es muy cuestionable el atajo argumental de que algunas de las reflexiones allí formuladas resultan aplicables cuando los hechos del caso no son los mismos: falla la premisa del silogismo.

En este punto quiero ser más agudo: 1) los hechos no son <idénticos> (como lo pretende ver el Tribunal) sino que discrepan profundamente y, 2) las reflexiones vertidas en Macoa (repito: hace más de un cuarto de siglo) resultan inaplicables a Fracchia por dos razones: (a) difieren los hechos sobre los cuales se funda el fallo y (b) los fundamentos del fallo Macoa se insertan en un contexto normativo absolutamente diferente al actual. Sin pretender erigirme en juez de jueces, temo que nos estemos enfrentando a una jurisprudencia extremadamente formalista y peligrosamente deformante<sup>11</sup>.

## III. Dos o más personas: ¿in claris cessat interpretatio?

<sup>11</sup> "... antes de aplicar a un fallo judicial el mote de <deformante> deberá el comentador proceder con gran cautela; porque desde que una sentencia aparezca formalmente fundada en las normas, gozará de la presunción de acierto propia de todo acto jurisdiccional. Quien la tache de deformante se erigirá, con sólo eso, en juez de jueces. Sus apreciaciones serán tan opinable como las del propio tribunal enjuiciado; y por lo general, quedará siempre la duda en torno a un cargo tan grave como el de <deformación>. Vid., DALMIRO, ALSINA ATIENZA. "El respeto a la ley en el pensamiento jurídico de Héctor Lafaille". ED, 124-1220.

Haciendo una rápida lectura del fallo Fracchia uno podría concluir que la doctrina del antecedente Macoa es de aplicación inexcusable a todo empresario individual que intente limitar su responsabilidad patrimonial recurriendo a la mera constitución formal de una sociedad comercial.

Esta formal constitución de sociedades quedaría tipificada cuando se evade la pluralidad sustancial presuntamente exigida por el artículo 1 de la LSC; sustancialidad que derivaría del mero cotejo objetivo de las participaciones en el capital social. Dicha evasión de pluralidad sustancial sería una especie de truco o embuste que el Derecho no puede tolerar !!. ¿Es esto jurídicamente así?

El Tribunal afirma sin rodeos y con un razonamiento casi matemático que el ordenamiento jurídico vigente exige para la constitución de sociedades comerciales o civiles (arts. 1 LSC y 1648 del c. civil) la pluralidad de socios. Argumenta que dicha pluralidad debe mantenerse durante toda la existencia del ente societario (art. 94.8) y afirma que dicho requisito dista de ser una mera exigencia formal. O sea para el juzgador está científicamente demostrado que el requisito sustancial de la pluralidad bajo la fórmula "*dos o más personas*" sería algo tan exacto e incontrovertible como que  $2+2 = 4$ <sup>12</sup>. ¿Es esto jurídicamente así?

El Tribunal expresó que: 1) la solución adoptada es la que se impone en el marco de la interpretación sistemática y armónica de las normas, 2) un temperamento contrario importaría un liso y llano apartamiento de la normativa vigente, 3) se encuentra vedado a los jueces examinar la conveniencia de criterio adoptado por el legislador y 4) debe primar aquella interpretación que de pleno efecto a la intención del legislador. ¿Es esto jurídicamente así?

Ninguno de estos argumentos logran conmoverme. La solución adoptada no es la resultante de una interpretación sistemática y armónica de las normas; la labor de interpretar

<sup>12</sup> La concepción pitagórica del Derecho societario fue muy bien alertada por el profesor IVAN DI CHIAZZA en "*La infracapitalización societaria y la certeza declarada de oficio*". Rev. ED, 22 de septiembre de 2004.

no puede significar entrar a examinar la conveniencia de criterio adoptado por el legislador; y por último, es parcial la interpretación de las leyes fundada sólo en el espíritu del legislador<sup>13 14</sup>.

El artículo 16 del nuestro Código Civil fija reglas básicas de interpretación estableciendo que si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley se atenderá a los principios de leyes análogas. Si agotados estos caminos la cuestión siguiere dudosa, se deberá resolver por los principios generales de derecho. Pero siempre, en todas estas reglas, el intérprete debe atenerse a *< las circunstancias del caso >*.

En la interpretación del Tribunal la fórmula del artículo 1 de la LSC nos propone una "*... incontrovertible pluralidad ...*": la letra de la ley nos dice con claridad cristalina que la sociedad comercial requiere para su formación de "*... dos o más personas ...*". En este punto, y sólo hasta aquí, podría ponerme de acuerdo. La letra de la ley no admitiría mayor controversia: la pluralidad como requisito para la constitución de la sociedad resultaría indiscutible (primera regla de interpretación de las leyes según el artículo 16 del Código). O sea se aplicaría en este extremo la vieja máxima: *< in claris cessat interpretatio >*<sup>15</sup>

<sup>13</sup> "*... la ciencia jurídica no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática*". Vid., HANS KELSEN., ob.cit., pag. 168 y sgtes.

<sup>14</sup> "*... el texto ha de tenerse siempre presente como manifestación auténtica y solemne del espíritu, inseparable de él, pues su finalidad es precisamente revelar el espíritu*". Vid., FRANCOIS GENY. "*Méthode d'Interpretation et sources en droit privé positif*". 2da Edición. 1932. Vol. 1., pag. 26 citado por ALPIO SILVEIRA en "Ruy Barbosa ....".

<sup>15</sup> "*... la claridad de un texto legal es cosa bien relativa. Una misma disposición puede ser clara en su aplicación a los casos expresamente referidos, y puede por el contrario, resultar dudosa en su aplicación a otros casos que en ella pueden encuadrar pero a los cuales no se refiere expresamente (¿artículo 1 de la LSC y sociedad de cómodo?). La ley también podrá parecer clara a quien se ajusta a su sentido literal, pero no a quien procura descubrir su espíritu. Y más aún, una disposición de ley podrá ser clara a quien la examina superficialmente, al paso que no parecerá tal a quien la considere en sus fines, en sus precedentes históricos, en sus relaciones con todos los factores sociales que*

Ahora bien, aún cuando admita que es claro que la pluralidad es un requisito ineludible para la constitución de la sociedad comercial como sujeto de derecho (art. 2)<sup>16</sup>, no resulta para mí tan incontrovertible que aquella sea un requisito esencial para la formación del contrato de sociedad. Esta es la cruz del problema y donde el Tribunal debió, a mi modo de ver la cosas, indagar un poco más entre el texto y el espíritu teniendo en cuenta "... las circunstancias del caso ...".

En mi opinión la tarea creadora de KELSEN quedó a menos de mitad de camino pues el Tribunal ha limitado su labor interpretativa a una simple operación intelectual<sup>17</sup> adhiriendo - como el socio de cómodo - al pensamiento lineal y pro forma de la Inspección General de Justicia: *¿in claris cessat interpretario?*

¿Qué aspectos del artículo 1 podrían resolverse con las simples palabras de la ley?, ¿qué otros aspectos merecen ser interpretados?. El más alto Tribunal de la República ha dicho

---

*actúan sobre la vida del derecho, en su aplicación a situaciones que, producto de nuevas exigencias y de nuevas condiciones, no pueden ser estimadas al tiempo de la sanción de la ley en su conexión con el sistema general de la legislación en vigor. Además, si la ley usa una palabra o una expresión que no deja aparentemente lugar a dudas, no puede cerrarse la puerta a la interpretación para indagar si aquella palabra o expresión representan el verdadero pensamiento de la ley. La interpretación, por ello, al indagar si las palabras de la ley expresan todo su pensamiento, todo su contenido real, es siempre necesario para todas las leyes. La máxima <in claris cessat interpretatio> no puede admitirse; todas las leyes aún las más claras, son susceptibles de ser interpretadas". Vid., ALPIO SILVEIRA, ob.cit., pag. 959.*

<sup>16</sup> Analizaremos luego si la pluralidad es requisito necesario para la conservación de la personalidad en caso de producirse la unipersonalidad del artículo 94.8 de la LSC.

<sup>17</sup> "... la actividad del juez no es meramente intelectual (...) ya que vista su real función no está solamente extrayendo el sentido de un texto; sino que está realizando un acto complejo en que se manifiesta toda su personalidad. El juez conoce hechos y normas, pero también valora y quiere: de todo ello resulta la sentencia como creación voluntaria en función de hechos, valores y fines, dentro del marco de posibilidades que ofrece la ley". Vid., OSVALDO MAFIA., ob. cit., pag. 1229.

que ante la inevitable vaguedad del lenguaje de las normas legales éstas se prestan casi siempre a diversas interpretaciones y esto sería consecuencia de la textura abierta que suelen tener<sup>18</sup>. La tarea de interpretar se hace presente en aquellos casos donde la norma jurídica posee zonas de penumbra. En mi opinión la fórmula "... dos o más personas ..." entra en esa zona de penumbra si la enfocamos desde la sustancialidad<sup>19</sup>.

Encuentro argumentos para interpretar que dicha pluralidad es simplemente técnica y que nada tiene de sustancial. Ciertamente es que la pretendida <pluralidad sustancial> para la formación de una sociedad comercial es materia discutible; a tal punto que el propio maestro italiano TULLIO ASCARELLI la ha relativizado hace más de cincuenta años admitiendo la sociedad como negocio indirecto o fiduciario<sup>20</sup>.

A mi modo de interpretar el artículo 1, 34 y 94.8 de la LSC, el requisito de <sustancialidad> no surgiría de la letra de la ley, tampoco del espíritu y menos de una interpretación armónica e integradora. La tarea de interpretar un texto legal no solo se debe buscar el sentido literal; sino también, su alcance, extensión y adaptación a los casos concretos extrayendo aquellas reglas que permitan adaptarla, lo más fielmente posible a las circunstancias de la vida social.

Propongo al lector dejarnos guiar por los consejos del maestro ASCARELLI: "la interpretación no es y no puede ser una simple actividad para conocer datos preconstituidos; sino una actividad en la cual el conocimiento se une a la práctica, pues está dirigida a ordenar y reconstruir un hábeas iuris preconstituido, con el fin de aplicarlo a casos siempre nuevos y

---

<sup>18</sup> Corte Suprema de la Nación, febrero 8, 1961. LL, 104-29.

<sup>19</sup> Si aspiramos a un gobierno de las normas debemos buscar métodos flexibles de interpretación que eviten el esclerosamiento del Derecho, pues esa flexibilidad es preferible a la arbitrariedad que puede generar interpretaciones que miren sólo la fuente sin rescatar la finalidad de la norma.

<sup>20</sup> "La sociedad nace de un contrato, y más precisamente de una subespecie de contratos, que podemos llamar plurilateral. Este contrato persigue la disciplina de una actividad ulterior en relación a un fin que unifica los distintos intereses de las diferentes partes: por eso tiene carácter instrumental. El contrato tiene en vista la constitución de una organización" ... "es menester organizar la gestión de la sociedad". Vid., TULLIO ASCARELLI, "Panorama del derecho comercial". Buenos Aires. Ed., Depalma. 1949. pag. 95.

diferentes. En síntesis, la interpretación es una técnica para la aplicación y, a través de ella, para la renovación del sistema jurídico dado. Cada sistema no puede existir independiente de su continua interpretación y aplicación".

Bajo este mandato propongo darle una vuelta de tuerca al artículo 1 y a los artículos 34 y 94.8 de la LSC.

## CAPÍTULO SEGUNDO EL CASO FRACCHIA Y EL CASO MACOA

### **I. Empresario individual y el caso Fracchia**

Se trató simplemente de un sociedad de responsabilidad limitada constituida por un empresario individual titular de 99.999 cuotas sociales y otro socio dueño de tan sólo 1 cuota representativa del 0,00001% del capital social.

El socio minoritario reconoció ante la autoridad de contralor que la sociedad Fracchia Raymond SRL constituía un emprendimiento unipersonal recurriéndose a esta vía como único modo de obtener el beneficio de la limitación de responsabilidad (*sic*). Quizás sin querer este reconocimiento del minoritario implicó mirarse al espejo y reconocerse <*socio de cómodo*>: Me pregunto: ¿confesó un delito?<sup>21</sup>

Aún cuando esta "confesión de parte" pueda lucirme sugestiva, revela sin pelos en la lengua una realidad ineludible y una costumbre inveterada de nuestro medio mercantil donde el empresario individual que desea encarar una actividad organizada bajo uno de los tipos previstos en nuestro Derecho mercantil recurre a la técnica de la estructura societaria para obtener el beneficio de la limitación de responsabilidad. Lo cierto es que esta estructura jurídica es la que le ofrece nuestro sistema y no veo en la elección de esta opción un negocio jurídico simulado, ilícito, y menos una costumbre *contra legem*; puesto que el recurso formal a la técnica societaria no implica en sí mismo violar la ley<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> En el sentir del órgano de contralor y de la sala E de la CNComercial, declararse socio de cómodo sería algo así como decir: "sí, yo disparé !!

<sup>22</sup> "Se trata de una manifestación de la actividad económica que no puede tacharse intrínsecamente de ilícita ...". Vid., OSVALDO STRATTA. Ob. cit., pag. 941.

Exigir pluralidad sustancial para la constitución de sociedades comerciales en nuestra República sería como exigir amor en todos los matrimonios. El Estado podrá presumir que existe. Si aceptamos esta petición de principio llegamos a la conclusión de que toda persona que decida encarar una actividad empresaria en forma individual deberá exponer todo su patrimonio. ¿Porqué?. Don Manolo es lo suficientemente hábil como para evitar estas contingencias. Ergo, habrá limitado su responsabilidad por otros medios lícitos (indirectos y simulados)<sup>23</sup>. De esta forma llegamos al mismo punto de partida: la limitación de responsabilidad. ¿Y entonces?

El órgano de contralor rechazó la inscripción de la sociedad Fracchia Raymond SRL con fundamento en la doctrina del negocio jurídico simulado e ilícito. El Tribunal confirmó tal parecer tildando a esta sociedad de una mera fachada por carecer el contrato de sociedad de los elementos esenciales como son: 1) la ausencia de voluntad de asociarse, 2) el mantenerse al margen de la actividad productiva o, 3) no intervenir efectivamente en la sociedad. En resumen le falta al socio de cómodo la indispensable *affectio societatis*.

La ausencia de este elemento más al expreso y sospechoso reconocimiento de que la sociedad se constituyó como un mero recurso técnico para obtener la franquicia de la limitación de responsabilidad del empresario individual selló la suerte del debate. El juzgador sentenció que "*el argumento recursivo de que la simulación no puede presumirse resulta inatendible cuando existe confesión expresa de parte interesada*". Me pregunto ¿qué hubiera resuelto el Tribunal si faltaba dicha ... confesión de parte?

### **II. Sociedad de cómodo y el caso Macoa SA: los hechos y el contexto**

Se trata de un caso resuelto por la sala C del mismo Tribunal hace más de un cuarto de siglo.

Revisemos el contexto: 1) nuestra ley 19.550 comenzaba a dar los primeros pasos (diría gateaba

---

<sup>23</sup> "If limited liability were not the starting point in corporate law, firms would create it by contract - which is not hard to do". Vid., FRANK H. EASTERBROOK AND DANIEL R. FISCHER. "The Economic Structure of Corporate Law".

y con chupete), 2) teníamos muy fresca a "las compañías" del artículo 282 del Código de Comercio, 3) estábamos en un estadio anterior a la reforma de la ley 22.903 (en particular el artículo 54) y; 4) el debate sobre la unipersonalidad era materia demasiado revoltosa para estas latitudes aunque se sabía que algunas experiencias legislativas y académicas se habían manifestado<sup>24</sup>.

Verdad es que en Macoa la sala C se enfrentó a un tema completamente distinto al del caso Fracchia. En aquella ocasión el juzgador tuvo que resolver sobre la constitución de una sociedad entramada dentro de una veintena de sociedades proforma constituidas por profesionales con el único objetivo de ponerlas a la venta en cuanto surgiera el potencial interesado en adquirirlas (algo no muy diferente de lo que usted y yo podríamos adquirir si nos tomáramos hoy mismo un aliscafo).

Como muy bien lo ilustrara en su voto el profesor ANAYA se trataba de sociedades <preordenadas>, <de fachada>, o <prefabricadas>. Aquellas eran meras estructuras formales creadas con el único objetivo de ser cajoneadas hasta tanto surgiera el comprador interesado<sup>25</sup>. Eran sólo <burbuja> (!!).

Estos son los hechos del antecedente Macoa. Me pregunto: ¿es la sociedad Fracchia Raymond SRL una sociedad preordenada, prefabricada, una mera forma o burbuja societaria?

### **III. Diferentes fenómenos de sociedad unipersonal**

---

<sup>24</sup> Vid., ENRIQUE AZTIRIA. "Responsabilidad individual limitada (reflexiones acerca de un proyecto de ley)". LL, 55-970.

<sup>25</sup> Citando a FERRARA (Jr.) explicaba el profesor ANAYA que antes de sancionarse la reforma al código civil italiano muchas sociedades se constituyeron con un capital social muy inferior al nuevo capital requerido en el proyecto de reforma. Entonces cuando alguien tenía necesidad de adquirir una sociedad y no quería constituir la con el nuevo capital mínimo adquiría acciones de alguna sociedad predispuesta adaptaba los estatutos a sus necesidades y la máquina hasta entonces cerrada, se ponía en camino, como a un reloj que se le da cuerda.

Escapando a las soluciones simplistas y a los argumentos fáciles y lineales ANAYA nos deleita con sus sólidos y prolijos argumentos cuidando no excederse en las palabras, evitando conclusiones apresuradas y rígidas pues era conciente de la aridez del tema y, sobre todo, de los constantes cambios y evoluciones del Derecho mercantil en estas cuestiones.

En primer lugar señaló - alertando el lector desprevenido - que la tendencia a soluciones flexibles no podía ser simplificada mediante aplicaciones que no supieran distinguir la variada gama que presenta el fenómeno de la unipersonalidad. Y aclaraba "... *no todas sus manifestaciones merecen el mismo tratamiento* ...". Ojo con esto !!! Me pregunto: ¿el empresario individual que recurre al socio de cómodo para constituir sociedad es una manifestación del fenómeno de la unipersonalidad?

Fiel a su estilo pedagógico el magistrado distinguió el fenómeno de la unipersonalidad en: 1) sociedades preordenadas a la concentración en una sola mano, 2) sociedades constituidas mediante testafierros, que para alguna calificada interpretación configuran la hipótesis de <*societès de facade*>, <*fictices*> o <*sociedades de cómodo*>, 3) sociedades constituidas como pura estructura o pura forma societaria con propósitos diversos, pero que no responden a una causa societaria y; 4) sociedades en que la concentración deriva de hechos accidentales.

En el antecedente Macoa el Tribunal no dudó en cuadrarlo dentro de la primer categoría del fenómeno; pero dada la evidente constitución formal de dichas sociedades tampoco vaciló en subsumir el caso en las categorías siguientes. Veamos: 1) las personas constituyentes de la sociedad Macoa lo hicieron con el único propósito de tenerlas en cartera para ponerlas a disposición de terceros (primer supuesto del fenómeno); 2) ambos socios no podían ser otra cosa que meros testafierros o prestanombres donde no había intención de asociarse (segundo supuesto del fenómeno) y, 3) las sociedades no podían ser otra cosa que pura estructura jurídica, mera forma societaria, sociedades preordenadas, contratos encajonados; o sea, negocios jurídicos absolutamente simulados. En definitiva eran sociedades burbuja (tercer supuesto del fenómeno)<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> "en el caso nos encontramos ante un supuesto de sociedades constituidas por profesionales, sin otra

Se llegó al convencimiento de que absolutamente <ninguno> de los socios había tenido la intención o la voluntad de ser socios. Ergo, éstos no pasarían de ser considerados meros testaferros. Frente al extremo de que <ninguno> de los socios había querido obtener dicho *status socii* se estaría ante un supuesto de sociedad nula, o más grave aún, sociedad inexistente. O sea la sala C condenó la validez de sociedades comerciales donde <ninguno> de los socios pasaba de ser un mero testaferro. Lo que el juez ANAYA pintó gráficamente como sociedad prefabricada o burbuja.

Estas son para mí algunas de las <circunstancias del caso> (art. 16 del C. Civil) que ponen un parapeto infranqueable al caso Fracchia: la sociedad comercial constituida por el empresario individual (titular del 99,9999% del capital) y el socio de complacencia (titular del 0,0001%) con el objetivo de iniciar una actividad lícita y organizarla recurriendo a la estructura societaria no puede ser tildada *ex ante* de: (i) sociedad preordenada, (ii) ficticia ó (iii) pura forma societaria, negocio simulado o mera burbuja. Nada de esto ocurre con el empresario individual y el socio de cómodo.

Si se comparte esta forma de interpretar la ley teniendo en cuenta las "... circunstancias del caso ..." llego al convencimiento de que no son aplicables a Fracchia ninguna de las "reflexiones" de Macoa. Veamos algunos ejemplos:

### CAPÍTULO TERCERO REFLEXIONES DEL CASO MACOA

#### **I. Empresario individual y el régimen de responsabilidad**

Repasando la ley de sociedades alemana, la *Companies Act* y el sistema jurídico norteamericano mediante el *Model Business Corporation Act* la sala C concluyó que a la tolerancia de la sociedad unipersonal en estos sistema se opone una generosa aplicación de la doctrina del *Disregard* o del *Piercing the Corporate Veil*.

---

finalidad que poner a disposición de posibles interesados, sociedades predispuestas para un solo cliente".

Quiero aquí detenerme un instante. No puede pasar inadvertido que en ocasión de dictarse el fallo Macoa el hoy vigente artículo 54 y la doctrina del *Disregard of Legal Entity* no estaba incorporada a nuestra LSC; aún cuando el antecedente "Astesiano" había dejado profunda huella entre nosotros. O sea aquel equilibrio entre unipersonalidad y responsabilidad no estaba incorporado, todavía, a nuestro Derecho positivo. Este dato no puede ser ignorado o dejado a un costado si queremos interpretar de una manera fiel y sensata las razones del voto del juez ANAYA y el contexto normativo, sociológico e histórico dentro del cual se emitió<sup>27</sup>.

Es precisamente por esa razón que el magistrado dedicó a este tema una parte muy importante de su voto. Vale decir el juez ANAYA analizó la materia desde el ángulo jurídico correcto: la responsabilidad del socio. Sin duda éste es el talón de Aquiles y tiene mucho que ver con nuestro vigente artículo 54, 3er párrafo de la LSC<sup>28</sup> y no, en presunciones de simulación realizadas <*ex ante*> por el mero cotejo cuantitativo de participaciones accionarias.

#### **II. La simulación ilícita y la "affectio societatis"**

La ausencia de elementos esenciales vician la sociedad desde el momento mismo de su constitución.

Según la opinión de la sala E en el caso Fracchia el socio de cómodo busca mantenerse al margen de toda actividad productiva en común y tampoco desea participar en las ganancias; faltándole por lo tanto voluntad de asociarse y la intención de intervenir efectivamente en la sociedad. Es decir estaríamos ante una sociedad simulada porque falta un elemento esencial: la "affectio societatis".

---

<sup>27</sup> Llama la atención que el mismo juez ANAYA preste atención favorable, pero con cierto reparo al fenómeno de la sociedad unipersonal. Vid., por todos "*Sociedades inicialmente unipersonales*". Tampoco podemos olvidar que este juez integró la comisión reformadora de la ley 19.550 que propuso la reforma 22.903 y es miembro de la actual comisión que incorpora a la sociedad comercial la unipersonalidad.

<sup>28</sup> Confirmando esta tesis ANAYA ilustra que "*el problema de la protección hacia terceros que obraron engañados por una apariencia de sociedad ha de resolverse en el plano de la responsabilidad*".

Afirma el Tribunal que la simulación del empresario individual que recurre al socio de complacencia para constituir sociedad no puede considerarse lícita por resultar violatoria de la concepción contractual de la sociedad y del régimen del patrimonio donde nuestro sistema jurídico no admite la pluralidad de patrimonios afectados por una misma persona a diversas empresas (!). Para afirmar esto se apoya, nuevamente, sobre el fallo Macoa.

Repasemos qué nos dijo la sala C respecto de la simulación de los actos jurídicos y de la " *affectio societatis*":

En cuanto a la simulación sentó el siguiente criterio "*... en el caso concreto ... existe una indiscutida discordancia entre voluntad real y la voluntad declarada (de ambos contratantes)*"; y agregó, " *la mera discordancia de voluntades no resulta reprobada por la ley en tanto no cause perjuicio y no tenga finalidad ilícita*". Es decir se partió del principio general y la sana doctrina del artículo 957 del C. Civil donde la simulación relativa opera dentro del ámbito de reserva personal de las partes<sup>29</sup>.

Ahora bien (y sobre la base del caso concreto) la sala C aclaró: "*la constitución de sociedades <burbujas> o <prefabricadas> no es una cuestión que queda librada a la zona de reserva en tanto la constitución y funcionamiento de estas personas jurídicas no puede desentenderse del interés público. A través de estas simulaciones se podría lograr la constitución de sociedades preordenadas a un solo socio con eventuales consecuencia disvaliosas*"; y acto seguido agregó, "*no parece que pueda admitirse la aceptabilidad del interés perseguido por los otorgantes del negocio simulado y encuentro evidente que el mismo no se circunscribe a la zona de derechos reservados de los simuladores*"<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cuando en Macoa se menciona la "ficción societaria" se está aludiendo directamente al supuesto extremo en donde <ninguno> de los socios suscriptores del contrato quiere adquirir el *status socii*. Eso es lo que sucedió de manera clara y contundente en Macoa. Nos enfrentábamos a un absoluta simulación que nada tenía de real tal como lo prevé el artículo 956 del Código Civil.

<sup>30</sup> La sala C agregó que "el negocio absolutamente simulado se da cuando nada tiene de real (art. 956); o cuando las partes han querido su declaración pero no sus efectos; o cuando es una simple y completa ficción". ¿Se aplica esta doctrina al empresario

Es decir teniendo en cuenta que se enfrentaban a sociedades ficticias, fantasmas, preordenadas, prefabricadas, meras formas societarias, cáscaras, o burbujas; el Tribunal ponderó el interés público involucrado frente al interés particular de los <simuladores> confirmando la resolución de la IGJ rechazando la inscripción de la sociedad Macoa.

Destaca este fallo un dato muy esclarecedor y que no puede pasar inadvertido por el intérprete: la jurisprudencia italiana que aceptó la validez de la sociedad de cómodo la admitió en todos los casos donde <uno> de los constituyentes persigue el propósito de limitar su responsabilidad conforme a las reglas inherentes al tipo. O sea, hoy y aquí, algo muy parecido a Fracchia (y a mi ejemplo de don Manolo).

Según aquella vieja jurisprudencia peninsular serían sociedades de cómodo <simuladas> las sociedades donde <ninguno> de los constituyentes persigue la finalidad asociativa. En estos casos estaríamos frente a meras estructuras formales. O sea, ayer y hace más de un cuarto de siglo algo muy parecido a Macoa. Esta clase de simulación extrema encajaría dentro de la categoría de sociedad ficticia a la que hacía referencia ANAYA cuando distinguía los diferentes supuestos del fenómeno de la unipersonalidad (*vid.*, 2do supuesto más arriba).

En cuanto a la  *affectio societatis* la sala C sentó el siguiente criterio: "*.... en estos casos ..*" quienes han concurrido a constituir la sociedad (1) no han querido formar una sociedad, (2) no han tenido voluntad de asociarse, (3) no han querido tener una voluntad de colaboración activa. Carecen de  *affectio societatis*". Los socios no pretenden ninguna participación activa en la sociedad. Describen un objeto pero no tienen el propósito de realizarlo<sup>31</sup>. El contrato cuya conformidad pretenden los simuladores no es más que una mera apariencia (artículo 955 y 956 del Código Civil).

---

individual que recurre a la técnica jurídica de la sociedad comercial para limitar su responsabilidad?.

<sup>31</sup> Casualmente no pretenden ninguna participación activa en la sociedad pues estando ésta desactivada, o encajonada los socios nominales no asumen ningún riesgo empresario. Ya veremos que esta situación es diametralmente opuesta a la del suscriptor de complacencia quien podría llegar a responder con su patrimonio personal en caso de responsabilidad.

Dijo expresamente: "*el affectio societatis es un elemento <específico> del contrato de sociedad*". Ergo, le negó carácter de esencial<sup>32</sup>. Este es un punto de partida para ir marcando diferencias con el fallo Fracchia pues la *affectio societatis* no es un elemento esencial del contrato de sociedad, tal como lo explicaré más adelante.

En resumen, la constitución de sociedades de fachada, ficticias o de cómodo son negocios jurídicos que nada tiene de real cuando <ninguno> de los socios tiene voluntad de asociarse, no siendo aquellos más que meros testaferros quedando así encuadrados bajo la clasificación de simulación absoluta (956 del Código Civil).

Me pregunto: el empresario individual que concurre al acto constitutivo de sociedad comercial junto con el socio de complacencia ¿es un negocio jurídico societario que nada tiene de real?<sup>33</sup>, ¿es aplicable al empresario individual la doctrina Macoa?. De a poco me voy convenciendo que no.

#### CAPÍTULO CUARTO

#### LA SOCIEDAD DE CÓMODO Y EL SOCIO DE CÓMODO

##### I.

##### La sociedad de cómodo, de fachada, de complacencia, de favor o ficticia

Mucho se habla en estos días sobre la sociedad de cómodo a partir de la polémica doctrina administrativa de la IGJ, pero poco y nada hay seriamente explorado entre nosotros. Todo lo que uno puede conocer sobre este fenómeno "descriptivo" son algunas citas en algún renglón de algún libro, manual o tratado<sup>34</sup>. Vale entonces precisar qué estamos significando cuando se habla de <sociedad de cómodo>. Por cierto éste es un término no jurídico que exige ser contorneado a fin de

precisar sus límites<sup>35</sup>. Quiero hacer este intento distinguiendo la <sociedad de cómodo> del <socio de cómodo>; puesto que tengo la impresión de que no son lo mismo.

Me pregunto: ¿quien constituye una sociedad comercial recurriendo al socio de cómodo para cumplir con la fórmula del artículo 1 de la LSC está constituyendo una sociedad de cómodo? Adelanto mi respuesta en sentido negativo. ¿Celebra un negocio simulado? Aquí la respuesta no es tan llana. ¿Está celebrando un acto ilícito? Vayamos de a poco y no tan de prisa. Me explico:

##### 1.1. La sociedad de cómodo como negocio jurídico simulado y nulo

Quienes se ocuparon en doctrina extranjera de explorar las llamadas sociedades de cómodo lo hicieron analizando el fenómeno jurídico de la sociedad comercial preordenada o preconstituida a un solo socio. Es decir, esta suerte de preordenación contractual a la concentración del capital social en una sola mano sería el elemento tipificante y característico del negocio jurídico simbolizado bajo el mote: sociedad de cómodo. O sea el caso de las sociedades preconstituidas por testaferros para beneficio de un tercero. También conocidas como sociedades ficticias o meras fachadas. A continuación algunas reflexiones:

a. Son sociedades que en su momento constitutivo respetan la pluralidad legal, pero con la intención de reunir todas las acciones en un único socio mediante pacto (previo o contemporáneo) de transmisión de acciones a un tercero. La voluntad preordenada a la unipersonalidad tendrá eficacia tan pronto como lo requiera el *dominus societatis*<sup>36</sup>.

b. El negocio constitutivo de sociedad preordenada a un solo socio es un negocio nulo, puesto que es un negocio simulado, ficticio o fraudulento<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Vid., por todos JAIME ANAYA "Sociedades inicialmente unipersonales". ED., 124-729.

<sup>33</sup> "con la sanción de una ley (...) se reconocerá un hecho existente bajo forma ocultas, el que no debe desconocérselo porque ello implicaría desconocer una realidad social y estimular la adopción de otras fórmulas que lleguen, por sendas desviadas, al mismo resultado". Vid., por todos OSVALDO STRATTA. Ob. cit., pag., 946

<sup>34</sup> Han sido los autores extranjeros quienes se han tomado el trabajo de explorarlo como fenómeno, y por cierto, las conclusiones no han sido parejas.

<sup>35</sup> La noción de sociedad de cómodo puede encontrarse en DE GENNARO "Le società di comodo e l'atto costitutivo" Foro it., 1933, Vol I - 491.

<sup>36</sup> Vid., JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA "La concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas". Ed., Tecnos. Madrid, 1990., pag., 25.

<sup>37</sup> Así opinan F. DOMINEDO. "La costituzione fittizia delle anonime" en Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante. Roma. 1931. Vol. II - 669 y "La anonima apparenti". Roma. 1931 -31. F PESTALOZZA. "La simulazione nelle anonime". Riv.

c. Las sociedades preordenadas a un solo socio serían meras estructuras societarias, pura forma, una mera fachada; o sea, una sociedad inexistente

d. Según DE GENNARO<sup>38</sup> la existencia de una declaración conscientemente en divergencia con la intención real de los declarantes, emitida previo acuerdo entre las partes con el fin de engañar a terceros, convierte en nulo el acto constitutivo de la sociedad por vicio de simulación. Según este importante autor, en estos casos les falta a <todos> el ánimo social o *affectio societatis*<sup>39</sup>. La voluntad real de los fundadores se opone a la efectiva constitución de la sociedad.

Vale recordar nuevamente que según jurisprudencia italiana citada en Macoa se había considerado a la sociedades de cómodo como simulaciones absolutas cuando ninguno de los constituyentes perseguía la finalidad asociativa.

Reitero: ¿el empresario individual que recurre a la estructura societaria para acceder a la organización jurídica de su actividad aportando capital a un fondo común y limitando su responsabilidad está constituyendo una sociedad de cómodo y nula?. No

#### 1.2. *El socio de cómodo como negocio indirecto (fiduciario)*

Quienes se ocuparon de explorar la figura del socio de cómodo lo hicieron analizando el fenómeno jurídico de la sociedad comercial constituida con el objetivo de asegurar a uno de los socios los beneficios del sistema de limitación de responsabilidad. Estas sociedades son contratos reales que reflejan un negocio indirecto donde uno de los socios es considerado <complaciente>, <de favor> o <de cómodo>. A continuación algunas reflexiones:

---

Dir. Comm. 1930. Vol. II -121. G. DE GENNARO. "*Le società di comodo e il fatto costitutivo*". Foro it., 1933. Vol I-491. V. SALANDRA. "*La società fittizia*". Riv. Dir. Comm. 1932-302. Citados por J. BOQUERA MATARREDONA. Ob.cit., pag. 25.

<sup>38</sup> "*Le società di comodo e il fatto costitutivo*". Foro it., 1933. Vol I-491.

<sup>39</sup> Tengamos muy presente que al igual que DE GENNARO la sala C sostuvo en el precedente Macoa que en esta el *affectio societatis* en <todos> los constituyentes de las sociedades preordenadas.

Fue TULLIO ASCARELLI quien expresó la tesis del negocio indirecto cuando el contrato de sociedad es adoptado en el intento de asegurar a uno de los socios un régimen de responsabilidad limitada. En este caso, según ASCARELLI, estamos frente a un negocio jurídico lícito que excluye la simulación y el fin fraudulento<sup>40</sup>. Entre nosotros MAURICIO YADAROLA también compartió esta tesis.

VICENT CHULIA expuso que la constitución de sociedad de favor con socios carentes de voluntad de ser socios son sociedades simuladas y ficticias; y por lo tanto nulas (sería el supuesto de la sociedad de cómodo). En cambio la constitución de sociedad de favor con socios donde tal voluntad existe serían considerados negocios fiduciarios<sup>41</sup>.

En estas sociedades un amigo, un pariente o una persona buscada a tal efecto (testaferro, prestanombre, hombre de paja, etc) hace el favor de firmar para constituir la sociedad. De este modo se soluciona el problema que presenta la exigencia contenida en la ley. La base económica de estas sociedades lo constituye un único capitalista. Los otros participantes de la sociedad son meras comparsas que aquel utiliza y maneja para cubrir las apariencias legales y gozar, a favor de sus intereses individuales, de los beneficios que la ley otorga a las sociedades de capitales<sup>42</sup>. ¿Es esto ilícito?

Siempre que existe una declaración a la generalidad los terceros pueden confiar en la misma. Por lo tanto, la simulación no puede oponerse a los terceros que de buena fe tiene derechos adquiridos, pues la publicidad crea una presunción indestructible de realidad<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> TULLIO ASCARELLI. "*Il negozio indiretto e la società commerciali*" en Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante. Roma. 1931. Vol. I - 23.

<sup>41</sup> VICENT CHULIÁ. "*Compendio crítico de derecho mercantil*". Vol. I. 2da edición. Ed., Bosch. Barcelona. 1986.

<sup>42</sup> Los sujetos que prestan su firma normalmente no ejercerán sus derechos ni cumplirán sus obligaciones en cuanto socios; sino que mantendrán una actitud de total desentendimiento. Veremos luego que este desentendimiento no implica bajo nuestro derecho societario que el socio de favor quede inmune del riesgo y las obligaciones propias del socio real.

<sup>43</sup> E. SOPRANO. "*Trattato teorico - pratico delle società commerciali*". Torino. 1934. Vol. I-329.

Nuestra LSC admite la figura del <socio de cómodo> para la constitución de sociedades sin importar el número de socios constituyentes. En efecto, el contrato de sociedad como recurso técnico y jurídico puesto a disposición del empresario (individual o plural) con el propósito de (i) organizar su actividad, (ii) crear un centro de imputación jurídica, (iii) establecer un patrimonio de afectación y (iv) asegurarle un régimen de responsabilidad limitada no puede ser considerado un negocio jurídico aparente, absolutamente simulado, ilícito y fraudulento; puesto que tal manera de concebir a la sociedad choca con la noción de contrato plurilateral de organización consagrado en el artículo 1 de nuestra LSC.

En este punto no puedo evitar declararme ASCARELLIANO hasta la médula, en el sentido de negar que la sociedad constituida con el objetivo de obtener el beneficio de la limitación de responsabilidad sea considerado un negocio jurídico simulado e ilícito.

## CAPÍTULO QUINTO LA SOCIEDAD COMO INSTRUMENTO DE ...

### **I.** **... la organización jurídica y económica de la empresa**

A mi modo de interpretar el artículo 1 de la LSC creo ver en el contrato de sociedad comercial un genuino recurso técnico que el Derecho pone al servicio del empresario para que éste invierta sus excedentes financieros en actividades mercantiles bajo una forma jurídica y económicamente organizada limitando su responsabilidad hasta una cifra determinada. No quiero con esto adherirme a la concepción que GEORGE RIPPERT tenía de la sociedad como una <máquina jurídica> aunque admito que esta referencia me resulta sumamente ilustrativa y simpática.

HENRY BALLANTINE al referirse a las "Corporation" nos dice que "a corporation may be more realistically described as a legal unit, a legal device or instrument for carrying on some business enterprise ..." y agrega: " there are certain advantages obtainable bay doing business in corporate form: (1) the capacity to act as a legal unit, (2) limitation of or exemption from individual

*liability of shareholders, (3) continuity of existence, (4) transferability of shares, (5) centralized management and (6) standardized method of organization*"<sup>44</sup>. Se recalca la <organización> como dato propio de la estructura societaria mercantil

Haciendo un análisis histórico de la evolución del negocio asociativo mercantil en el Derecho patrio el profesor ANAYA nos enseña que la codificación en nuestro país (siguiendo los causes de la francesa) incluyó a las sociedades entre los contratos y las caracterizó como tales. Así lo hizo en el Código Civil y en el Código de Comercio definiendo a la sociedad como un <contrato> más dentro de todos los contratos. "La compañía o sociedad mercantil es un contrato ..." rezaba el artículo. 282 C. Com. Agrega que la anónima fue el único tipo contractual a la que se atribuyó comercialidad en base a la sola forma jurídica sin importar la actividad. O sea, la sociedad anónima será mercantil por ser tal, y no, por su objeto.

ANAYA nos recuerda que el artículo 313 expresaba que la sociedad mercantil era la simple "asociación de capitales". Quedaba claro que aún cuando el Código hacía expresa referencia al contrato, Vélez puso mucha distancia con la contractualidad acentuando su énfasis en los medios antes que en los sujetos. O sea, aún estando ante un negocio jurídico de naturaleza puramente contractual (pues así lo concebía de manera expresa y literal el artículo 282 del C. Comercio), se relativizaba tal aspecto pues la mercantil no es más que una simple ... asociación de capitales.

En la originaria concepción de la anónima nuestro codificador priorizó la técnica de la personalidad y la técnica del patrimonio de afectación por sobre los perfiles contractuales. Dicho esto y teniendo en cuenta el artículo 1 de la LSC me pregunto: ¿ha cambiado este parecer en la ley de sociedades comerciales 19.550?

En la anónima hay una marcada tendencia hacia la preponderancia de la <organización> que tiende a constituirse en su centro de gravedad configurándose como un forma concreta de organizar tanto la base patrimonial como los mecanismos de poder en la empresa misma. La expresión externa de tal organización es la subjetivación de ese patrimonio de afectación

---

<sup>44</sup> Vid., el autor "On Corporations". Ed., Callaghan & Chicago, 1946.

organizado que queda consagrado en el sistema de personalidad y responsabilidad (art. 2)<sup>45</sup>.

El maestro TULLIO ASCARELLI nos decía que *"la sociedad nace de un contrato, y más precisamente de una subespecie de contrato, que podemos llamar plurilateral. Este contrato persigue la disciplina de una actividad ulterior en relación a un fin que unifica los distintos intereses de las diferentes partes; por eso tiene carácter instrumental. El contrato de sociedad tiene por vista la constitución de una organización"*<sup>46</sup>.

En este mismo enfoque no puedo ignorar al otro maestro de la Universidad de Bologna, me refiero a FRANCESCO GALGANO, quien analizando la causa de los contratos asociativos de finalidad común (como él los denomina) señalaba que: *"en el contrato de sociedad se presenta la particularidad de la concordancia de intereses e identidad de fin, destacando la función de instrumento técnico - jurídico de colaboración económica entre los sujetos"*<sup>47</sup>. Esta concepción de la sociedad permite advertir con claridad una idea subyacente: la organización (!)

Las sociedades de un solo socio y las sociedades listadas en Bolsas de Valores son extremos que invitan a una serena reflexión sobre la pretendida pluralidad sustancial de la sociedad; pilar argumental sobre el cual se construye la concepción puramente contractual de la sociedad mercantil.

Frente al fenómeno de la sociedad cotizada observo que la contractualidad pierde fuerza pues al inversor poco le interesa aquella relación contractual concebida como asociación

destinada a una finalidad común y plurilateral. Aquel adquiere un activo financiero con la sola expectativa de obtener una renta especulativa. Poco le interesa ejercer sus derechos, y menos aún, involucrarse en la gestión corporativa. Si las cosas no marchan según sus expectativas, venderá su tenencia, liquidará su posición y punto. Este tipo de sociedades reflejan la paradoja de mayúscula pluralidad "cuantitativa" (miles de accionistas diseminados en Bolsas de Valores) y minúscula pluralidad sustancial. En la sociedad unipersonal se combina la inexistencia de ambos requisitos: ¿entonces?

El profesor alemán PETER ULMER al considerar el fenómeno de la sociedad limitada de un solo socio enseñaba que *"no habría diferencias de naturaleza jurídica entre la sociedad de un solo socio y la sociedad limitada con dos o más socios. Su calificación como <sociedad> y el reconocimiento de su carácter de persona jurídica no dependen del número de socios. La ampliación o reducción del círculo de socios afecta únicamente a éstos permaneciendo indemne los principios societarios. La sociedad de un solo socio se utiliza como forma <organizativa> de una explotación mercantil"*<sup>48</sup>.

Partiendo de esta noción contractual - organizativa de la sociedad noto que el problema pasa a ser otro: determinar si la pluralidad de socios es un requisito esencial que hace a la formación del contrato; o aquella es un requisito técnico que hace a la formación de una organización.

Planteado el problema en estos términos necesitamos precisar la función del socio de cómodo.

## CAPÍTULO SEXTO LA PLURALIDAD

### I.

#### **La pluralidad como elemento esencial y el socio de cómodo**

Comparto lo incontrovertible del requisito de la pluralidad para la celebración del contrato de sociedad, pero no puedo adherirme a la idea de que el cumplimiento formal de este requisito implique *per se* una violación a la concepción contractual del negocio jurídico asociativo. Repito una vez más: la cruz del debate no es plantearnos

---

<sup>45</sup> La noción contractual de la sociedad comercial tiene raíz histórica en nuestro Derecho patrio. Ahora bien, ha sido la ley 19.550 la que incorpora - como dato característico de la sociedad - la unión de dos o más personas en forma organizada; eliminando de forma expresa el vocablo "contrato" e incorporando de una manera poco disimulada el carácter organizacional de la unión de dos o más personas (art. 1). Este moderno viraje conceptual significó que destacada doctrina haya dicho que el dato organizativo de dicha unión es el indiscutido reconocimiento de la noción económica y empresarial del contrato de sociedad comercial.

<sup>46</sup> Vid., *"Panorama de derecho comercial"*. Ed., Depalma. Bs As. 1949., pag. 92.

<sup>47</sup> Vid., FRANCESCO GALGANO. *"El negocio jurídico"*. Ed., Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. pag., 191. Traducción realizada por Francisco Blanco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa.

---

<sup>48</sup> Vid., *"Principios fundamentales del derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada"*. Ed., Cívitas. Madrid. 1998., pag. 37.

un dilema al estilo del Hamlet de Shakespeare<sup>49</sup>; sino determinar si dicha pluralidad es un requisito esencial de validez del acto jurídico (cuya ausencia implica nulidad por simulación absoluta) o un requisito técnico legal para la creación de un sujeto de derecho.

La doctrina civilista clásica admite como elementos esenciales de todo negocio jurídico: la voluntad, el objeto y la causa. Se entiende por elemento esencial de los contratos aquellos que el acto jurídico reclama como exigencia legal de validez<sup>50</sup>. La ausencia de estos elementos hacen a la nulidad del negocio jurídico.

Además de dichos elementos esenciales (comunes a todos los contratos) hay elementos esenciales y específicos que hacen a cada tipo contractual. Según el profesor ZALDÍVAR la pluralidad real es un elemento esencial y específico del contrato de sociedad comercial (en contra VERÓN). El profesor HALPERÍN llega aún más lejos pues entiende que la falta de real pluralidad nos lleva a un no acto jurídico y, por ende, estaríamos ante un fenómeno de inexistencia del acto<sup>51</sup>.

Propongo hacer una pausa y reflexionar sobre algunas precisiones de los profesores ZALDÍVAR y HALPERÍN. La pretendida simulación absoluta por aparente pluralidad sustancial merece hilar un poquito más fino.

Ambos catedráticos sostienen como principio general lo siguiente: *"la constatación de simulación no borra la actuación de la sociedad ni tiene efectos sobre los derechos adquiridos por los acreedores sociales; aún cuando por ella desaparezca la <pluralidad esencial> para la existencia de la sociedad pues, según el artículo 34 el socio aparente es responsable por las obligaciones sociales como si fuese socio".* Y agregan: *"si en razón de la simulación <desaparece> la pluralidad de socios el*

*titular real responderá por las obligaciones sociales como si las hubiere contraído personalmente atento la inexistencia de la sociedad".* Y rematan: *"la solución auspiciada por la generalidad de la doctrina respeta la apariencia negocial con que actuó esa sociedad y ampara la buena fe de los acreedores sociales. En el supuesto de simulación ilícita corresponde aplicar la inoponibilidad de la personalidad"*<sup>52</sup>.

Estas palabras me eximen de mayores comentarios. El negocio societario simulado está expresamente admitido en nuestra LSC pues el sistema acepta la figura del socio aparente, prestanombre o testafarro. La duda es hasta qué extremo admite esa simulación ¿hay algún límite?

Para HALPERÍN *"la constatación de simulación no borra la actuación de la sociedad ni tiene efectos sobre los derechos adquiridos por los acreedores sociales; aún cuando por ella desaparezca la <pluralidad esencial> para la existencia de la sociedad..."*. O sea, constatada *ex post facto* la desaparición de la pluralidad esencial por simulación, tal situación no borra la actuación de la sociedad (arg. artículo 54 LSC). Siguiendo con esta idea y en el extremo de una sociedad constituida con dos socios aparentes (cayendo la pluralidad esencial), este extremo no hace desaparecer la actuación de la sociedad frente a terceros. ¿Y entonces?

Más adelante agrega *"... la situación es diversa cuando se hace <aparecer> la pluralidad de otorgantes. El empleo de un socio aparente no suprime la sociedad respecto de los terceros para quienes este socio de cómodo asume responsabilidad (...) no obstante si por esa simulación <desaparece> la pluralidad no existirá sociedad (art.1)"*<sup>53</sup>.

Y concluye *"... la disposición del artículo 34 primer párrafo coordinado con el artículo 1 de la LSC refuerza la argumentación para rechazar la licitud del negocio indirecto en la constitución de sociedades ..."*.

Según este autor una cosa es hacer *"aparecer"* la pluralidad esencial mediante el uso del socio aparente; y otra muy distinta sería hacer *"desaparecer"* esa pluralidad por el uso del mismo

<sup>49</sup> Vid., DANIEL R. VÍTOLO *"Pluralidad o no pluralidad. Ésa es la cuestión"*. Rev. De las sociedades y concursos. N° 27. Ed., Ad-hoc.

<sup>50</sup> Vid., ALBERTO BUERES. *"El objeto del negocio jurídico"*. Ed., Hamurabi. 2da edición. Bs. As. 1998.

<sup>51</sup> *"Los constituyentes deben ser socios reales: el prestanombre es un socio aparente y si por su intervención desaparece la pluralidad, se dará una constitución in fraudem legis; para mí sociedad inexistente, en razón de la ausencia de esa pluralidad"*. Vid., por todos ISAAC HALPERÍN - JULIO C. OTAEGUI. *"Sociedades anónimas"*. Ed., LexisNexis - Depalma., pag. 88.

<sup>52</sup> Vid., por todos ISAAC HALPERÍN - JULIO OTAEGUI. *"Sociedades anónimas"*. 2da Ed. LexisNexis. Depalma. 1998., pag., 120 a 123. En igual sentido y citando la obra anterior puede consultarse a ENRIQUE ZALDÍVAR y otros. *"Cuadernos de derecho ..."*. Vol. I. Ed., Abeledo Perrot. Bs. As. 2000., pag. 88 y sgtes.

<sup>53</sup> Vid., por todos ISAAC HALPERÍN - JULIO OTAEGUI. Ob.cit., pag., 178.

recurso. El negocio indirecto sería, en el sentir de HALPERÍN, un ejemplo de "desaparición" de pluralidad esencial.

Según mi interpretación la simulación sería lícita - para este autor - cuando la falsa pluralidad esté compuesta por más de dos socios. Esto quiere decir que si como mínimo dos socios son reales puede haber infinidad de testaferros (art. 34, primer párrafo). Éste sería un supuesto de hacer "aparecer" la pluralidad por existencia de uno o varios socios de cómodo. Ergo, simulación admitida y tolerada por el sistema (supuesto del socio de cómodo).

La simulación sería ilícita cuando la falsa pluralidad esté compuesta por sólo dos socios. Basta que uno sea socio de cómodo para que caiga la pluralidad esencial. Aquí estaríamos ante un caso de sociedad inexistente (supuesto de la sociedad de cómodo).

Me permito discrepar con tan aquilatada y prestigiosa doctrina puesto que el artículo 34 primer párrafo no circunscribe la licitud de la simulación al caso de la sociedad con una pluralidad mínima integrada por más de dos socios. Semejante razonamiento llevaría a concluir que sociedades formadas con dos o más socios aparentes encajarían en la simulación tolerada del artículo 34; y lo cierto es que esta tolerancia está abierta a cualquier supuesto sin importar la cantidad de socios que integran el contrato social.

Yo sostengo que la disposición del artículo 34 primer párrafo coordinado con el artículo 1 y 94.8 de la LSC refuerza la argumentación para admitir la licitud de la constitución de sociedades de dos socios con socios de cómodo.

HALPERÍN concluye: "*el rechazo a la licitud del negocio indirecto en la constitución de la sociedad, para aparentar la pluralidad de otorgantes merece una respetuosa discrepancia: la simulación de la pluralidad de socios, cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito no es reprobada por ley*".

O sea, aún cuando la pluralidad aparente a nadie perjudique la misma es rechazada. Me permito respetuosamente discrepar con el profesor HALPERÍN pues el artículo 957 de nuestro Código Civil así lo establece por los negocios simulados relativos: *<dura lex sed lex>*

Si me adhiriera a la tesis de HALPERÍN llego a la paradoja de que el negocio indirecto por él cuestionado (sociedad de dos socios siendo uno de cómodo) se solucionaría con el expediente de agregar al acto constitutivo un socio más. Me pregunto ¿cuál de los tres es de cómodo?

Hasta aquí no encuentro argumentos que me lleven al convencimiento de que el artículo 1 de nuestra LSC exija una pluralidad real o sustancial como requisito esencial para la formación del contrato de sociedad. A esta altura y con fundamento en los artículos 1, 16, 34 primer párrafo, 54, 3er párrafo, 94.8 y 100 me inclino a pensar que la fórmula "*dos o más personas*" no pasa de ser un requisito técnico necesario para crear vehículo jurídico para desarrollar una actividad empresarial en forma organizada; es decir: una sociedad.

## II.

### La pluralidad y la "*affectio societatis*"

Enlazado con lo anterior está la "*affectio societatis*" pues la doctrina del socio de cómodo entiende que una tenencia accionaria insignificante o irrisoria implica, necesariamente, ausencia de tal *affectio*. O sea, una suerte de *affectio societatis* pesada, medida o cuantificada según la cantidad de acciones.

Desde ya niego a la *affectio societatis* el carácter de elemento esencial del contrato de sociedad siendo un mero elemento interpretativo o manifestación específica de la buena fe que concierne al estado de socio<sup>54</sup>.

Para muchos autores esta fórmula sintetiza la voluntad de asociarse; o la intención de colaborar en forma activa en la empresa común; o el ánimo de concurrir al álea propia del negocio. Varios fueron los esfuerzos por capturar esta añeja fórmula de ULPiano y muchos autores extranjeros la han cuestionado como elemento del contrato de sociedad. Entre nosotros el mismo ZALDIVAR sospecha de que dicha *affectio* se presente en el socio - inversor de la anónima cotizada. Por lo tanto, si este elemento puede no hacerse presente en determinadas sociedades por la mera circunstancia de recurrir éstas al ahorro público, tal excepción nos daría alguna pauta interpretativa para concluir que la *affectio societatis* no es un elemento esencial del contrato.

<sup>54</sup> Vid., por todos JAIME ANAYA. "*Sociedades inicialmente unipersonales*". ED, 124-729.

Como bien lo señaló el profesor FARGOSI en su espléndida monografía<sup>55</sup> la doctrina que dio a la  *affectio societatis*  un contenido económico poniendo en relieve el aspecto <colaboración> prescindió de considerar otro aspecto: el relativo al juego de los intereses personales de los socios con relación al objeto de la sociedad.

Según este autor la condición de socio lleva insita la necesidad de posponer los intereses personales y egoístas al interés social. El socio adquiere por su incorporación a la sociedad una determinada condición, que le impone un hacer o un no hacer, y la necesidad de posponer su interés personal al interés social; es decir, adoptar una conducta dirigida a hacer posible en todo momento el cumplimiento del objeto social. Me pregunto: ¿y el socio de cómodo?

Bajo esta concepción amplia de la  *affectio societatis*  observo que el socio de cómodo (art. 34 primer párrafo) es un buen ejemplo del socio que opta por posponer al extremo sus intereses personales y egoístas adhiriendo sin reparos ni cuestionamiento al interés social. ¿Esta actitud complaciente del socio de cómodo implica  *per se*  una pluralidad absolutamente simulada e ilícita?

Arribo a la paradoja de que en el caso del empresario individual que recurre al socio de cómodo (las sociedades de cómodo según lo tiene mal entendido nuestra doctrina) el interés social está presente en todo momento pues ambos socios acuerdan y sellan a fuego una conducta única dirigida a hacer posible el cumplimiento del objeto social. Ésta es precisamente la declaración de voluntad común de ambos participantes del acto constitutivo (art. 1137 del C. Civil). El interés social entendido como el interés común de todos los socios no se ve conmovido por el hecho de que en nuestro caso el empresario individual recurra al socio de complacencia para el montaje de una estructura jurídica.

¿Cuál será ese interés social? El interés común de todos los socios. FRANCESCO GALGANO enseñó que ese interés social será aquel que se mantenga dentro de los límites del

---

<sup>55</sup> Vid., el autor "*La affectio societatis*". Ed., Librería Jurídica. Bs. As.

esquema causal del contrato: sea el interés a la maximización de la eficiencia productiva, el interés en la maximización de la productividad o el interés en la maximización de los dividendos<sup>56</sup>. Así las cosas si la  *affectio societatis*  implica algo así como la subordinación del propio interés a la causa del contrato no puedo menos que admitir que aquella añeja fórmula de ULPiano no sea otra cosa que la mera duplicación del consentimiento (art. 1144 del C. Civil) tal como lo sostuvo hace mucho tiempo atrás el maestro TULLIO ASCARELLI; o un simple elemento probatorio o interpretativo del estado de socio restándole por lo tanto el carácter de elemento esencial del contrato de sociedad. .

Por lo tanto, habrá sociedades comerciales donde la  *affectio societatis*  se hará presente y otras donde brillará por su ausencia; y habrá unas donde se manifiesta de tal manera y otras donde se manifiesta de otra sin importar la cantidad de socios fundadores.

### III. Criterios cuantitativos de pluralidad

Esta suerte de concepción cuantitativa de la pluralidad pregonada desde un sector minoritario de nuestra doctrina lleva a extremos insospechados donde la pluralidad es cuestionada por el mero cotejo de participaciones sociales con el débil argumento de que la sociedad anónima es el vehículo jurídico que el Derecho ha puesto al alcance del empresario para la canalización de los grandes capitales; siendo por lo tanto altamente sospechoso que el aportante de sumas irrisorias (\$1,00) sea un socio real y verdadero.

Así las cosas, hemos llegado a cuestionarnos cuál debería ser el porcentaje mínimo de capital que un socio debería poseer para ser liberado del mote de socio de cómodo. Se han intentado argumentos de todos los colores para darle alguna <realidad antojadiza> a quien participe como socio de complacencia. Así se pensó que una tenencia no inferior al 2% del capital y votos de la sociedad sería real atento que este porcentaje le daría a dicho socio los derechos del artículo 294.11 de la LSC. ¿Y si varios socios participan de ese porcentaje? Otros han intentado el argumento del 5% como porcentaje mínimo del capital; puesto que éste es el porcentaje que el decreto 677/01 ha

---

<sup>56</sup> Vid., MÓNICA ROIMSER. "*El interés social en la sociedad anónima*". Ed., Depalma. Bs. As. 1979. FRANCESCO GALGANO. "*El negocio jurídico*". Pag., 213.

fijado para considerar a una sociedad bajo control casi total. Y así venimos tanteando la cancha !quién da más!.

No abrigo duda que en aquellos supuestos donde la pluralidad formal ha sido cuestionada por el ente de control de legalidad, la exigida pluralidad real ha sido recompuesta con más simulación; y observo que esta solución está al alcance de la mano, pues me basta repasar los artículos 1, 16, 34 primer párrafo, 54, 3er párrafo, 94.8 y 100 para darme cuenta que esto es así.

#### IV.

##### **Artículo 94.8 y la pluralidad técnica**

Este dispositivo ha sido uno de los pilares argumentales de la doctrina defensora de la tesis de la pluralidad sustancial. Según esta doctrina la interpretación armónica entre el artículo 1 y el 94.8 lleva necesariamente a la conclusión de que la pluralidad sustancial es incontrovertible en nuestro sistema jurídico societario. Me permito discrepar.

Es precisamente el exiguo plazo de tres meses (para recomponer la pluralidad) y el régimen de responsabilidad del socio único lo que me lleva al profundo convencimiento de que la fórmula "dos o más personas" no es otra cosa que una pluralidad <técnica> que el legislador exige a los efectos de constituir y conservar la estructura societaria: con el beneficio de la limitación de responsabilidad de los socios.

Reafirma esta noción técnica de la pluralidad la Exposición de Motivos de la ley 19.550 cuando nos dice respecto del art. 1 y 94.8 que "*no se modifica la regla general de la suficiencia de dos socios*" (...) "*un número mayor - conforme a la experiencia argentina - lleva a buscar fundadores de complacencia que se prestan a formar el número mínimo que exige la ley ...*". Fácil es concluir que para el legislador la reducción del círculo de socios tuvo por objetivo reconocer una realidad donde las sociedades se constituían con demasiados socios de cómodo. Ahora bien fijar un piso de dos socios (como regla general de suficiencia) no implica convertir este piso en un requisito de pluralidad real que haga a la validez del contrato. Está claro que la reducción a dos socios tuvo por objetivo principal reconocer una realidad: demasiada simulación.

El exiguo plazo de tres meses para recomponer algo tan esencial y trascendente como sería la pluralidad real del contrato de sociedad me confirma que estamos ante una simple requisito técnico jurídico. A nadie se le puede escapar que resulta impracticable recomponer una real pluralidad en tan corto plazo. A nadie le puede pasar inadvertido que la transferencia de acciones a un real tercero para lograr una real pluralidad (ya sea la tienda de don Manolo o la gran tienda multinacional) es un negocio jurídico complejo que demanda inversión de plata, tiempo, esfuerzo y trabajo (contadores, valuadores, abogados, escribanos, etc). Me pregunto: ¿cómo recompusieron la pluralidad sustancial Coca Cola - Femsa de Argentina SA, Vitamina Group SA, Bosques Verdes SA ó Tierras y Haciendas SRL?. Me pregunto ¿cómo deberán recomponer su pluralidad las empresas que salieron del régimen de oferta pública bajo el sistema de *Squeeze Out*?

No menos trascendente es el régimen de responsabilidad del socio único durante el plazo de pendencia de recomposición de la pluralidad pues mientras no se recomponga aquel será solidaria e ilimitadamente responsable por el pasivo social contraído desde dicha fecha. Semejante contingencia opera como fuerte incentivo para recurrir sin rodeos ni demasiadas vueltas teóricas al socio aparente del artículo 34 último párrafo de la LSC (el socio de cómodo).

La pérdida de pluralidad impone recomponerla de manera inmediata!!!. Las contingencias son extremadamente altas como para perder el tiempo buscando un socio real.

Con estos ejemplos intento poner algo de realidad al pseudo problema de la pluralidad esencial del contrato de sociedad a fin de salirnos un poco del dogmatismo jurídico.

#### V.

##### **¿Sociedad de un solo socio de responsabilidad limitada?**

Nuestra ley admite la sociedad unipersonal como persona jurídica con plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones bajo un sistema particular de fianza solidaria. Me explico:

El artículo 94.8 es una de las causales de disolución de la sociedad; salvo que la pluralidad se recomponga en el exiguo plazo de 90 días corridos. El socio único es responsable solidario e

ilimitado por los pasivos contraídos por la sociedad dentro de ese lapso.

Para parte de nuestra doctrina la pérdida de pluralidad es uno de los supuestos de disolución del artículo 94 que necesita se <declarada> por asamblea de accionistas (art. 235.4) y aprobada con la mayoría agravada del artículo 244. En cambio para otro sector la concentración del capital social en una sola mano es un supuesto de disolución que opera *ipso iure*; o sea no necesita de una declaración del órgano de gobierno. Comparten esta misma naturaleza la disolución por expiración del plazo, declaración de quiebra y sanción firme de cancelación de oferta pública (art. 94. 2, 6 y 9).

Cualquiera sea la postura que adoptemos sobre el <momento> a partir del cual se produce la disolución de la sociedad, aquella no empaña estas reflexiones. Veamos:

Ocurrida la pérdida de pluralidad, el socio remanente será responsable ilimitada y solidariamente por las deudas contraídas durante el plazo de tres meses (94.8) y los directores y síndicos serán responsables en igual grado si no adoptan las medidas necesarias para iniciar el trámite de liquidación (art. 99). La disolución sólo sufre efectos respecto de terceros desde su inscripción (art. 98).

Me pregunto: ¿qué pasa si la pluralidad real no logra recomponerse en el corto plazo de 90 días?. La respuesta inmediata será: la sociedad debe adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación (art. 99, 1º párrafo). Me pregunto: ¿y si no se inician?. La respuesta es: la sociedad continúa con el giro ordinario de los negocios siendo el socio único y los directores solidaria e ilimitadamente responsables frente a terceros por las obligaciones contraídas por la sociedad hasta tanto la pluralidad se recomponga.

Lo cierto es que la disolución social puede ser exigida por el síndico, el directorio, el órgano de contralor y hasta algún tercero interesado. Incluso pueden demandarla judicialmente. Frente al pedido de disolución la asamblea del accionista único podrá no adoptar medida alguna e incluso defenderse en tribunales frente a una potencial demanda.

Ínterin la sociedad seguirá operando con plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones<sup>57</sup>. O sea mientras no se declare la disolución y se ordene la liquidación social todo camina bajo el sistema de responsabilidad extendida.

Desde el instante mismo en que se produce la unipersonalidad sobreviniente el socio único es responsable ilimitada y solidariamente por los pasivos sociales, solidaridad que persistirá transcurrido dicho plazo y hasta tanto la sociedad se liquide (art. 99 último párrafo).

La reducción a uno del número de socios como causal de disolución no significa, en nuestro sistema, la pérdida *ipso iure* del atributo de personalidad y menos una disminución de la capacidad. Ésta sólo sufrirá disminuciones en caso de iniciarse el trámite liquidativo (art. 101).

Observo en este simple andamiaje jurídico que la sociedad unipersonal es, en nuestro sistema, un sujeto de derecho posible. Repito: nuestro legislador no ha negado la sociedad unipersonal ya que la admite en el mismo artículo 94.8. El problema de esta norma es que convierte al empresario individual en responsable solidario e ilimitado por el pasivo social hasta tanto la pluralidad se recomponga (arts. 94.8 y 99). O sea ocurrida la causal de disolución por reducción a uno del número de socios estamos ante una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada donde el socio único se convierte *imperium legis* en fiador, codeudor solidario y principal pagador del pasivo social (art. 1998 del C. Civil y art. 480 del Cod. Com.)<sup>58</sup>.

Y esto que digo aquí no puede ser confundido ni asimilado a una sucursal pues pueden existir múltiples motivos que aconsejen a una sociedad devenida unipersonal conservar la plena personalidad jurídica societaria bajo un especial régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada del socio único. La sociedad unipersonal como centro de imputación jurídica subsiste y esto no puede ser confundido con un negocio jurídico

<sup>57</sup> "Laberdolive J. c. Kulhmann de Laberdolive Ana". CNCCom., sala B. 13.09.1982.

<sup>58</sup> Se observa aquí la diferencia con el sistema de solidaridad previsto en el artículo 56 de la LSC para los tipos sociales no capitalistas donde el beneficio de excusión opera por imperio legal rompiendo con el principio general sentado en el artículo 480 del Cod. Comercio que niega el beneficio de división y excusión en materia comercial.

simulado e ilícito, pues a nadie perjudica la existencia de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada con fianza solidaria del socio único<sup>59</sup>.

Si al ente de contralor le angustia el sistema de pluralidad como presupuesto de personalidad; y este último como presupuesto de limitación de responsabilidad de los socios, en el caso que traigo como ejemplo los acreedores estarán bien protegidos pues el socio responderá con su patrimonio bajo una estructura jurídica admitida en nuestra LSC: la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada hasta tanto no se orden su liquidación.

En caso de duda recomiendo aplicar el criterio interpretativo del artículo 100 de nuestra LSC.

## VI. La pluralidad como presupuesto de personalidad y limitación de responsabilidad

Nadie discutiría a esta altura que la personalidad jurídica es un recurso técnico que el sistema jurídico pone a disposición de dos o más personas para llevar a cabo en forma organizada una actividad empresaria limitando su responsabilidad personal, sólo, al monto del capital suscrito.

Esta noción de la técnica de la personalidad de los entes ideales ha sufrido en la larga historia del Derecho una evolución constante y mutativa pasando de la teoría de la ficción de SAVINGY<sup>60</sup> por la teoría de la realidad de OTTO VON GIERKE a la empresa concebida como una simple conexión de contratos donde la técnica de la personalidad tiene por objetivo reconocer dicha conexión<sup>61</sup>.

Así, personalidad y responsabilidad vienen a ser las dos caras de una misma moneda. La persona jurídica es ilimitadamente responsable por sus deudas y obligaciones y quienes aportan fondos para aplicarlos a la

<sup>59</sup> Vid., TULLIO ASCARELLI. "Studi in tema di società". Milano, 1952. Para este autor la disolución social no es un tema de <capacidad> sino de <responsabilidad>.

<sup>60</sup> Vid., ALFREDO ORGAZ "Conceptos y elementos de las personas colectivas". LL, 63-951

<sup>61</sup> Vid., por todos HENRY BUTLER. "La teoría contractual de la sociedad anónima". RDCO, año 26, n° 151 a 153, pag., 17.

producción e intercambio de bienes y servicios mediante el ejercicio de la empresa organizada bajo la estructura jurídica de la sociedad limitan su responsabilidad personal al capital suscrito. ¿Exige esta técnica una pluralidad real o sustancial?

Si la personalidad es un recurso técnico legal y junto con éste también la limitación de responsabilidad de los socios, sospecho que el contrato y la pluralidad del artículo 1 comulgan con igual naturaleza. Vale decir, la pluralidad como la personalidad y la responsabilidad son "todos" recursos técnicos que el sistema jurídico pone a disposición del empresario (individual o agrupado) para llevar a cabo su actividad organizada creando un centro de imputación: la llamada conexión de contratos<sup>62</sup>.

El mismo TULLIO ASCARELLI no enseña que la sociedad constituye un mero instrumento técnico.

Incluso la teoría contractualista de la sociedad, pregonada por la Escuela Económica del Derecho, reconoce que este contrato no es otra cosa que un método de coordinación de los factores de producción (accionistas, empleados, acreedores, etc) cuya finalidad consiste en reducir los costos transaccionales y de organización que les demandaría a dichos factores trabajar sin dicho contrato. Según esta importante escuela, el contrato de sociedad es el recurso legal (*legal device*) puesto a disposición de los hombres para producir bienes y servicios bajo un sistema que les permita organizarse interna y externamente. Esta organización permite lograr mayores eficiencias y reducción de costos.

Herramienta útil e indispensable para lograr esa eficiencia organizativa es el sistema de responsabilidad limitada. La sociedad comercial (en especial el tipo anónima) no habría alcanzado

<sup>62</sup> GIRÓN TENA sostiene que la empresa plantea problemas de coordinación jurídica que debe resolverse para posibilitar la regulación de objetos de derecho que se superponen a los derechos que singularmente se ejercen sobre cada cosa o bien integrante de la organización. Desde esta óptica, lo nuevo en el Derecho de la empresa es la supracordinación que requieren las cosas y conjunto de cosas con los contratos y conjunto de contratos y su concatenación no solamente entre sí, sino también en su unión con relaciones jurídicas de carácter personal. Citado por JIAME ANAYA en "Empresa y sociedad en el derecho comercial". Anales. 1990. N° 27, pag., 25.

el desarrollo de estos tiempos sin la franquicia de la limitación de responsabilidad patrimonial de los socios al capital suscripto. Sin esta franquicia las sociedades de capital - como personas o sujetos de derecho - no hubieran pasado de ser un mero ensayo académico o intelectual.

Tal como lo expresara FRANK H. EASTERBROOK "... *limited liability is a distinguishing feature of corporate law - perhaps the distinguishing feature*<sup>63</sup>".

Todo este complejo engranaje tiene por función poner a disposición del empresario (individual o agrupado) un instrumento que le permita desarrollar sus actividades. En las Compañías de Indias la sociedad anónima fue concebida como el medio idóneo para canalizar la reunión de capitales. Hoy tal manera de concebir a la sociedad mercantil, y en especial a la anónima, es arcaico. Tal visión ha evolucionado. A la mercantil se la concibe en estos días como el instrumento jurídico adecuado para obtener la limitación de responsabilidad al capital suscripto. Este es el beneficio que busca el empresario y el elemento que más valora del recurso. No otra cosa. O sea el beneficio de la técnica de la limitación de responsabilidad ha mostrado con el paso del tiempo superar en jerarquía a la técnica de mera agrupación de capitales. Este cambio evolutivo abrió cauce para incorporar en cuantiosos sistemas jurídicos la figura del empresario individual de responsabilidad limitada.

Si el contrato de sociedad es concebido jurídicamente como un <instrumento>; la personalidad y la consecuente limitación de responsabilidad como un <medio técnico> me atrevo a concluir que la pluralidad de socios comparte similar naturaleza. Por lo tanto la pluralidad no es un requisito esencial que hace a la formación de un contrato donde las partes deben ser reales socios; sino, un requisito técnico formal que hace a la creación de una sociedad como sujeto de derecho generado por un contrato plurilateral que tiene por objetivo <organizar> la actividad empresarial.

Lo expuesto me lleva a la conclusión de que el empresario que recurre al acto

constitutivo junto con el socio de complacencia no está celebrando un acto simulado pues no está empleando el contrato social para dar una apariencia (de sociedad) que oculta su verdadero carácter (empresa unipersonal de responsabilidad limitada). Tanto el empresario individual como el socio de complacencia celebran un contrato de sociedad poniéndose de acuerdo sobre una declaración de voluntad común: el desarrollo de una actividad empresarial organizada con el beneficio de la limitación de responsabilidad ¿qué tiene esto de simulado?, ¿qué tiene esto de ilícito?, ¿qué tiene esto de torcido, sospechoso o engañoso?

## VII.

### **La simulación de la pluralidad se resuelve en el terreno de la responsabilidad**

El juez ANAYA nos recordaba en oportunidad de emitir su voto en el caso Macoa que la jurisprudencia italiana sostenía que el tema de la simulación de la pluralidad debía encontrar su solución en el terreno de la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio. En igual sentido y analizando nuestro Derecho patrio concluyó que la simulación no merece reparos cuando aquella no es ilícita ni causa perjuicio a terceros. Esto es lo que ANAYA denomina ámbito interno de la simulación lícita.

He dicho más arriba que nuestra LSC acepta sin rodeos el negocio aparente al admitir que un tercero figure simulando ser socio (art. 34, 1º párrafo); y esta simulación puede darse en cualquier supuesto de pluralidad, sean dos o más socios.

No es difícil advertir que nuestra LSC rechaza el negocio simulado y aparente cuando éste cause perjuicio a un tercero o tenga un fin ilícito porque: (1) encubra la consecución de fines extrasocietarios, (2) sea un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe y, (3) frustre derechos de terceros (arts 953 y 957 del C. Civil y 54, 3er párrafo de la LSC). Ahora bien la simulación ilícita no conduce en nuestro Derecho societario a la nulidad absoluta del contrato social sino a la inoponibilidad de la personalidad. O sea, la <organización> se mantiene intacta penetrándose la técnica de la personalidad respecto de los terceros perjudicados. De esta forma se hace solidaria e ilimitadamente responsables por los daños y perjuicios causados a los socios controlantes (empresario individual) y a quienes lo hicieron posible (el socio de cómodo). Y éste es el *quid*.

<sup>63</sup> Vid., el autor y DANIEL FISHER en "The Economic Structure of Corporate Law". Ed., Harvard University Press. London. 1991.

Si admitimos que el socio de cómodo ha servido como instrumento para la constitución de la sociedad (artículo 34) observo que este socio complaciente y de favor se sentirá muy (in) cómodo si por su actitud desaprensiva e irresponsable la sociedad es utilizada "... como un mero recurso para violar la ley o frustrar derechos de terceros ...". Por lo tanto quien suscriba tan sólo una acción como socio de cómodo le incumbe adoptar una actitud activa y preocupada en defensa del interés social. Esta contingencia me permite concluir que el socio de cómodo es un <socio real> que pone a riesgo su patrimonio personal si el recurso jurídico sociedad es utilizado con fines torcidos y maliciosos. En este punto la LSC puso a los socios en un pie de igualdad sin importar las respectivas participaciones.

Sólo *ex post facto* podremos saber con certeza si la sociedad (cualquiera se la cantidad de accionistas y las participaciones) ha sido constituida como un mero recurso para violar la ley, o para encubrir la consecución de fines extrasocietarios, o como medio para frustrar derechos de terceros. Catalogar a la sociedad formada entre el empresario individual y el socio de cómodo como negocio jurídico absolutamente simulado partiendo del único argumento de que dicho acto constitutivo viola elementos esenciales del contrato de sociedad es, a mi modo de ver las cosas, un interpretación simplista y dogmática de la LSC.

A nadie se le puede escapar que la exigencia de pluralidad sustancial genera más simulación puesto que el empresario individual necesita del prestanombre para lograr la limitación de responsabilidad. A tal efecto le bastará anexar al contrato a un socio de cómodo más, o en su caso, le cederá de manera simulada al socio de cómodo originario una porción mayor del capital. ¿Entonces?

Este es el grave problema al que nos enfrentan las interpretaciones principistas y dogmáticas de las leyes puesto que el dogma es: un principio carente de función.

## CAPÍTULO SÉPTIMO CONCLUSIÓN

### **I.** **Reflexión final**

No niego el carácter contractual de la sociedad. En este punto soy ASCARELLIANO hasta los huesos. El tema es interpretar la naturaleza contractual del negocio jurídico asociativo teniendo en cuenta la creación de un sujeto de derecho. No por eso soy institucionalista (!). Todo lo contrario: la naturaleza contractual de la sociedad está dada porque el negocio jurídico asociativo con finalidad común necesita para ser tal de los elementos esenciales de todos los contratos: consentimiento, objeto y causa. Estos tres elementos están presentes en el contrato de sociedad firmado entre el empresario individual y el socio de cómodo, tal como he intentado argumentar en estas breves líneas.

Sobre esta base interpretativa observo que el artículo 1 de la LSC junto con los artículos 34 párrafo primero, 54 último párrafo y 94.8 me llevan de la mano y sin tropiezos al sano convencimiento de que nuestro Derecho societario reconoce al empresario individual de responsabilidad limitada como negocio jurídico; donde el recurso al <socio de cómodo> es una necesidad de nuestro sistema para organizar una actividad bajo un sistema de responsabilidad limitada. No resulta incontrovertible en nuestro sistema la exigencia de una pluralidad sustancial para la creación del sujeto de derecho. Siendo esto así digo: <*in obscuris inscipi solet quod verosimilis est, aut quod plerumque fieri solet*>

La adecuada solución al uso torcido, abusivo y desviado del recurso jurídico <sociedad> lo encontramos en el artículo 54 último párrafo de la ley 19.550; hacia allí debe dirigir su atención el intérprete cuando analiza el caso concreto.

No ha sido mi objetivo agotar el tema pues tal tarea consumiría mis fuerzas. Lo dicho en estas breves líneas no logran, tan quiera, emparadar el profundo, fino y agudo análisis que el profesor JAIME ANAYA hiciera sobre la sociedad de cómodo en el célebre caso Macoa SA.

Motivaron estas reflexiones compartir con usted otra visión del tema puesto que a mi entender ....

"...el Derecho no debe ser una coraza que aprisione a la sociedad humana impidiendo su desenvolvimiento, sino que debe canalizar su progreso. De lo contrario, la

*humanidad seguirá - a pesar de Galileo - creyendo que el Sol gira alrededor de la Tierra<sup>64</sup>"*

---

<sup>64</sup> Vid., ANA PIAGGI DE VANOSSI. "*Estudios sobre la sociedad unipersonal*". Ed., Depalma. Bs. As. 1997.