

## Persona Jurídica y Simulación

Por Jacqueline Donaldson

### **1. Introducción** [\[arriba\]](#)

El reciente -y, por cierto, profuso- dictado de jurisprudencia administrativa por parte de la Inspección General de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[1] y de ciertos pronunciamientos judiciales[2], ha detonado la reapertura de un antiguo debate, cual es la posibilidad de que las personas jurídicas sean susceptibles de padecer del vicio de simulación regulado en el artículo 955 del Código Civil[3]. Ello, en tanto la referida jurisprudencia, en forma concordante con cierta corriente doctrinaria[4], se ha volcado sostenidamente por la conclusión afirmativa respecto de la referida premisa.

Lejos de pretender proclamar una verdad absoluta al respecto, el fin del presente trabajo, que se anticipa y se reconoce igualmente ambicioso, es analizar -sin desmerecer- el acierto de la solución esgrimida por dichos pronunciamientos a la vez que indagar sobre posibles soluciones expresamente previstas en la normativa societaria que equilibren los intereses en juego. Así, a la luz de las disposiciones y la axiología de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 (en adelante la “LSC”), se tratarán a lo largo del presente los siguientes cuestionamientos:

- (i) ¿puede una persona jurídica ser objeto del vicio de simulación previsto en el artículo 955 y ss. del Código Civil?;
- (ii) ¿resulta ajustado aplicar el remedio de la nulidad civil a un sujeto de derecho fuera de los casos previstos en la LSC?; y
- (iii) ¿resulta acertado aplicar el remedio de la nulidad en los términos del Código Civil a un sujeto de derecho a partir de la incorporación de la inoponibilidad societaria mediante la reelaboración del artículo 54 LSC por la ley N° 22.903 (Adla, XLIII-D, 3673)?

### Delimitación del presente análisis

No se desconoce la infinitud de aristas que presenta el cuestionamiento objeto del presente, ni tampoco se ignoran las posiciones antinómicas igualmente válidas que el mismo ha suscitado en el plano doctrinario. Resulta, por tanto, imperativo para no pecar de pretender abarcar demasiado, delimitar el campo de análisis. Desde ya se anticipa entonces que el presente no versará sino sobre la posibilidad de que una persona jurídica sea reputada “simulada” o “ficticia” por eventuales insinceridades de las declaraciones formuladas que pudieron ocurrir en su génesis, luego de adquirir virtualidad en el mundo jurídico. No se explayará sobre cada una de las causales en particular[5] esgrimidas por la doctrina y por la jurisprudencia en la materia pues se pretende más bien analizar en forma genérica la factibilidad de considerar ficticias personas jurídicas actuantes en el mundo de los negocios[6] y considerar si existe una solución expresa a los males que puedan generarse mediante la distorsión del uso de lo que se considera una realidad jurídica que el derecho positivo posibilita y acepta por razones de política legislativa y para fines que reputa lícitos[7].

### **2. Sobre la posibilidad de que las personas jurídicas padezcan del vicio de simulación** [\[arriba\]](#)

Tal como se anticipó, la cuestión no ha merecido en la doctrina ni en la jurisprudencia una conclusión unánime. Existe una corriente muy intensa[8] que reconoce la posibilidad de que las personas jurídicas padezcan de tal vicio, amparándose en fundamentos válidos, entre otros, principios de justicia[9].

Sin perjuicio de la indubitable validez de los argumentos, es dable ponderar, a su vez, el riesgo potencial que dicha postura acarrea para los acreedores sociales, así como sopesar la gravedad que implica el desconocimiento de una persona jurídica que, como centro de imputación diferenciada, ha sido reconocida en el mundo jurídico, atribuyéndosele activos y asumiendo pasivos respecto de terceros.

Hubo un sector muy relevante de la doctrina que, hace ya varios años, ponderó y sopesó dichas circunstancias. Se destacan en esta dirección autores de la talla de Ascarelli, Yadarola, Satanowsky, Vivante, Ferrara y Cámara[10]. Esta autorizada doctrina, de proyección universal - que, a su vez, contó con indudable repercusión en el orden nacional[11]-, demuestra la imposibilidad de considerar “simulada” y “nula” a una persona jurídica, en general, o, en particular, a una sociedad anónima. Los distintos fundamentos que llevan a los autores mencionados a sostener esa conclusión pueden ponerse bajo los denominadores comunes que se tratan a continuación.

#### 2.1. La constitución de sociedades: nacimiento de un ente nuevo, ontológicamente sustentable

Una vez perfeccionado el contrato plurilateral de organización, cumplidas las exigencias previstas en la ley de sociedades que corresponda (en nuestro caso, la LSC), nace una persona completamente autónoma de los integrantes del contrato, que tiene presencia y virtualidad institucional indiscutible y, como tal, parecería resultar incompatible con el vicio de simulación[12].

Si la ley establece que será persona jurídica aquella que cumpla con determinados recaudos (escrupulosamente detallados), parecería que mal podría luego pretenderse que dicha persona es más bien una mera ficción (sin perjuicio de que se cumplió con todos los recaudos).

#### 2.2. El ente nuevo sobrepasa las intenciones de los individuos que la crearon

Conforme la corriente doctrinaria mencionada, en tanto la simulación es “una divergencia entre los móviles determinantes que contiene el acuerdo simulatorio y los intereses económico-sociales que el negocio simulado está destinado a cumplir”[13], ello no parecería ser materia susceptible de análisis en las sociedades. Se destaca que ello no obsta a considerar y juzgar más adelante acerca de la forma en que la sociedad es conducida o utilizada una vez en funcionamiento. Mas en esa instancia inicial, parecería que una vez puesta en funcionamiento, los problemas o defectos genéticos resultan fuera del alcance de revisibilidad judicial y, por ello, se transforman en materia no simulable”[14] [15].

Lo que importa al derecho societario en definitiva es el cumplimiento de las garantías frente a terceros y ante los propios socios o accionistas -según el caso-. Estando éstas satisfechas, resultan irrelevantes -por no existir posibilidad de perjuicio- las intenciones genéticas. En este sentido, Giancarlo Frè considera que “en esta materia la forma la crea la sustancia, y las tutelas formales escogidas por la ley bastan para salvaguardar en informar a aquellos que tienen relaciones con la sociedad”[16]. También lo dijo Rousseau, para quien “la sociedad anónima sobrepasa la voluntad de las personas que la crearon. No importa lo que éstas quisieron hacer.

Lo que importa son los actos cumplidos. Las formalidades exigidas por la ley han sido realizadas y la sociedad anónima constituida, cualquiera fuese la intención de los fundadores y el fin perseguido. El ser moral nació”[17]. Ello, cabe destacar, valdría también para el supuesto de una sociedad constituida mediante prestanombres o testaferros[18].

Aunque en un plano diverso pueda juzgarse si en la constitución de una sociedad se reunieron los requisitos substanciales y de forma exigidos por la respectiva ley, y de su defecto puedan derivarse consecuencias como, en nuestro derecho, la nulidad o la irregularidad (v.gr., artículos 16 a 20, 32, 21 y ss., LSC), con las peculiares consecuencias que corresponden a cada caso, el prisma del razonamiento jurídico para el supuesto de una alegada simulación no parecería admitir ese tipo de análisis ni las consecuencias que ello acarrea. Bajo este prisma, una vez en funcionamiento, las eventuales insinceridades de las declaraciones formuladas que pudieron ocurrir en su génesis, se convierten en materia que, en sí misma, quedaría fuera del alcance de la relevancia jurídica y, por tanto, si se puede decir así, se transformaría en materia no simulable.

### 2.3. La necesidad de proteger la confianza, la seguridad jurídica y la estabilidad de las transacciones jurídico-comerciales

Reconocida la existencia de una sociedad mediante la respectiva publicidad registral por el Registro de Comercio -y aún antes, desde el propio acto constitutivo ya que en nuestro derecho se reconoce la personalidad jurídica desde el momento mismo de la constitución- parecería insusceptible de padecer del vicio de simulación[19]. La actuación común frente a terceros lleva a éstos a considerarla válida, y los terceros merecen la protección que la ley les otorga. Si la legislación no otorgara esa imprescindible protección quedaría gravemente resentida la confianza en la apariencia creada (y consentida por el Estado), la seguridad jurídica y la estabilidad de las transacciones jurídico-comerciales.

En épocas de vigencia del Código de Comercio, en forma coherente con lo dicho, Cámara escribió que “las personas morales o jurídicas, que necesitan de la intervención del Estado para su constitución -autorización administrativa- tampoco son factibles de que sean simuladas”[20]. Así también lo sostuvo Ferrara en Italia[21]. Lo mismo dice, con toda claridad, Satanowsky cuando enseña que, “aprobado el contrato-estatuto por el Estado e inscripto en el Registro Público de Comercio, la entidad que de él surge se convierte en un sujeto de derecho, independiente y distinto de los que concurrieron a su formación y de los que se incorporen después de constituida”[22].

Aunque los autores citados hayan escrito en tiempos en que para la formación de una sociedad anónima se requería en nuestro país (y en Italia) una autorización expresa del Poder Ejecutivo, lo dicho es igualmente válido, si no más aún, cuando el sistema de la autorización para la constitución ha sido reemplazado por el sistema normativo. Ello así porque la situación de apariencia, sea real o sólo aparente, amerita la protección de la confianza depositada en ella, de la seguridad jurídica y de la estabilidad de las transacciones jurídico-comerciales que se fundan en su existencia[23].

### 2.4. La abstracción entre los motivos de constitución de la sociedad y la realidad del nuevo sujeto de derecho es tanto más incontrovertible respecto de las sociedades por acciones

En las sociedades anónimas, el capital se representa en acciones, que son títulos valores (en nuestro derecho, *vide* artículo 226 LSC[24]), y a éstos son comunes las características de literalidad y de autonomía.

La posibilidad de demostrar, invocando una presunta simulación, la discordancia entre el acto que se ve y el que, escondido, se pretende verdadero, se convierte en imposible porque las reglas propias de la circulación cambiaria hacen que cualquier situación sea susceptible de modificarse de un momento al siguiente, y ya sea que se trate de la situación inicial, como de otras propias del devenir del funcionamiento de la sociedad.

Lo mencionado en este título está también íntimamente relacionado con la imposibilidad de considerar nula una sociedad por razones distintas que las de los casos previstos expresamente en la ley que rige la sociedad y lo mismo -con mayor relevancia práctica, si cabe-, de pretender atribuir efectos diferentes a los propios que la legislación societaria de cada país prevé para esos supuestos.

## 2.5. Reflexiones parciales respecto de este título

En virtud de lo expuesto, parecería ser que en todo caso, simulados y nulos podrán ser los actos jurídicos y, entre ellos, eventualmente, el acto constitutivo de una sociedad. Mas no los sujetos que resulten de aquéllos cuando se cumplieron todos los recaudos expresamente previstos en materia de constitución de sociedades.

## **III. Sobre la aplicabilidad de la sanción de nulidad regulada en el código civil a un sujeto de derecho y su vínculo con la improponibilidad de la simulación** [\[arriba\]](#)

### 3.1. Naturaleza y efectos de la acción de simulación conforme el Código Civil y su incompatibilidad con la existencia de un sujeto de derecho

La acción de simulación tiene como finalidad, conforme al Código Civil, recomponer o colocar en evidencia ante los terceros o entre las partes el verdadero acuerdo entre ellos existentes (*causa simulandi*)[25]. Es por ello que, conforme surge de los precedentes jurisprudenciales mencionados, el planteo de simulación de sociedad viene necesariamente acompañado con la pretensión de declaración de nulidad de la persona jurídica, tal como lo predica el artículo 1050[26].

Según la doctrina que entiende que la acción de simulación es una acción declarativa de la inexistencia del acto, el objeto de esta acción no es dejar sin efecto el acto celebrado, sino simplemente comprobar que no existe. Sin perjuicio de discrepar sobre la naturaleza de la acción, Borda provee ejemplos de las consecuencias que se buscan al plantear una acción de simulación: el vendedor nunca habrá dejado de ser propietario, y por su parte, el comprador tampoco habrá tenido los derechos de tal[27]. En todo caso, lo que se pretende es borrar todo lo que aparecía como real o se encontraba escondido detrás de una supuesta fachada.

Se advierte, entonces, que al solicitar la declaración de simulación se requiere la aplicación de una sanción civil de las características de la nulidad que, como se dijo, tenga el efecto de borrar todo lo que aparecía como real o se encontraba escondido detrás de una supuesta fachada. Empero, esto sólo se lograría en caso de una declaración de nulidad con efectos retroactivos al momento de constitución de la persona jurídica cuya nulidad se pretende, como si éste nunca hubiere existido.

Supóngase como hipótesis que la constitución de una sociedad ha sido para burlar a sus acreedores individuales; se pretenderá que se declare que la sociedad nunca existió, ya que se querría, en última instancia, que los acreedores individuales puedan ejecutar los bienes aportados a la sociedad así constituida, con derecho exclusivo sobre ellos. Mas ello implicaría

dejar sin derecho alguno a los que, producto de la existencia de la compañía, eran sus acreedores sociales. Volver las cosas al estado anterior a la constitución del ente sería la única manera de lograr que se borre lo que aparecía real pero era en realidad una mera fachada.

Sin embargo, las nulidades en derecho societario no pueden tener esos efectos. Conforme se desarrollará a continuación, ellas siempre tendrán efectos exclusivamente hacia el futuro.

### 3.2. Análisis de las causales y efectos de nulidad previstas en la LSC

Al sancionarse nuestro Código Civil, y atento el estadio del desarrollo de la ciencia jurídica en aquella época, no se distinguió ni se legisló sobre las diferencias existentes entre los contratos de cambio y los plurilaterales de organización[28].

Supliendo la omisión de la referida distinción, la LSC regula la materia nulificatoria en su ordenamiento. Así, prevé causales específicas y, parecería ser, taxativas, que importan la nulidad con efectos *ex nunc*[29], y que cuando no son subsanables y subsanadas, conllevan como efecto jurídico específico la liquidación de la sociedad, excluyendo la aplicación del Art. 1050 del Cód. Civil[30]. Todo bajo el manto del principio general de conservación de la empresa y de la sociedad que impone el artículo 100 LSC.

Estas reglas no son distintas en el derecho comparado. Así, la Primera Directiva Comunitaria Europea[31], estableció, además del carácter *ex nunc* de la declaración de nulidad, el carácter taxativo de las causales allí previstas. Con respecto al derecho Español, que implementó estos principios en 1989[32], Fernandez Ruiz explica el fundamento de la taxatividad considerando que “lo que se trata es de aplicar la nulidad de la sociedad anónima con sentido sumamente restrictivo para impedir la liquidación de la misma una vez que está actuando en el tráfico mercantil, aunque viciada [...]. En suma, hay que proceder con cuidado en esta materia y de ahí que las causas de nulidad de la sociedad anónima [...], sean *numerus clausus* porque la declaración de aquélla mediante sentencia produce la liquidación de la sociedad anónima, siguiéndose el procedimiento de la disolución y eso es precisamente lo que se trata de evitar”[33].

El mismo carácter tiene la enumeración de causales de nulidad en derecho Italiano[34]. Galgano destaca al respecto que “sólo en esos casos se aplica hoy el principio de la conversión de las causas de nulidad de la escritura de constitución en causas de disolución de la sociedad; cualquier otra posible anomalía de la escritura de constitución, aún cuando consista en la violación de normas legales imperativas, definitivamente queda saneada con la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas”[35] [36].

La referida incongruencia entre el instituto civil de la simulación y el régimen de las ineficacias societarias fue advertida por Le Cannu. Escribe este reconocido autor francés que “son por tanto las sanciones de la simulación que resultan aplicables, es decir la inoponibilidad de los terceros del acto secreto (artículo 1321, Código Civil), y no la nulidad de la sociedad”[37].

En el plano nacional, Palmero enseña que en la respuesta a esta cuestión “debe tenerse en cuenta [...] que la invalidación inferida de la nulidad propaga sus efectos tanto hacia atrás como hacia adelante, debido a la sanción civil impuesta al acto afectado, remedio a nuestro criterio desaconsejable cuando se busca subsanar defectos constitutivos asentados sobre vicios de la voluntad al momento de la creación de una sociedad anónima”[38].

### 3.2. Reflexiones parciales respecto de este título

Para concluir el presente título conviene transcribir por ilustrativas las palabras de Palmero al decir que, “en definitiva, son los actos y no las personas las que pueden ser alcanzadas por los efectos invalidatorios propios de la nulidad. Si el remedio no resulta compatible con su propia naturaleza, debe entonces pensarse en otra solución”[39].

#### **IV. El artículo 54 párrafo 3 de la LSC: posible solución societaria que equilibra los intereses en juego [\[arriba\]](#)**

Tal como se anticipó, el hecho de que las personas jurídicas no sean susceptibles de padecer del vicio de simulación, no obsta a considerar y juzgar cómo se la conduce o utiliza una vez en funcionamiento. El ente en sí mismo es neutro, mas detrás del mismo hay siempre intereses humanos y hombres que dirigen su voluntad durante su vida. Es innegable que el derecho no puede permanecer indiferente cuando en razón del amparo de esa neutralidad del concepto jurídico de persona se dan consecuencias adversas al fundamento del reconocimiento de la personalidad.

En otras palabras, se entiende que la personalidad de la sociedad como distinta de la de sus socios -culminación de una elaboración cada vez más concluyente lograda tanto en el plano doctrinario[40] como en el legislativo[41]- es un principio que, si bien válido, no es absoluto[42]. A la par de tal avance científico, no dejó de advertirse que las sociedades así como pueden constituirse en instrumentos claves para el desarrollo económico también son de especial utilidad para aquellos que, tras el enmascaramiento de una imputación jurídica de segundo grado, buscan fines distintos a los autorizados por el legislador.

Es en éste contexto fáctico que se inserta la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica regulada en nuestro derecho, a partir de la sanción de la ley N° 22.903 en 1983, en el artículo 54 párrafo 3 LSC[43] [44]. Nótese que dicha ley pudo haber previsto dos tipos de sanciones: la nulidad o la inoponibilidad (o ineficacia parcial). Más es en este último campo sancionatorio donde ubicó los casos en cuestión[45]. Como lo sostiene Manóvil, el efecto es la privación parcial de los efectos sólo frente a terceros, en particular frente al tercero perjudicado, destacando que no se trata nunca de una nulidad[46].

La adopción de dicha sanción en lugar de la nulidad no es casual sino que responde a la especial particularidad del negocio societario. Su diferencia con la nulidad radica en que ésta vuelve ineficaz el acto *erga omnes* privándolo de todos sus efectos mientras que la inoponibilidad mantiene la validez del acto entre las partes y respecto de algunos terceros pero no con relación a otros terceros, que pueden oponerse a que el acto sea eficiente o productor de efectos a su respecto.

Por tanto, es el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad como un capítulo específico dentro del derecho societario de la teoría general de la ineficacia de los actos jurídicos que, al adaptarse al negocio societario, proporciona solución distinta a la prevista por el Código Civil frente a supuestos fácticos similares (pero, se repite, no idénticos).

Lo que se pretende, así, es la inoponibilidad de la personalidad jurídica por incumplirse, a través de la relación asociativa negocial personalizada, la licitud buscada por el ordenamiento en su pauta de conductas humanas. La finalidad del instituto es, por todo lo dicho precedentemente, dejar de lado la regulación legal específica que bajo la existencia de determinadas condiciones legalmente establecidas reconoce el legislador -sin desmerecer con una nulidad privando de todo efecto positivo el negocio societario cuando la utilización de una imputación diferencia -consagrada por el artículo 33 del Código Civil y el artículo 2 LSC- se ejerce apartándose de aquellas condiciones que el legislador regula.

## V. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

En virtud de lo desarrollado en el presente, se advierte que no resulta evidente la posibilidad de que las personas jurídicas constituidas en cumplimiento de los recaudos expresamente previstos en el ordenamiento societario padezcan del vicio de simulación previsto en el artículo 955 del Código Civil, al menos en forma automática como pareciera surgir de ciertos pronunciamientos referidos en la Introducción. Resulta al menos digno de mencionar que no reviste una lógica irrefutable mirar para atrás y decir que lo que nació no era persona sino tan sólo una fachada.

Ello, atento que el nacimiento de un sujeto de derecho independiente deviene inexorable luego de cumplidas las formalidades prescriptas por la ley y torna jurídicamente irrelevantes las intenciones que motivaron su génesis. Salvando las diferencias, debe tenerse presente que a nadie ocurriría plantear un supuesto de simulación y nulidad con respecto a una persona física. Simplemente a fin de sembrar la duda, y con perdón del ejemplo -que se advierte sumamente extremo, casi burdo- es dable considerar que nunca se escuchó una frase tal como que “el Sr. Tal es simulado y, ergo, nulo”. Podrán en todo caso considerarse simulados y nulos actos jurídicos. Mas no los sujetos que resulten de aquéllos cuando se cumplieron todos los recaudos expresamente previstos en materia de constitución de sociedades.

Empero, lo dicho no obsta a considerar y juzgar cómo se conduce o utiliza al sujeto de derecho así creado. Ello por cuanto el derecho no permanece indiferente cuando en razón del amparo de esa neutralidad del concepto jurídico de persona se dan consecuencias adversas al fundamento del reconocimiento de la personalidad. No obstante, cuando así ocurra, corresponderá ponderar los institutos en juego: por un lado, los fines previstos en el ordenamiento para reconocer imputación diferenciada y, por el otro, la seguridad del tráfico y el principio de preservación de la empresa para apreciar que existe una solución que equilibra los intereses en juego de manera tal vez más acertada y a medida societaria que una acción de simulación, cual es la inoponibilidad de la persona jurídica para un caso particular prevista en el artículo 54 párrafo 3 de la LSC.

## **Bibliografía**

1. ASCARELLI, Tulio, *Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante*, Società Editrice del "Foro Italiano", Roma 1931, Vol. Primo, p. 25;
2. BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, T. 4, p. 391;
3. BIAGOSCH, Facundo, "Sociedad de un solo socio. Empresario individual de responsabilidad limitada", ponencia en VI congreso argentino de derecho societario, publicado en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, pp. 705 y ss.;
4. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino-Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, t. II, N° p. 355;
5. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario Parte General; Sociedades nulas, irregulares y de hecho*, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1997, T. 6;
6. CÁMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, Ed. Depalma, 1958, p. 127;
7. COLOMBRES, *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, 1972, pp. 168 y ss.;
8. COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Comercial*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, Pto. II, p. 31;
9. ETCHEVERRY, *Formas Jurídicas de Organización de la Empresa*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.989;

10. FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis, *La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español*, Ed. Estudios de Derecho Mercantil, 1991, p. 20;
11. GALGANO, Francesco, *Derecho comercial, Sociedades*, Temis, Bogotá, Colombia, 1999, pp. 263-264;
12. HADDAD, Jorge, "Hacia una adecuada conceptualización del instituto; de la subsanación", ponencia en VI congreso argentino de derecho societario, publicado en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, pp. 655 y ss.;
13. HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 73 y *Curso de Derecho Comercial*, 3ª. Ed., p. 225 ;
14. LE CANNU, Paul, *Droit des sociétés, Montchrestien*, París, 2003, p. 88;
15. MANÓVIL, Rafael, *Grupo de Sociedades*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998;
16. MATTA Y TREJO, Raúl, "En torno al control administrativo en la constitución de sociedades anónimas", LL 1979-C-285;
17. NISSEN, Ricardo, *Ley de sociedades comerciales*, Ed. Abaco, Buenos Aires, T. 1;
18. OTAEGUI, Julio, "Accionista único", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Depalma, 1968, año 1, p. 289;
19. OTAEGUI, Julio, *Concentración Societaria*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1.984;
20. PALMERO, Juan Carlos "Negocio jurídico indirecto. Simulación de la sociedad anónima", LL 2005-E-1040;
21. RACCIATI, Hernán - ROMANO, Alberto, "Nulidades Societarias y mecanismos de subsanación (reflexiones de lege lata y lege ferendo)", ponencia en VI congreso argentino de derecho societario, op. cit., pp. 625 y ss.;
22. *Revista del Colegio de Público de Abogados de la Capital Federal*, Suplemento LL N° 7, agosto 2001, p. 14.
23. RICHARD, Efraín, "¿Nulidad absoluta de sociedad?", ponencia en VI congreso argentino de derecho societario, publicado en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, pp. 645 y ss.;
24. SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P., *Sociedades Anónimas*, Ed. Abaco, p. 94;
25. SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1957, t. 3, p. 315;
26. SUAREZ ANZORENA, Carlos, "Personalidad de las sociedades", *Cuadernos de Derecho Societario* (Zaldívar y otros), T. I, Cap. III, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 149;
27. WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht*, T. I, Ed. CH Beck, Munich, 1980, pp. 147-8;
28. YADAROLA, Mauricio, "El negocio indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista", publicado en *Homenaje a Yadarola*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 371;
29. ZALDÍVAR, Enrique, *Cuadernos de Derecho Societario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, Vol. I, N° 37.2, p. 62 a 73.

---

[1] Cfr. en particular resolución N° 1063, "Nanbil S.A.", 30/08/04; resolución N° 260, "Western Lauzen S.A.", 16/03/06; resolución N° 1270 "Fracchia Raymond S.R.L.", 12/10/2004. Ésta última, si bien se trató de la denegación de inscripción de una sociedad, predica conclusiones interesantes en torno al debate eje de este trabajo.

[2] Cfr. CNCom., sala B, "Dotal S.A.C.I.F.I. v. Musimessi, Emilio y otros", 27/12/05; CNCom., sala B, "Arcuri Gustavo Adrián c. Univers Electronic S.A. y otros s/ ordinario", 19/06/01; CNCom., sala E, "Fracchia Raymond S.R.L.", 03/05/05. Ésta última, si bien se trató de la denegación de inscripción de una sociedad, predica conclusiones interesantes en torno al debate eje de este trabajo.

[3] Artículo 955 del Código Civil: "La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos

a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

[4] Cfr. HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 73 y en *Curso de Derecho Comercial*, 3ª. Ed., p. 225; ZALDIVAR, Enrique, *Cuadernos de Derecho Societario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, Vol. I, N° 37.2, p. 62 a 73; COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Comercial*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, Pto. II, p. 31; SASOT BETES, Miguel y SASOT, Miguel *Sociedades Anónimas*, Ed. Abaco, p. 94; MATTA Y TREJO, Raúl, "En torno al control administrativo en la constitución de sociedades anónimas", LL 1979-C-285.

[5] Últimamente, la cuestión ha merecido especial interés en casos de sociedades “de cómodo” o unipersonales. Sin perjuicio de ello, también se ha considerado simuladas o ficticias ciertas sociedades en razón de causas vinculadas a legítima hereditaria o sociedad conyugal bajo principios de justicia. Cfr. CvNCom. sala A, "Astesiano", 27/02/78, LL 1978-B-195; CApelCC., Concepción del Uruguay, "Morrogh" 09/02/79, LL 1979-D 236; CNCiv. sala C., "Casaña, Ofelia s/ Sucesión testamentaria", 13/10/87, ED 28/05/88.

[6] Aunque de enorme vinculación con el tema, se dejarán asimismo de lado las conclusiones allegadas por juristas de gran talla en relación con el negocio fiduciario o negocio indirecto como justificativo de la constitución de sociedades con prestanombres y testaferros. Para una síntesis de dichas posturas, cfr. PALMERO, Juan Carlos "Negocio jurídico indirecto. Simulación de la sociedad anónima", LL 2005-E-1040.

[7] Cfr. SUÁREZ ANZORENA, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, (Zaldívar y otros), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T.I, 1978, reimpresión, p. 157.

[8] Cfr. nota al pie N° 4.

[9] El denominador común de la doctrina que se inclina por la afirmativa radica en que sería una suerte de despropósito axiológico para un determinado ordenamiento legislativo acordar legitimidad a una mera formalidad externa u ostensible, vacua en sí misma de contenido, ya que oculta un acuerdo que expresa una intención completamente diferente de lo que en definitiva se muestra a los demás. Cfr. CNCom., sala E, "Fracchia Raymond S.R.L.", 03/05/05, LL 2005-D-189.

[10] Cfr. ASCARELLI, Tulio, *Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vivante, Società Editrice del "Foro Italiano"*, Roma 1931, Vol. Primo, p. 25; YADAROLA, Mauricio, "El negocio indirecto y la sociedad anónima de un solo accionista", publicado en *Homenaje a Yadarola*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 371; SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1957, t. 3, p. 315; CÁMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, Ed. Depalma, 1958, p. 127.

[11] Entre ellos, cfr. PALMERO, Juan Carlos, "Negocio jurídico indirecto. Simulación de la sociedad anónima", LL 2005-E-1040; con variantes, cfr. OTAEGUI, Julio, "Accionista único", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Depalma, 1968, año 1, p. 289.; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino-Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, t. II, N° p. 355.

[12] La referida sustancialidad ha sido claramente expuesta por Palmero quien sostiene que “la contraposición entre forma y sustancia, se desvanece por la naturaleza del contrato plurilateral de organización, ya que al tener que adecuarse en su etapa genética al cabal cumplimiento de todos y cada uno de los recaudos establecidos por la ley a estos efectos, ese procedimiento una vez cumplido da lugar por sí mismo a la aparición de una entidad ontológicamente sustentable, es decir, un sujeto de derecho cuya actividad resulta y adquiere una presencia y virtualidad institucional indiscutible, más allá de la intencionalidad psicológica o individual de quienes participaron del mismo. PALMERO, op. cit. p. 1045.

[13] BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, T. 4, p. 391.

[14] Cfr. PALMERO op. cit. p. 1046.

[15] A mayor abundamiento, si se cumplen los recaudos exigidos por la ley para la constitución de sociedades, parecería que no cabe sino interpretar que se pretende constituir una sociedad. Ascarelli recuerda una sentencia de la Corte de Casación italiana del año 1928, en la cual se predicó que "el hecho de proceder a la constitución de una sociedad anónima con la intención de alcanzar un determinado objetivo, cualquiera sea, importa la necesidad de una consciente y

deliberada voluntad de formar y dar vida a la sociedad para alcanzar el objetivo deseado. ASCARELLI, op. cit., pp. 25 y 69.

[16] GIANCARLO FRÈ, “*Società anonima con un solo azionista*”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1929, T. I, p. 215, citado por YADAROLA, op. cit., p. 429.

[17] ROUSSEAU, nota crítica al fallo de Cass. reg. 13 de mayo de 1929, S 1929, I, 289, en SATANOWSKY, op. cit. p. 333. En igual sentido, Ascarelli, op. cit. p. 68/9 y YADAROLA, op. cit., p. 435.

[18] Así, Palmero sostiene que “al pretender simular el contrato constitutivo para hacer ostensible la pluralidad [...], tuvieron que integrar realmente el capital social mediante la efectivización de los aportes que les corresponde efectuar conforme a su proporcionalidad accionaria, [...] por lo que tales comportamientos individuales -más allá de lo que a ellos subyace-, terminan insuflando vida institucional a su determinación aparente mediante la creación de un sujeto colectivo”. PALMERO, op. cit. p. 1045.

[19] Ello, sin entrar en la controversia relativa a si la actuación del Registro Público de Comercio es constitutiva, declarativa, o si sana o no los defectos del contrato, lo cierto es que celebrado e inscripto un contrato de sociedad, es dable tener presente la necesidad referida en este subtítulo.

[20] CÁMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, Ed. Depalma, 1944, p. 155

[21] El mencionado autor consideró que si la autoridad de contralor ha otorgado mediante un acto administrativo de carácter público la personería jurídica a una entidad, esa determinación excluye cualquier supuesto de simulación, ya que la intervención del ente oficial legitima y da vida a un ente abstracto o centro de imputación autónomo e independiente de la voluntad de cada uno de sus componentes, todo ello con trascendencia institucional respecto de sus miembros o componentes. Cfr. FERRARA, Francesco, citado por PALMERO, op. cit., p. 1040)

[22] SATANOWSKY, op. cit., pp. 318-319.

[23] Al decir de Raad, en cita efectuada por Palmero, la apariencia reviste mayor gravitación e importancia en el derecho moderno, a punto tal que, aun en los países donde se le acuerdan efectos constitutivos a la inscripción registral de las sociedades, se ha llegado a reconocer la personalidad de sociedades que no cumplieron con este recaudo pero que, en los hechos, desarrollaron una actuación común frente a terceros. Todo ello, por cierto, en preservación de la buena fe y de la estabilidad de los negocios patrimoniales, cumpliéndose de esta manera una suerte de camino inverso a partir de la realidad fáctica en dirección hacia el reconocimiento final de la subjetividad jurídica. Cfr. Raad, Nabil, *L' Abus de la Personnalité Morale en Droit Privé*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1991, T. 48, p. 49, citado por PALMERO, op. cit. p. 1047.

[24] Artículo 226: “[Títulos valores: principios] - Las normas sobre títulos valores se aplican en cuanto no son modificadas por esta ley”.

[25] Cfr. PALMERO op. cit. p. 1054.

[26] Artículo 1050 del Código Civil: “la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado”.

[27] BORDA, op. cit. p. 358 y 359.

[28] Claro ejemplo de la falta de distinción entre unos y otros son los artículos 1049, 1053, 1054 y 1055 del Código Civil, que, por lo general, hacen referencia a dos partes, a actos bilaterales y a prestaciones recíprocas. Por tanto, ya lo dice la doctrina, la extrapolación de institutos nulificatorios al ámbito societario debe hacerse con sumo cuidado, por no decir evitarse cuando la LSC contemple una solución expresa al respecto.

[29] Así lo entiende la totalidad de la doctrina. En este sentido, v.gr., en cuanto a la irretroactividad de cualquier nulidad, por no poder “desaparece[r] retroactivamente la personalidad del ente”. SUAREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, *Cuadernos de Derecho Societario* (Zaldívar y otros), T. I, Cap. III, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 149. Al respecto tiene dicho Colombes que “la aplicación al derecho de sociedades de los principios de nulidad clásica o civil produce efectos ciertamente catastróficos. La ineficacia *ex tunc* que ella determina, al invalidar con efecto retroactivo todas las consecuencias directas e

indirectas del negocio viciado, da lugar a intensos perjuicios en múltiples aspectos”. COLOMBRES, *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, 1972, pp. 168 y ss.. Este último autor cita asimismo a AULETTA, quien enseña que “la gravedad e inequidad de tales consecuencias no precisan grandes comentarios. A los socios se les crea una situación tal, como si no hubiesen realizado contrato alguno. Todas las consecuencias recaerán sobre los terceros, que no tienen noticia, ni culpa alguna de la nulidad de la sociedad. Éstos verán afectada por la ineficacia, frecuentemente después de un largo período de tiempo, las relaciones con la sociedad, y no bastarán para compensarlas, las acciones de resarcimiento contra los administradores, el patrimonio de los cuales no será con frecuencia suficiente para resarcirles los múltiples daños y las consecuencias producidas por la ineficacia de todas las actividades sociales [...]. Así se quitará toda seguridad al comercio [...] Ésta es la razón profunda de un vasto movimiento doctrinal y jurisprudencial encaminado a dictar una regulación más conformes a las necesidades de la práctica”. AULETTA, citado por COLOMBRES, op. cit. pp. 168).

[30] A ello agrega el supuesto específico de vicios en el vínculo, que se rige por las reglas de los contratos plurilaterales, con preservación de la sociedad y el régimen diferenciado para la impugnación de actos orgánicos, el régimen propio de la irregularidad para los supuestos de falencias formales.

[31] Dictada el 9 de marzo de 1968 y dirigida a hacer equivalentes las garantías que en los Estados miembros se exigen a las compañías, posteriormente adoptada por los Estados miembros [32] Mediante el Texto Refundido del 22 de diciembre de 1989. Fernández Ruiz explica, que “las causas [de la nulidad] son *numerus clausus* porque fuera de los casos enunciados en el artículo 34 del TR de la LCA [...], no puede declararse la nulidad de la sociedad”. FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis, *La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español*, Ed. Estudios de Derecho Mercantil, 1991, p. 20.

[33] FERNÁNDEZ RUIZ, op. cit., p. 21.

[34] Allí, el primer apartado del artículo 2332, impuesto por las instrucciones del Consejo de Ministros de la Comunidad, si bien admite la posibilidad de pronunciar la nulidad de la sociedad en época posterior a la inscripción en el registro de las empresas, la limita a los casos allí expresamente previstos.

[35] GALGANO, Francesco, *Derecho comercial, Sociedades*, Temis, Bogotá, Colombia, 1999, pp. 263 y 264

[36] En Alemania, Wiedemann, luego de señalar que en el derecho nacional como extranjero se observa un relevante giro en materia de nulidades societarias, escribe que “las codificaciones europeas en general y el BGB en particular utilizan la nulidad en forma generosa y amplia. Sin embargo, las pertinentes disposiciones legales resultaron ser en parte de imposible implementación y, en parte, inadecuadas en su sustancia. Las relaciones jurídicas de duración, pese a las falencias que las afecten, deben ser tratadas como existentes, en todos los casos para el pasado, y en parte también para el futuro. Es imposible un simple desarrollo en reversa porque la prestación no se abstrae del devenir del tiempo y, por ello, no puede ser retrotraída. WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht*, T. I, Ed. CH Beck, Munich, 1980, pp. 147-8.

[37] LE CANNU *Droit des sociétés, Montchrestien*, París, 2003, p. 88.

[38] PALMERO, op. cit., p. 1054.

[39] *Idem*, op. cit., p. 1055.

[40] COLOMBRES, op. cit., p. 39.

[41] El principio de la existencia independiente de una compañía es de la mayor importancia en la Ley de Sociedades. MORSE, Geoffrey, *Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 25.

[42] SUÁREZ ANZORENA, op. cit. p. 156.

[43] Morse sostiene que existen excepciones al principio de la separación de la personalidad, en las cuales el velo de la sociedad es corrido y entonces la ley deja de lado la entidad y presta atención, en cambio, a las realidades económicas detrás de la fachada legal (*legal facade*). MORSE -op. cit., pp. 26-7.

[44] Cfr. COLOMBRES, op. cit., pp. 39-40 y 51; OTAEGUI, Julio, *Concentración Societaria*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1.984, p. 470; ETCHEVERRY, *Formas Jurídicas de Organización de la Empresa*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1.989, g. 31; Revista del Colegio de Público de Abogados de la Capital Federal, Suplemento LL N° 7, agosto 2001, p. 14.

[45] Se sanciona la falta cometida sin destruir aquellos de la personalidad para otros actos en el presente y en el futuro, sostiene Etcheverry -op. cit., p. 31- y cita a Fargosi, que expresa que no se afecta la plena vigencia y efectos de la

personalidad jurídica de las sociedades comerciales sino que se regula su alcance y se sanciona el uso antifuncional o disvalioso de la misma tanto por el socio como por el controlante. ETCHEVERRY, op. cit., p. 31.  
[46] MANÓVIL, Rafael, *Grupo de Sociedades*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1017.

© Copyright: Universidad Austral