



LA ACTUACION DE "TESTAFERROS" EN EL DERECHO SOCIETARIO. EL SOCIO APARENTE Y EL SOCIO OCULTO.

POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (PATER) Y
EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H).¹

1.-INTRODUCCION.

Puede decirse que desde que existe una sociedad humana organizada con cierta complejidad se ha acudido al auxilio de "testaferros", "prestanombres" u "hombres de paja", para encubrir la titularidad de bienes o el ejercicio de actividades por parte de sujetos que por diversos motivos, generalmente espurios, no desean que se conozcan.

Nuestro Código de Comercio, cuando en su art. 1º define a los comerciantes como aquellos que "ejercen por cuenta propia actos de comercio", ya permite diferenciar al comerciante verdadero del comerciante aparente, o típico "testaferro" de un comerciante oculto.²

El presente trabajo pretende limitarse a la actuación de los testaferros en el ámbito societario teniendo como marco de referencia lo establecido por la ley vigente en materia

¹ Se agradecerá la remisión de comentarios a la dirección: emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com

² Ver Zavala Rodríguez, C.J. "Código...", tomo I, Bs.As. 1964, Ed. Depalma, pag. 18, nro.19, donde sostiene que la actuación por testaferro atribuye al titular oculto la calidad de comerciante y que entre ambos existe un mandato, al que es ajeno el tercero co-contratante.



de “socio aparente” y “socio oculto” e intenta armonizar sus soluciones con las del propio derecho societario, con las del derecho civil y con las del régimen concursal.

2.-LOS TESTAFERROS Y EL DERECHO SOCIETARIO.

Si bien son varias las titularidades que pueden detentarse individualmente mediante el “testaferro” directo de una persona física, las sociedades comerciales presentan un mayor atractivo en tanto la propiedad oculta de las participaciones sociales (partes de interés, cuotas o acciones) permite una doble titularidad indirecta lo que dificulta la investigación sobre la titularidad real.

En dicho ámbito de actuación deben ubicarse las titularidades societarias para ocultar propiedades con finalidades de evasión familiares, patrimoniales o fiscales.

A ello se suma el hecho de que dentro del propio régimen societario, mediante la utilización de testaferros, hombres de paja o prestanombres, se pueden también vulnerar las reglas que restringen o sancionan la unipersonalidad o las que establecen determinadas incompatibilidades o responsabilidades a los socios.

Ahora bien, el empleo de testaferros (socios aparentes) si bien busca dar seguridad por vía del anonimato de los principales (socios ocultos), quienes logran así ocultar sus calidades de socios verdaderos, posee sus propios riesgos.

En efecto, las personas físicas como testaferros presentan muy particularmente el denominado “costo de agencia”, o sea el riesgo de que el testaferro actúen en su propio interés y no en el del principal, lo que generalmente se presenta cuando se trata de una



persona avezada en los negocios a la que se promete, además, una participación en los resultados.³

En cambio, si el perfil del testaferro es el de una persona desocupada o sub-ocupada, poco instruida, carente de bienes y que se limita a firmar lo que se le solicita a cambio de una retribución fija, el riesgo se traslada a su imposibilidad de mantener el secreto sobre la titularidad real en caso de que llegue a ser interrogado en juicio civil o penal.

Por otro lado, si el testaferro es un pariente, existe la posibilidad de que sea detectado el vínculo y de que no pueda acreditarse su solvencia económica o idoneidad para la operación.

Finalmente, la posibilidad de acudir a testaferros que sean personas jurídicas ha quedado seriamente limitada por las normas restrictivas y prohibitivas de la actuación de las sociedades "off shore" en el país a partir de la R.G. 7/03 de la Inspección General de Justicia de la Nación.⁴

Si bien dichas normas solo rigen en Capital Federal, y en algunas jurisdicciones del interior que las adoptaron, han introducido a nivel sociológico un estado general de sospecha que rige en todo el país y que desalienta su utilización.

3.-NORMATIVAS.

En el ámbito societario, el derogado art.299 del código de comercio establecía: "La persona que prestase su nombre como socio, o tolerase o permitiese poner o continuar su nombre

³ En estos casos puede haber un convenio escrito y un pacto de indemnidad a favor del testaferro.

⁴ Ver Favier Dubois (h). EM. "Sociedades "off shore". Necesidad de prevenir en todo el país su uso indebido", en "IX Congreso Argentino de D.Societario", Sta.Fe, 2004, Univ.de Tucumán, tomo I, pag.245, con la colaboración de Lucía Spagnolo y también: "La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore", en La Ley, año LXIX, nro.43, Rev.2-3-05, pag.8.



en la razón social, aunque no tenga parte en las ganancias de la sociedad, será responsable por todas las obligaciones de la sociedad que fuesen contraídas bajo la firma social, salva su acción contra los socios y sin responder a éstos por pérdidas o daños”.

Por su lado, el vigente art. 34 de la ley 19.550, dispone en su primer párrafo “SOCIO APARENTE: El que prestare su nombre como socio no será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tenga o no parte en las ganancias de la sociedad: pero con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare”.

En su segundo párrafo establece “SOCIO OCULTO: La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el art. 125”.

Finalmente, en lo que a la materia se refiere, el art. 19 del Anteproyecto de Reformas a la ley de Sociedades elaborado por la Comisión creada por resol. MJDH 112/08, postula sustituir el art. 34 de la ley 19.550 por el siguiente texto: “RESPONSABILIDAD POR LA APARIENCIA. SOCIO OCULTO: El que preste su nombre como socio o tolere que su nombre sea difundido como si fuese socio, no será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tenga o no participación en las ganancias de la sociedad; pero con relación a los terceros será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra la sociedad o los socios para ser indemnizado de lo que pagare. También responde ante terceros el socio que difunde o consiente la exposición de su nombre o el empleo de cualquier medio idóneo para generar confianza en la aparente solvencia de la sociedad por el implícito respaldo patrimonial que se sugiere, induciendo a equívocos conducentes a la concesión de recursos o de crédito”.⁵

⁵ Como se advierte el Anteproyecto suprime la responsabilidad ilimitada del socio oculto. En cambio, destaca la responsabilidad por apariencia societaria, sea en el rol de socio o de tercero vinculado, en propuesta aprobada por la doctrina: ver en Vítolo-Pardini (Coordinadores), “Nuevas perspectivas en el Derecho Societario y el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales”, Bs.As., 2005, Ed. Ad Hoc, las ponencias de las Dras. Marisa L. Pugliese (pag. 577) y Guillermina Tajan (pag.585).



Por su parte, en materia civil, deben destacarse las siguientes normas vinculadas a nuestro estudio.

Por un lado, en el ámbito de la simulación de los actos jurídicos, el art.959 del código civil que establece que “Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación”.

Por el otro, en materia de objeto del mandato, el art. 1.891 del mismo código que dispone que “El mandato de acto ilícito, imposible o inmoral, no da acción alguna al mandante contra el mandatario, ni a éste contra el mandante, salvo si el mandatario no supiere, o no tuviere razón de saber que el mandato era ilícito”.

4.-EL SOCIO OCULTO.

4.1.-Concepto.

Para Halperín-Butty el art. 34 de la ley societaria no hace referencia al supuesto de una sociedad interna sin actividad social externa (sociedad accidental o en participación), sino al caso de una sociedad exteriorizada en la cual uno de los socios no aparece entre los integrantes.

En tal situación, es socio oculto “aquel que ante terceros niega o esconde su participación en el contrato social”.⁶

⁶ Halperín-Butty “Curso de Derecho Comercial”, Vol.1, 4ª edición, Bs.As.2000, Ed.Depalma, pag.360.-



La jurisprudencia ha dicho que el socio oculto o socio “no ostensible” puede ser definido como aquél cuyo nombre no aparece en el contrato social o en el acto de registro cuando debiera hacerlo, porque ha intervenido en la creación del ente como socio y tiene interés social (participación en las ganancias y soportación de las pérdidas).⁷

La sustancia del “socio oculto” es la de que es un verdadero socio, o sea que ha hecho aportes para la formación del capital en los términos del art. 1º ley 19.550 (o adquirido una parte de capital con posterioridad y con fondos propios) y que, además, participa en las ganancias y en las pérdidas ejerciendo, como principal del socio aparente, los restantes derechos sociales (de información, políticos, económicos, etc.).

Debe ser distinguida la situación de “socio oculto-socio aparente” de la relativa al “socio del socio” a que alude el art. 35 de la ley 19.550 y cuyos efectos se analogan a la sociedad accidental o en participación.

En éste último caso el socio no es aparente sino real y se limita a dar una participación interna a un tercero sin dejar de ejercer sus derechos como socio.

Solamente en el supuesto de que se hubiera cedido al socio del socio el 100% de la participación la situación se trasladaría del art. 35 al art. 34 de la ley en tanto el cedente carecería de todo interés propio como socio y pasaría a ser un mero socio aparente del oculto cesionario.

4.2.-Responsabilidades.

⁷ C.N.Com., Sala A, “30-8-07 “Adsur S.A. c/Sant Luis s/ordinario”.



Conforme al último párrafo del art. 34 L.S., la responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida por el art. 125 L.S., o sea como el socio de la sociedad colectiva cuya responsabilidad es, además, subsidiaria.

El fundamento de la sanción legal es el de evitar el engaño y fraude a los acreedores, por la participación clandestina en la explotación del objeto social, sin correr los riesgos consiguientes.⁸

Sin embargo, sostiene Anaya que la mayoría del espacio que se atribuye en los diversos ordenamientos al “socio oculto” hoy se encuentra ocupado por el “controlante”, sea socio o no, en todos los tipos societarios, y que el punto de inflexión se encuentra en el “poder de decisión y su ejercicio acorde con el interés social y el respeto a las normas que rigen la actividad social, claramente demarcado por los arts. 54, ley 19.550 y 161, ley 24.522.⁹

Por tales fundamentos considera sin contenido a la actual sanción y postula su expresa derogación en el Anteproyecto de Reforma Societaria.¹⁰

Por nuestra parte nos permitimos disentir con nuestro calificado maestro y amigo en tanto entendemos que, bajo la ley vigente, la clandestinidad del socio oculto es una situación específica que debe ser sancionada con independencia de la configuración de los presupuestos para la desestimación de la personalidad o extensión de quiebra por conducta torpe.

En el punto, no consideramos adecuado acudir a las reglas de las reformas no inscriptas (art.12 L.S.), ni a las de las cesiones no registradas (art.152 L.S.) en tanto la situación de

⁸ Halperín, Isaac “Sociedades Comerciales”, Bs.As., 1966, Ed. Depalma, pag.123, nro.19.

⁹ Ver el erudito trabajo de Anaya, Jaime “El enigma del socio oculto”, en RDCO, año 41, nro. 2008-A, pag. 71 y stes.

¹⁰ Ver cap.3.



socio oculto, de naturaleza voluntaria e intencionalmente subrepticia, no es asimilable al adquirente de una participación social aún no registrada.

4.3.-Diversos supuestos en la jurisprudencia.

-En un fallo se consideró que era socio oculto el ex socio gerente de una SRL que se desvinculó incorporando administradores sin residencia en el país pero que seguía actuando por la sociedad, sosteniéndose que tal actuación hace presumir su participación en los beneficios y en las pérdidas¹¹

-En otro fallo se consideró como socio oculto a quien luego de constituir una S.A. para desviar la clientela de una SRL de la que era socio, aparentó apartarse de la nueva sociedad para evitar ser calificado como en competencia desleal.

12

-En otro pronunciamiento se rechazó la pretensión del actor de ser tenido por socio oculto de una sociedad constituida por el demandado, a quien le exigía el cumplimiento de un convenio preliminar para la explotación de cierto negocio, con fundamento en el vencimiento del plazo para firmar el acuerdo definitivo y en la falta de emplazamiento de la sociedad en el juicio.¹³

¹¹ C.N.Com., Sala A, 26-12-97, “Alvear 1850 SRL s/quiebra s/inc.de extensión de quiebra”.

¹² C.N.Com., Sala A, “Mayéutica SRL c/Entrepreneur S.A. s/sumario”.

¹³ C.N.Com., Sala A, “Revoredo, Pedro Anibal c/ Molinero, Carlos Danilo s/ordinario”.



-También la jurisprudencia rechazó la devolución de un aporte hecho a cuenta de un aumento de capital que nunca fue formalmente aceptado por la sociedad, ni aumentado el capital ni inscripto el aumento, por parte de un tercero que, luego de tal aportación, se desempeñó efectivamente como socio al que por tal motivo se tuvo por socio oculto sin derecho a retirar su aporte.¹⁴

-Uno de los fundamentos sociológicos por los cuales la Inspección General de Justicia de la Nación rechaza la inscripción de poderes generales para administrar los negocios de una sociedad consiste en que éstos constituyen un instrumento por el cuál el socio oculto se inviste de representación sin asumir las responsabilidades como socio.

En esa línea, el art. 57 de la RG 7/05 dispone que la I.G.J. objetará la inscripción de cláusulas que prevean el otorgamiento de poderes generales de administración y disposición de bienes sociales.

-Finalmente, cabría preguntarse si el fiduciante en un fideicomiso de acciones¹⁵ puede ser considerado como socio oculto a efectos de exigírsele la responsabilidad del art. 34 L.S., o de plantearse las incompatibilidades respectivas.

Como regla la respuesta debe ser negativa sin perjuicio de señalar que la excepcional analogía requeriría en forma indispensable analizar hasta donde ha habido real “desapoderamiento” de las acciones y en qué medida el fiduciante continúa ejerciendo, por medio del fiduciario como socio aparente, los derechos como socio.

¹⁴ C.N.Com. Sala E, 30-3-03, “Granara, Juan Carlos c/Rodríguez Alvarez, Emilio s/ord.”

¹⁵ Ver Favier Dubois (h), E.M. “La sustentabilidad legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso”, en “Tratado Integral del Fideicomiso”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pag.319; en “Derecho de los Contratos” (Coord.F.Perez Hualde), Ed. Ad Hoc, Bs.As. 2008, pag.393, y en El Derecho del 3-8-08, pag.1.



5.-SOCIO APARENTE.

Por definición el socio aparente es aquél que presta su nombre para figurar como socio pero que no lo es. O sea que el socio aparente es el "testaferro" de un socio verdadero, que puede ser oculto o ser otro socio ostensible.

La ley señala con acierto que no basta el hecho de que participe en las ganancias para conferirle el carácter de socio verdadero ya que éste carácter solo podrá provenir de haber realizado aportes, de soportar los resultados (inclusive las pérdidas) y de ejercer el resto de los derechos sociales en posición igualitaria respecto de los demás (affectio societatis).

Normalmente el socio aparente es solo un prestanombre o gestor que encubre la existencia de un socio verdadero, lo que se enrola en un caso de simulación relativa (colorem habet substantiam vero alteram).

Pero podría ocurrir que, en rigor, el socio aparente no actúe por ningún otro socio sino que simplemente haya concurrido a hacer número. En tal caso sería una simulación absoluta (colorem habet substantiam vero nullam).

La responsabilidad del socio aparente, frente a terceros, es la de un verdadero socio no pudiendo invocar frente a ellos su condición de no socio verdadero.

En cambio, frente a la sociedad y a los otros socios el socio aparente no puede ejercer derechos sociales.

En tal sentido se rechazó la acción contra la sociedad y los otros socios por parte del socio aparente que, con motivo de la nominativización de las acciones, había sido desplazado de



su participación social sin su consentimiento, por cuanto tal apariencia había en rigor encubierto un vínculo regulado a través de un contrato de trabajo en cuya virtud nunca había ejercido los derechos de socio.¹⁶

Debe distinguirse la situación del socio aparente a que estamos aludiendo, o sea la de aquél que presta voluntariamente su nombre para figurar como socio en una sociedad de la que no es socio, de otras situaciones de apariencia vinculadas al defecto de registración.

Tal es el caso de los socios que han transferido sus partes sociales y, no obstante, siguen siendo responsables como socios frente a terceros mientras dichas transferencias no se hayan inscripto en tutela de la buena fe registral (art.92 inc.5º L.S.).¹⁷

La normativa del socio aparente constituye otra aplicación, en el ámbito societario, de la denominada "teoría de la apariencia jurídica", que no solo juega en materia de infracción a la representación plural (art. 58 L.S.) sino también en el caso del "administrador de hecho" cuyo obrar como verdadero administrador obliga a la sociedad a pesar del defecto, cese o inexistencia de su designación formal.¹⁸

6.-SOCIEDAD "DE COMODO".

¹⁶ C.N.Com., Sala B, 19-7-01, "Arcuri, Gustavo Adrián c/Univers Electronic S.A. y otros s/ordinario.

¹⁷ Ver Favier Dubois (h), E.M. "Los sistemas de responsabilidad societaria y su publicidad registral", en Rev.Doctrina Societaria y Concursal, Edit.Errepar, Bs.As., nro.63, pág.225.

¹⁸ Ver Favier Dubois (h), E.M. "El representante "de hecho" y la apariencia en la actuación societaria", en Revista Doctrina Societaria, Edit. Errepar, Nro. 105, págs. 202/209, agosto de 1996.



Se trata de una variante particular de la relación socio aparente-socio oculto en la cuál cualesquiera fuera el número de socios aparentes hay un solo socio real, oculto o no, o sea no hay pluralidad real de socios.

En tal caso, si la situación es inicial la sociedad es nula por simulación dado el defecto de pluralidad originaria (art.1º L.S.), no pudiendo el único socio invocar a su favor los efectos de la personalidad diferenciada y correspondiendo la liquidación del ente.¹⁹

Esta suele ser la ficción utilizada para constituír empresas individuales de responsabilidad limitada, en rigor sociedades unipersonales, cuya única finalidad sería permitir la limitación de la responsabilidad del único titular.

En cambio, si la situación es sobreviniente, la sociedad está sujeta a las reglas de la disolución, liquidación y responsabilidades por unipersonalidad desatendida (art. 94 inc.8º L.S.).

Encuadran en estas situaciones los supuestos de "unipersonalidad sustancial", o sea cuando la sociedad es de dos socios y el capital de uno es absolutamente insignificante frente al del otro (vgr. 99,99% vs. 00,01%), situación prevista por el art. 55 de la RG 7/05 de la I.G.J..²⁰

Se trata de la aplicación del principio contable de significatividad que también se aplica en las ciencias jurídicas.

¹⁹ C.N.Com., Sala E, 3-5-05, "Fracchia Raymond S.R.L", LL 4-7-05

²⁰ C.N.Com., Sala A, 27-6-06, "Inspección General de Justicia c/Boca Crece S.A. s/organismos externos", E.D. 13-8-07. Ver la responsabilidad labora en C.N.Trabajo, Sala I, 17-9-08, "Mena, Norma Cristina y otros c/CWComunicaciones S.A. y otros s/despido".



Cuando se trata de una sociedad de varias personas, la existencia de un socio aparente puede tener una relevancia especial si permite definir la existencia del tipo. Así una sociedad en comandita cuyo socio comanditado único sea hombre de paja o testaferro del comanditario, sera nula por carecer de un elemento esencial tipificante (art. 17 L.S.).

7.-ACCIONES DE TERCEROS Y SOCIOS ENTRE SI.

La acción de que disponen los terceros para desenmascarar al socio oculto es la acción de simulación por interposición ficta de personas.

A esos fines, puede acreditarse la existencia de un acuerdo fraudulento por medio de presunciones tales como las derivadas de la relación de parentesco o amistad de los involucrados y la falta de acreditación del origen de los fondos.²¹

La acción de simulación, a diferencia de la subrogatoria, es ejercida por los acreedores a nombre propio y se declaró procedente en un caso en el cuál un socio, luego de doce años de actuación cedió sus cuotas cuando era moroso de fuertes sumas y cayo al año en concurso civil, teniendo la cesión por objeto excluír las cuotas sociales de la prenda común de los acreedores, tratándose de una acción diversa a la pauliana pero que puede ser acumulada con ella.²²

Por su parte, las acciones que tienen entre sí el socio oculto y el socio aparente varían según el modo de instrumentar el negocio.

Pueden presentarse dos hipótesis diferentes según que la interposición sea ficticia o real. Si el tercero enajenante conoce la interposición de la persona, el acto adolece del vicio de

²¹ C.N.Com., Sala A, 30-10-07, "Maffi, Gustavo s/quiebra c/Schiavoni, Luis s/ordinario".

²² C.N.Com., Sala A, 14-4-72, "Giménez Zapiola, Carlos c/Alberto Giménez Zapiola, Horacio Giménez Zapiola y Rodolfo J. Moor"



simulación relativa; por el contrario, cuando el tradens ignora la real interposición el acto es válido; no hay allí simulación por lo cuál el mandante oculto que quiera fijar el destino final de los bienes en su patrimonio tendrá que recurrir a una acción de mandato contra el mandatario (testaferro) para que le transmita el bien.²³

Ello ocurre cuando, como es frecuente, el socio aparente o testaferro –por cuenta del principal o socio oculto- constituyó originariamente o recibió la parte social de un tercero que lo creía titular real de la relación, o sea, cuando la interposición de personas es real.

Coincidentemente se ha fallado que si el acto entre el socio aparente y el tercero (vgr. vendedor de acciones) importa una interposición real de personas, el mismo es válido y no adolece de simulación. En tales condiciones, si el principal tiene derecho a adquirir el bien enajenado no es por razón del acto otorgado a favor del testaferro sino del convenio paralelo celebrado con él, por ello la vía adecuada es la acción de cumplimiento de mandato (arts. 1904, 1090, 1911 y 1929 del código civil).²⁴

En el punto corresponde señalar que si bien el art. 1.891 del código civil niega acción entre partes en caso de mandato con objeto ilícito, el mandato entre el principal (socio oculto) y el testaferro (socio aparente) no tiene objeto ilícito ya que participar como socio en una sociedad comercial constituye una actividad lícita.

Lo que sí podría existir es causa ilícita para un obrar determinado (vgr. aprobar la gestión del socio oculto administrador con el voto del socio aparente, art. 241 L.S.) en cuyo caso no

²³ C.N.Com., Sala D, 4-2-08, “Sviatschi, Miguel s/quiebra c/Lopez, Celia s/ordinario”.

²⁴ Conf. C.N.Com., Sala B, 31-5-89, “Angeloro Enrique c/ Angeloro Daniel”; ídem, Sala B, 17-9-91, “Coutaz de Sirio, Ruth c/Antilopi, Adolfo y otro s/escrituración”.



habría acción para reclamaciones fundadas en dicho acto, además de la nulidad de la decisión asamblearia respectiva.²⁵

En consecuencia, entre socio oculto y socio aparente existen las acciones que derivan del mandato, sea para el cobro de retribución y reembolso de gastos y daños por parte del socio aparente como mandatario oculto contra su mandante, el socio oculto, o sea por rendición de cuentas y entrega de lo adquirido por el mandatario a exigir por el socio oculto como mandante.

Recordemos también que la ley societaria expresamente concede al socio aparente su derecho a ser indemnizado de lo que pagare a terceros (art. 34, primer párrafo, in fine), lo que es congruente con el deber del mandante de brindar indemnidad al mandatario (art. 1953 del código civil).

Ahora bien, en el caso de que el socio oculto hubiera transferido fictamente su participación social al socio aparente, la acción entre ambos para anular el negocio es la de simulación.

En tal caso, corresponde hacer lugar a la demanda del principal contra el testaferro, a cuyo nombre se había suscripto el capital inicial de la sociedad y registrado las acciones, condenando a éste a efectuar los trámites pertinentes para registrarlas a nombre del principal con fundamento en la necesidad de lograr la reconstrucción o recomposición del negocio simulado, descartándose la nulidad de la sociedad.²⁶

²⁵ C.N.Com., 1-6-95, "Lopez Rey, Carlos c/Filiar SRL s/sumario", ED 17-12-97.

²⁶ C.N.Com. Sala B, "Gago, Sergio c/ Lupori, Luis s/ordinario".



Al respecto, aún en caso de considerar a la simulación como ilícita –lo que depende de su causa no de su objeto- no regiría la prohibición del art.959 del código civil sobre la falta de acción entre partes ya que se configuraría la excepción de que la acción solo tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes obtengan ningún beneficio de la anulación.²⁷

8.-QUIEBRA DE LA SOCIEDAD Y DEL SOCIO.

8.1.-QUIEBRA DE LA SOCIEDAD COLECTIVA (U OTRA CON RESPONSABILIDAD ILIMITADA).

8.1.1. PROBLEMÁTICA GENERAL.

Dice el art. 160 de la ley 24.522 “La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”.²⁸

Según esta norma, la extensión alcanza a:

a) A los socios de sociedades comerciales que según la Ley 19.550 tienen responsabilidad ilimitada conforme al tipo social.-(Socios de sociedades colectivas,(art.125) comanditados en comanditas simples (art.134), o por acciones (art.315), capitalistas en sociedades de capital e industria (art.141)

b) A los socios de sociedades no constituídas regularmente, es decir, irregulares o de hecho, (art.23)

²⁷ Ver J.C. Rivera-G. Medina (Directores), “Código Civil Comentado. Hechos y actos jurídicos”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As-Sta.Fe, 2005, pag. 429.

²⁸ Seguimos en esto la obra de Favier Dubois (pater), E.M. “Concursos y Quiebras”, 2da. Ed. Actualizada, Buenos Aires, 2005, Ed. Errepar, pag. 305.



c) A socios de sociedades civiles, cuya responsabilidad, en principio, no es solidaria, pero si ilimitada (art.1747 Código Civil)

Prevalece la doctrina de que no alcanza a los socios que adquieren responsabilidad solidaria no por el tipo sino como sanción de *responsabilidad por actos aislados* (casos de los arts.136, 140, 142, 150, etc. de la Ley 19.550)

Sin embargo, estarían comprendidos cuando la infracción fuere **permanente**, o su ingerencia **habitual**.

La doctrina amplia, que propone la extensión ya se trate de responsabilidad original o derivada, tiene también numerosos adeptos.²⁹

Continúa diciendo el art.160: "Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo".

Por tal razón, entendemos que antes de extendersele la quiebra, el socio *debe ser citado a dar explicaciones* conforme al art.84 de la Ley concursal.³⁰

En sentido concordante, se ha sostenido que la extensión a los socios no debe decretarse

²⁹ GILS CARBÓ, Alejandra M. "Extensión de la quiebra a los socios ilimitadamente responsables", en VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, noviembre de 1995, libro de ponencias, Editorial Ad-Hoc, tomo III.

También: GARAGUSO. Horacio P. y ZAMPINI Nélica L. "Efecto de los procedimientos concursales sobre las sociedades", en el mismo congreso citado, T.III

³⁰ FAVIER-DUBOIS, Eduardo Mario, ponencia en el Congreso de Derecho Comercial de 1984.-Coincide HEQUERA, Elena Beatriz "El socio con responsabilidad ilimitada y la quiebra" en VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, noviembre de 1995, libro de ponencias, Editorial Ad-Hoc, tomo III. Ver también "La extensión de la quiebra al socio ilimitado o una criticable sanción agravada por una inexplicable mala praxis", en Errepar, DSE, nro. 126, mayo 98, T.IX, pag.1071.



automáticamente, sino que deben ser citados conjuntamente con el emplazamiento que se corra a la sociedad.³¹

Se ha sostenido que por aplicación de la regla del art.160 de la L.C.Q., si la desestimación de la personalidad de la sociedad, conforme con el art.54 de la Ley 19.550, conlleva a la imputación de la totalidad del pasivo social a la persona física controlante, el actual o sobreviviente estado de quiebra de aquella se propaga necesariamente y de forma automática a este último.³²

8.1.2.-EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA AL SOCIO OCULTO.

No caben dudas que por aplicación del art. 125 L.S., al que remite el art. 34 L.S., corresponde la extensión de la quiebra de la sociedad con responsabilidad ilimitada al socio oculto.

8.1.3.-EXTENSION DE LA QUIEBRA AL SOCIO APARENTE..

Corresponde extenderle la quiebra si se trata de un socio colectivo o comanditado en tanto será considerado por los terceros como verdadero socio con responsabilidad ilimitada, como es el caso del farmacéutico que aparece como socio comanditado en una sociedad en comandita simple y en rigor es un empleado del socio comanditario.³³

³¹ VAISER Lidia, "Quiebra automática del socio con responsabilidad ilimitada", en el Congreso citado en la nota anterior, Libro de ponencias T.III Vaiser.-

En igual sentido la ponencia de GARAGUSO Horacio P. y ZAMPINI, Nélica L.Libro de ponencias, T.III

³² BARGALLÓ, Miguel F. y FAVIER DUBOIS. Eduardo M. (h) "Desestimación de la personalidad y extensión de la quiebra al socio controlante", en el Congreso citado en las notas precedentes, libro de ponencias, T.III

³³ Ver C.N.Com., Sala E, 11-7-03, "Farmacia Dietrich SCS s/quiebra s/inc.de desvinculación promovido por Mejlman de Guerchicoff, Irene, con comentario de Favier Dubois (pater) titulado "Extensión de la quiebra al socio aparente", publicado en Errepar, DSE, 2004.



8.2.-QUIEBRA DE LA SOCIEDAD CON RESPONSABILIDAD LIMITADA.

La doctrina mayoritaria entiende que corresponde la extensión automática de la quiebra aún en el caso de tratarse de una sociedad de capital (SRL o SA), como sanción a la clandestinidad.³⁴

Por el contrario, si se trata de un socio aparente de una sociedad SRL o por acciones, la doctrina entiende que no corresponde extender su quiebra, salvo alguna propuesta disidente.³⁵

8.3.-RESPONSABILIDAD DEL SOCIO APARENTE COMO ADMINISTRADOR EN LA QUIEBRA DEL SOCIO OCULTO.

Ha sostenido la jurisprudencia que el síndico de la quiebra del socio oculto puede entablar acción contra el mandatario oculto (testaferro) en los términos de los arts. 173 y 174 de la ley 24.522 en tanto la limitación del art. 1912 del código civil (mandato con objeto ilícito) no obsta a dicha pretensión (C.N.Com., Sala A, 30-10-07 “Maffi, Gustavo s/quiebra c/Schiavoni Luis s/ordinario”).

9.-CONCLUSIONES.

De conformidad con las valoraciones precedentes, y dentro de la provisoriedad que impone la dialéctica de las ideas, formulamos las siguientes conclusiones:

³⁴ Ver Julia Villanueva “Apuntes sobre la quiebra refleja” en “Homenajea al Dr. Osvaldo J. Mafia”, IADC y FIDECEC, Truffat-Barreiro-Piossek-Nicastro (Coordinadores), Ed. Lerner, Bs.As., 2008, pag.521.

³⁵ Veáse la postura de Pablo Barbieri “Algunos apuntes sobre la extensión automática de la quiebra” quien entiende que la inclusión del socio aparente importa un fraude que debe ser sancionado, proponiendo una reforma legislativa en “Homenajea al Dr. Osvaldo J. Mafia”, IADC y FIDECEC, Truffat-Barreiro-Piossek-Nicastro (Coordinadores), Ed. Lerner, Bs.As., 2008, pag.449.



a.-Debe considerarse como socio oculto solo a quien se sustrae voluntariamente de figurar como socio a pesar de haber efectuado aportes, participar en los resultados y ejercer los derechos de socio. La categoría no es aplicable al caso de la cesión no inscripta de la calidad de socio.

b.-La responsabilidad ilimitada del socio oculto deriva en la ley vigente de su voluntaria clandestinidad, sin necesidad de acudir a la figura del controlante. Por su lado, la responsabilidad del socio aparente se funda en las reglas de la "apariencia jurídica" que tutelan a los terceros.

c.-La existencia de un solo socio real, sea éste oculto u ostensible, cualesquiera fuera el número de socios aparentes, convierte al ente en una sociedad "de cómodo", sujeta a las reglas de la unipersonalidad.

d.-Además de la acción de reembolso de lo pagado, prevista por el art. 34, primera parte in fine de la L.S., es posible el ejercicio de acciones recíprocas entre el socio aparente y el socio oculto con fundamento en las reglas del mandato y/o de la simulación según cómo se haya constituido la relación negocial.

e.-La quiebra de la sociedad, cualesquiera sea su tipo, implica la quiebra por extensión del socio oculto en los términos del art. 160 L.C.Q, el que debe ser emplazado específicamente a tales fines.

FINIS CORONAT OPUS.