



FRACCHIA RAYMOND S.R.L.

(CNSCom., Sala "E", 3 de mayo de 2005)

Dictamen de la Fiscal General de Cámara:

Excma. Cámara:

1.- Fracchia Raymond SRL apeló la resolución nº 1270 del Inspector General de Justicia. El funcionario denegó la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio hasta tanto recomponga la pluralidad sustancial de sus integrantes. Estimó que la distribución del capital en un 99,9999 % para un socio y 0,0001 para el otro, evidenciaba que se trata de una sociedad ficticia destinada a limitar la responsabilidad patrimonial de un único titular.-

2.- La apelante expresó sus agravios a fs. 43/7. Sostuvo que el inspector desconoce la realidad económica imperante en nuestro mercado, relativa a la sociedad unipersonal. Alegó la importancia de la costumbre como fuente del derecho comercial y que el Código Civil admite la simulación lícita. No obstante, señaló que no se trata de una simulación sino de un negocio jurídico indirecto. Sostuvo la apelante que la tendencia universal es la aceptación de las sociedades unipersonales y que el derecho societario argentino y el organismo de control se empeñan en no admitirlo. Por último, dijo que si el acto de constitución adolece de alguna clase de nulidad, ésta sólo puede ser declarada por un juez, a pedido de parte.-

3.- A mi modo de ver, el memorial sólo constituye una expresión de disconformidad con la resolución apelada, que no es idónea para el progreso del recurso. Ello es así, por cuanto el apelante no logra demostrar que lo resuelto por el Inspector se aparte del derecho vigente.-

3.1. A mi modo de ver, el inspector no ha exorbitado su competencia, como invoca la apelante. Ha ejercido sus funciones registrales, que conllevan el deber de realizar un control de legalidad, con fundamento en las disposiciones de los arts. 4, 6 y 7 ley 22.315; art. 34 Cód. de Comercio y art. 5 y 6 ley 19.550.-



En un contrato privado entre dos o más personas, las partes pueden elegir sus reglas de comportamiento y formas de interacción. Sin embargo, aún en el ámbito contractual, existen muchos actos en que los intereses involucrados suscitan el interés público o comprometen los derechos de terceros. Frente a ellos, el Estado toma un rol preponderante regulando ciertos aspectos de su instrumentación o ejecución.-

La observancia de los recaudos legales para constituir una sociedad no es disponible para los particulares. Si así fuera, el legislador no habría establecido una autoridad de control estatal para comprobar su cumplimiento (art. 6 LS y art. 3 Ley 22.315). Ello revela que la preocupación del Estado por el acatamiento de la ley, en esta materia, es de un grado mayor. No la ha dejado librada a la mera iniciativa de los particulares. La defensa de la legalidad asume tal relevancia pública que se ha encomendado su custodia a un órgano especial.-

3.2. En el caso, está fuera de discusión que la ley de sociedades establece como requisito esencial para su constitución, la pluralidad de otorgantes (arts. 1, 11 y conc. ley 19.550). La aserción del inspector, sobre que este requisito no es meramente formal, está fundada en lo dispuesto por el art. 37 LS, por derivación de la exigencia de integrar efectivamente los aportes. Sobre el particular, señaló Halperín, que la inclusión de la pérdida de la pluralidad como causal de disolución - que no estaba prevista en el Código de Comercio- vino a corroborar que se requieren por lo menos dos socios, reales, que deben mantenerse por toda la duración de la sociedad (conf. "Sociedades Anónimas", pág. 72, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978).-

A tenor de las normas mencionadas, estimó que está vedada en nuestro derecho la constitución de sociedades de cómodo. Según Cricenti, con esta expresión se designan dos categorías de sociedades: I) aquellas que presentan una desviación respecto al requisito objetivo de la causa (en el sentido de que tienen un propósito distinto del típico, de desarrollar una actividad económica con fines de lucro); II) aquellas que presentan una desviación respecto al requisito subjetivo de la pluralidad de socios (problemática de la sociedad con socio único). Se considera que en ambos casos, se trata de un uso indirecto de la sociedad, para obtener una finalidad que no es aquella asignada por la ley al ente y al contrato constitutivo (conf. Cricenti Giuseppe "I contratti in frode alla legge" pág. 273, Ed. Giuffrè, Milano, 1996).-



La doctrina italiana ha distinguido diversas hipótesis que pueden verificarse en los casos identificados como sub II), a saber: a) la pluralidad inicial de los socios es solamente ficticia; en realidad el accionista es único; b) la pluralidad de los fundadores es efectiva, sin embargo algunos socios asumen la obligación fiduciaria de transferir sus acciones a uno de ellos, que así se transforma en el único accionista; c) los otros socios, son sociedades controladas del único socio persona física; d) los socios fundadores son dos, pero uno tiene una participación casi total (en hipótesis del 99% y otro un porcentual irrisorio (por lo tanto, del 1%) (v. Cricenti, ob. Cit., pág. 280).-

En el caso, el inspector estimó que el porcentaje atribuido al segundo socio, de 0,0001%, es tan insignificante, que revela que su participación no es real. La apelante admite ese carácter ficticio. Dice expresamente que se trata de una empresa individual que busca beneficiarse con la responsabilidad limitada.-

En esas condiciones, considero que el recurso debe ser desestimado.-

4.- A mi modo de ver, el Inspector ha ejercido su deber de efectuar el control de legalidad, con fundamento en la ley vigente, ya que el rechazo de la inscripción se fundó en la falta de cumplimiento del recaudo legal relativo a la pluralidad de socios (art. 1 Ley 19550).-

El temperamento adoptado, en el sentido de considerar que no existe pluralidad de socios si la participación social es insignificante, constituye una interpretación de la ley aplicable que no cabe tachar de irrazonable. Recordemos que la "insignificancia" ha sido estimada en reiteradas oportunidades por los tribunales para privar a un acto de sus efectos o consecuencias jurídicas. Por ejemplo, para no calificar como abusivo el ejercicio de un derecho (CSJN, Fallos 308:1796); en caso de acción negatoria (CSJN, Fallos 185:105); de estupefacientes (CSJN disd. Fallos 313:1333); ante el despido por justa causa (CNAT, Sala VI, autos "Espinoza Graciela" del 31-5-94), etc.-

No desconozco que la doctrina también predica una interpretación contraria - igualmente válida- sobre que la ley no exige expresamente un porcentaje mínimo para la participación social. Sobre esa base, anteriores titulares del organismo admitieron la registración de sociedades en esas condiciones. Pienso que la adopción de uno u otro criterio, constituye una decisión propia de la política de control desarrollada por la autoridad de aplicación, que concierne a la esfera de su discrecionalidad.-



Considero, que mientras la política elegida por el titular halle fundamento legal y no sea arbitraria o irrazonable, su revisión se halla excluida del control judicial, por las razones que a continuación expongo

5.- Bidart Campos señaló que el principio de legalidad nos remite al principio de razonabilidad. El congreso cuando legisla, el poder ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable. El acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional. El derecho judicial emanado de la Corte Suprema en materia de control judicial de la razonabilidad se limita a verificar si el 'medio' elegido para tal o cual 'fin' es razonablemente proporcionado y conducente para alcanzar ese fin; pero no entra a analizar si ese 'medio' elegido pudo o puede ser reemplazado por otro que, igualmente conducente y proporcionado al mismo 'fin', resulte menos gravoso para el derecho o la libertad que se limitan" (Bidart Campos, Germán "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tº I, pág. 361, Ediar, Buenos Aires, 1993, y sigts).-

En este contexto es ejercido el poder de policía -en el caso, atribuido al Inspector General de Justicia- que debe ser entendido como el poder genérico y ordenador que tiene el Estado para que los derechos constitucionales sean ejercidos en forma armónica y compatible con los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (Bianchi, Alberto B. "El Estado de Sitio Económico", Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Tº 50, págs 13 y sigts., mayo, 1990).-

No sólo tiene una fase visible que sería la prohibición, sino que tiene además la iniciativa de proteger los derechos, que es precisamente su fundamento último. De tal suerte, que se busca a través de él un equilibrio entre los individuos que componen la sociedad.-

Se manifiesta a través de la sanción de leyes formales y se ejecuta mediante la actividad policial que forma parte de la función administrativa.-

La potestad restrictiva, será el estímulo que justificará una fuerza en sentido contrario. Por ello, impulsará la creación en el ordenamiento jurídico de la técnica de la "autorización de policía". Los particulares necesitarán en todos esos casos, de un acto administrativo por el cual la administración preste su consentimiento, que posibilite el ejercicio de sus derechos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la teoría de la preexistencia del derecho ha sido expuesta por Entrena Cuesta, para quien "la autorización de policía es una



declaración de voluntad de la Administración Pública con la que se permite a otro sujeto público o privado el ejercicio de un derecho, de que ya era titular, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio con relación a aquella zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar" ("El Servicio de Taxis", Revista de Administración Pública, Nº 27, Septiembre-Diciembre de 1958, Madrid, pág 29).-

Observa el autor citado, que la preexistencia del derecho por parte del sujeto autorizado, es el dato sustancial que caracteriza las autorizaciones de policía.-

En nuestro país, Fiorini subrayó que "En la autorización existe el reconocimiento de un derecho preexistente pero que no puede ejercerse sin previa conformidad de la administración" (...) "La autorización es un acto administrativo que impone respeto por los derechos que reconoce, tanto a la autoridad administrativa que la dictó como a los terceros ajenos al acto" ("Poder de Policía, Teoría Jurídica", Segunda Edición, Editorial Alfa, Bs. As. 1962, p. 300).-

Tal concepción, supone un derecho subjetivo del particular, que puede ser ejercido si cumple con los requisitos previamente exigidos por la ley, o el reglamento de policía.-

Su otorgamiento, en consecuencia, no es constitutivo, sino declarativo de derechos, ya que la autoridad administrativa no podría vedarlo si el particular se aviene a realizar todos los requisitos objetivos exigidos por la norma.-

Para esta posición la actividad reglada del órgano de control se limita a cotejar que el solicitante haya cumplido con todos los requisitos impuestos.-

Ello, teniendo en cuenta la preexistencia de un derecho subjetivo a favor del particular. Por tal motivo, resultaría obligatorio para la administración acordarlo, cuando verifique el fiel cumplimiento por parte del administrado de las exigencias establecidas por el ordenamiento positivo.-

A pesar de su valioso aporte a la construcción de una teoría general de la autorización, esta corriente clásica ha sido cuestionada debido a su imposibilidad de responder a las críticas que se le han formulado.-

En efecto, la intensidad de los poderes discrecionales que la Administración se reserva frecuentemente en la materia, con la consiguiente libertad de otorgar o denegar las autorizaciones que se le solicitan, hacen cada vez más ilusorio la imagen de un derecho preexistente (Conf. García De Enterría, Eduardo y Fernandez, Tomás Ramón T. II, p. 121, Segunda Edición, Madrid, 1986).-



En el supuesto que la administración decidiera denegarla -en el ejercicio de su potestad discrecional-, quedaría verificado que tal derecho subjetivo no tendría ningún fundamento.-

En ese caso, la autorización se transformaría en constitutiva y no declarativa de derechos y se derrumbaría, en lo sustancial, la base sustentadora de esta teoría.-

Este esquema tradicional, subsistió sin mayores inconvenientes mientras el poder de policía se limitaba a garantizar la seguridad, la salubridad y la moralidad de los habitantes. Es decir, en el esquema de un estado abstencionista que vigilaba sólo el "orden público" y no se inmiscuía en el desenvolvimiento económico del mercado.-

Pero cuando la administración, comenzó su injerencia en el complejo campo de las actividades económicas, se produjo su crisis.-

Con la intervención en la economía, esta técnica, comenzó a jugar un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos. En cambio, se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de objetivos previamente programados o, al menos, implícitamente definidos por las normas aplicables.-

La decisión de no autorizar la registración de una sociedad, al valorar que resulta manifiesto que es ficticia la pluralidad de socios exigida por la ley de sociedades, constituye una decisión discrecional de la Inspección General de Justicia, fundada en la legislación vigente y en el ámbito de su competencia de control y fiscalización (arts. 3, 4, 6 ley 22.315). Esa interpretación de la ley no aparece irrazonable, en tanto se ha fundado en el propósito de evitar que el empresario individual evada las amplias responsabilidades que el Código de Comercio le ha impuesto en el ejercicio de su profesión y erradicar las sociedades ficticias y los negocios simulados (ver cons. 11 y 12, Res. I.G.J. Nº 1270/2004).-

En consecuencia, el ejercicio de esta potestad constituye, en principio, una esfera de libertad de la administración en cuanto a su intrínseca decisión meritoria. Su valoración es un ámbito exento de control judicial. Salvo que se determine en sede judicial que la administración actuó arbitraria o irrazonablemente, circunstancia que no se observa se haya producido en el caso.-

El meollo de la cuestión radica en responder acerca de la extensión de las facultades de los magistrados. Es decir, si pueden, además de anular la opción elegida por la administración en ejercicio de su libertad, realizar su propia elección y ordenar a la administración que aplique una solución determinada.-



La discrecionalidad -explicó Luciano Parejo Alfonso-, no puede ser entendida como un ámbito de decisión administrativa puramente provisional, recaída siempre a reserva de la posibilidad de otra definitiva y distinta del juez ("Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias", Ed. Tecnos, Madrid, 1993).-

No compete al Juez, reconstruir el proceso valorativo realizado por el administrador; sólo le asiste, en mi opinión, la posibilidad de determinar si la decisión adoptada por éste está debidamente justificada (Comadira, Julio Rodolfo, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa Medida de Control Judicial", *eldial.com*, DC2 BO).-

Una de las misiones más delicadas del Poder Judicial es saber mantenerse en la esfera de sus funciones, no invadiendo las atribuciones del Departamento Ejecutivo (CSJN, Fallos 313:863). Una actuación jurisdiccional que sustituya de oficio el criterio del órgano con competencia para ejercerla, sería transgresora del principio de división de poderes.-

En el derecho español, por ejemplo, el artículo 71 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) de 1998 zanjó definitivamente la cuestión al establecer que "Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo ... d) Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados".-

Por último, destaco que el temperamento adoptado en el caso (se trata de una sociedad que pide su registración inicial admitiendo que se trata de una empresa individual) no implica adelantar opinión sobre el criterio aplicable ante otros extremos fácticos o cuando medie afectación de derechos adquiridos u otros dignos de protección jurídica.-

6.- Por las consideraciones expuestas, concluyo que el acto administrativo dictado por el Inspector General de Justicia (Resolución I.G.J N° 1279, fs. 16/24), se encuentra adecuadamente estructurado en los aspectos referidos a la competencia, al objeto, la forma y el fin -elementos reglados- y sustentado en los antecedentes de hecho y derecho que le sirvieron de fundamento.-

Por los fundamentos expuestos, opino que V.E. debe desestimar el recurso.



Buenos Aires, 17 de febrero de 2005.-

ALEJANDRA GILS CARBO, Fiscal General

Sentencia de 2ª Instancia:

Buenos Aires, mayo 3 de 2005.-

Y VISTOS:

1. Por resolución 1270 dictada por el Inspector General de Justicia a fs. 16/24 se denegó la inscripción en el Registro Público de Comercio de "Fracchia Raymond S.R.L." hasta que se recomponga la pluralidad sustancial de sus integrantes y se cumpla la totalidad de las observaciones efectuadas.-

2. Para así decidir, el Inspector General ponderó que la sociedad se había constituido con un capital de \$ 10.000, dividido en 10.000 cuotas; que la misma se encontraba integrada por María Angélica Fracchia, quien aparecía como titular de 99.999 cuotas, representativas del 99,9999% del capital social, y la abogada Ana Elisabeth Corrarello, como titular de 1 sola cuota social, representativa del 0,0001 del capital referido.-

Destacó que la apoderada de la sociedad reconoció que la misma constituía un emprendimiento inmobiliario unipersonal de la socia Fracchia, quien recurrió a esta vía como único modo de obtener el beneficio de la limitación de responsabilidad por los riesgos que supone el negocio.-

Sostuvo a continuación que el requisito de la pluralidad de socios previsto por la ley 19.550 no constituía una exigencia meramente formal, sino sustancial; que el mismo ordenamiento impone la obligación a los socios de realizar efectivos aportes a la sociedad, que deben ser reales y serios; y que ello excluía la admisibilidad del aporte de solo un peso.-

Rechazó la posibilidad de recurrir al llamado "negocio jurídico indirecto" en la constitución de sociedades anónimas con el fin de limitar la responsabilidad de sus integrantes; y concluyó que la constituida en el caso era una sociedad simulada,



que nada tiene de tal; que la simulación debía considerarse absoluta e ilegítima; y que la aceptación de la sociedad unipersonal en otros países no podía conducir a la tácita derogación de previsiones legales que exigen la pluralidad de integrantes como requisito de existencia de toda sociedad.-

3. Contra dicha resolución se alza la presentante de fs. 31/5, persiguiendo su revocación a tenor de los agravios de que da cuenta dicha pieza.-

Arguye que la sociedad unipersonal y la limitación de responsabilidad del empresario individual constituyen fenómenos ya incorporados a la realidad económica imperante en el mercado; que la costumbre es la primera inspiradora del derecho mercantil y no debe ser soslayada; que la constitución de la sociedad respondía a un negocio jurídico indirecto que no contrariaba la legislación vigente; que no podía presumirse la existencia de simulación y que, en todo caso, la misma resultaba lícita para, finalmente, cuestionar las facultades de la Inspección General de Justicia para dictar la resolución atacada.-

4. La Representante del Ministerio Público ante esta Cámara postula la desestimación de los agravios mediante el dictamen que obra precedentemente.-

5. Comparte la Sala los fundamentos expuestos por el Ministerio Público Fiscal en el dictamen que antecede, en orden al ejercicio del control de legalidad del acto constitutivo de la sociedad cuya inscripción se persigue.-

Ello por cuanto, en el caso particular, el mismo se ha ejercido dentro del ámbito de las facultades legalmente atribuidas a la Inspección General de Justicia como órgano administrativo a cargo de aquél (cfr. arts. 4 y 6 de la ley 22.315; 5 y 6 LSC; y 36, inc. 3 CCom.).-

Esta función no debe considerarse acotada al examen de la regularidad formal de los requisitos de constitución de una sociedad, pues abarca el control de legalidad sustancial o de los requisitos de fondo del negocio constitutivo más allá de las formas documentales exteriores (cfr. dictamen del Fiscal de Cámara Dr. Di Iorio y pronunciamiento concordante de la CNCom. Sala C, in re "Macoa S.A. y otras", LL 1979-C-285 y ss.; íd., Butty, "Acerca del Control Estatal sobre las Sociedades Comerciales", Suplemento Especial La Ley, abril de 2005, p. 173).-



Siempre, claro está, en el marco del sistema normativo o reglamentario adoptado en la materia, que no se advierte exorbitado en el caso.-

6. Expuesto lo anterior, resulta incontrovertible que el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país exige la pluralidad de socios - "dos o más personas" - para la constitución de sociedades comerciales o civiles (cfr. art. 1 LSC y art. 1648 CCiv).-

También lo es que esta pluralidad debe mantenerse durante toda la existencia del ente puesto que, en caso de reducción a uno del número de sus integrantes con posterioridad a la constitución, se configura causal de disolución salvo que se recomponga la pluralidad en el plazo de tres meses (art. 94 inc. 8 LSC).-

Y si mediara vicio que afecte la voluntad de uno de los otorgantes del contrato constitutivo de una sociedad de dos socios, este último resultaría anulable en virtud de lo dispuesto por el art. 16, 2do. párr. de la ley citada.-

7. Ahora bien, aquella pluralidad dista de ser una exigencia formal de la ley.-

En efecto, la propia Exposición de Motivos de la ley 19.550, transcrita en la resolución atacada, al referirse al art. 94 inc. 8 caracterizó a la pluralidad de socios como un "...requisito esencial, superando toda discusión en punto a la pretendida legitimidad de las sociedades de un solo socio...".-

Tal concepción, lejos de ser aislada, fue acompañada por importante doctrina:

Halperín sostenía que "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..." que reputó "...sociedad inexistente en razón de ausencia de esa pluralidad fundamental..." (v. "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, 1978, p. 73).-

También concluía la exclusión en nuestro derecho de las llamadas "...sociedades de cómodo, es decir, empresarios individuales que sólo aparentemente actúan como entes societarios, sea por vía de la simulación de la pluralidad o por el denominado negocio indirecto..." (v. "El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales", RDCO 1969, p. 268).-

Por su parte, Zaldívar y otros, afirmaban que lo que "...resulta indudable de todo el contexto de la ley es la necesidad de la existencia real -no meramente formal- ...



de la pluralidad de socios...", que incluyeron dentro de los elementos específicos del contrato de sociedad, para agregar a renglón seguido que "Los socios deben ser, realmente, dos o más; ello excluye la legitimidad de la sociedad formada con prestanombres..." (v. "Cuadernos de Derecho Societario", Vol. I, p. 72, Ed. Abeledo Perrot, 1980).-

Sasot Betes y Sasot hicieron suya la reflexión precedentemente transcripta (v. "Sociedades Anónimas, Constitución, modificación y extinción", Ed. Abaco, p. 94).-

Finalmente, y a fin de acotar esta breve reseña del panorama de la doctrina nacional sobre el criterio referido, Matta y Trejo postulaba que "La falta de pluralidad de socios de acuerdo a nuestra legislación vigente produce la inexistencia de la sociedad, pues el acto constitutivo es solo aparente. No se trata de un supuesto de atipicidad, sino de inexistencia, ante la prescindencia de un requisito esencial para que exista sociedad..." (v. "En torno al control administrativo en la constitución de sociedades anónimas", LL 1979-C-285 y ss.).-

8.- El temperamento referido fue el adoptado en el conocido fallo citado "ut supra", en el que se confirmó la denegatoria de la conformidad administrativa para la inscripción de una serie de sociedades preordenadas o para mantener en cartera a efectos de negociar la transferencia de su estructura con posterioridad.-

En dicho precedente la Sala C de este Cuerpo calificó a aquéllas como "sociedades ficticias" en tanto ninguno de sus constituyentes "...pasaría de ser un testaferro..." o, yendo todavía más lejos, señaló que serían sociedades nulas o inexistentes, "...porque ninguno de los firmantes del contrato de sociedad ha querido ser socio, ni realizar actividad alguna, ni efectuar aportes para el cumplimiento de una empresa...", para agregar que se estaría "...frente a sociedades que se han constituido sin originaria pluralidad de accionistas o lisa y llanamente sin accionistas; sociedades simuladas o sociedades nulas..." (v. voto del Dr. Anaya, LL 1979-C cit., p. 299 y ss.).-

Y si bien el caso no es idéntico al que viene a examen de este Tribunal, algunas de las reflexiones allí formuladas resultan de aplicación al "sub lite".-

Ello acontece en particular, con la consideración del negocio jurídico como simulado, cuando las partes han querido solo su declaración y no sus efectos; cuando faltan "elementos esenciales del negocio societario cuya inexistencia lo vician desde el momento mismo del acto de su constitución" como la voluntad de



asociarse; de intervenir efectivamente en la sociedad en el caso del prestanombre, que persigue mantenerse al margen de toda actividad productiva común; y de participar en los resultados.-

También, en cuanto concluye el vocal preopinante que dicha simulación no puede considerarse lícita en nuestro derecho por resultar violatoria de la concepción contractual de la sociedad y del régimen del patrimonio, toda vez que "...el legislador no ha querido ...permitir que a través de este medio los individuos puedan ser titulares de una pluralidad de patrimonios afectados a sus diversas empresas..."-.

9.- Bien presente cabe tener en el marco de lo que aquí se decide que, como se adelantó, la propia recurrente reconoció expresamente que la sociedad que se pretende constituir importa un emprendimiento unipersonal y que la vía elegida persigue como única finalidad la limitación de la responsabilidad de su única integrante.-

A la luz de las consideraciones formuladas "ut supra", queda en evidencia que los contrayentes no quisieron asociarse, ni formar parte de un emprendimiento conjunto, ni contribuir mediante aportes reales a la formación de un fondo común, ni participar en la distribución de utilidades o contribuir a soportar las pérdidas, lo que constituye simulación en los términos del CCiv:955 y 956.-

En efecto, el supuesto configurado en el "sub lite" encuadra en varias de las hipótesis expresamente contempladas por el primero de los preceptos citados (vgr: en el caso, el acto contiene cláusulas insinceras; y por él se constituyen derechos a favor de interpósita persona, el prestanombre, que resulta ser solo un socio aparente y no real).-

En la misma línea se sostuvo que el acto constitutivo social resulta pasible de simulación y se incluyó dentro de los ejemplos de aquélla el supuesto de ausencia de pluralidad real de socios inicialmente exigida por la ley, configurada en el "sub lite" (v. Gagliardo, "Derecho Societario", ed. Ad-Hoc, p. 64/5, con cita de Mosset Iturraspe, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", ed. Ediar 1974, T. I., p. 109, y de CNCiv., Sala D, ED 86:401, bien que sin descartar las alternativas referidas en el mismo trabajo; íd., Otaegui, "Invalidéz de Actos Societarios", Ed. Abaco, p. 277 y ss.).-



Destácase, por lo demás, que el argumento recursivo de que la simulación no puede presumirse resulta inatendible cuando, como sucede en autos, existe confesión expresa de parte interesada de los extremos que llevan inexorablemente a concluir su existencia, sin que pueda pretenderse que la autoridad de control deba asistir impávida a la constitución de sociedades que se desvían ostensiblemente de los fines pretendidos por el legislador y de los recaudos a los que se sujeta aquella constitución, toda vez que se encuentra comprometido el interés público cuya tutela constituye el fundamento mismo del control que se pretende cuestionar.-

10.- En el contexto descripto, es evidente que el fin perseguido resulta contrario al ordenamiento jurídico vigente en tanto sujeta la constitución de sociedades al cumplimiento de una serie de requisitos esenciales e indisponibles para las partes - los mencionados sub 9, 2do. párr. -, insatisfechos, que suponen una pluralidad real de socios también exigida por la ley e igualmente incumplida.-

Al margen de la elusión de tales recaudos, no se advierte menos relevante que en nuestro derecho no es admisible la limitación de responsabilidad del empresario individual por vía de la constitución simulada -ante la inexistencia de pluralidad de socios- de una SRL, tal como acontece con la que se pretende inscribir.-

Sucede que la simulación no puede reputarse "inocente" en la medida en que persiga estatuir una irresponsabilidad parcial en apartamiento de la ley y con potencial afectación del derecho de los terceros cocontratantes, quienes no van a poder contar con el patrimonio íntegro del comerciante individual como prenda común por las obligaciones contraídas mediante la sociedad simulada, lo que la convierte en ilícita (arg. C.S.J.N., 3/4/80, diario ED 27/8/90, citado por Gagliardo, op.cit.).-

La propia "causa simulandi" resulta pues contraria al ordenamiento jurídico positivo vigente y sus efectos, potencialmente perjudiciales para terceros, por lo que el acto debe considerarse "reprobado por la ley" (cfr. CCiv:957).-

Tal parece haber sido la conclusión de la Sala A del cuerpo al confirmar la declaración de nulidad del acto constitutivo de cierta sociedad por simulación ilícita y padecer como vicio intrínseco la infracción a la pluralidad de sujetos exigida por la ley de sociedades comerciales (v. "D'Angelo, Aída S. c/Aída S. Fernández de D'Angelo y otros", del 4/10/84, ED 111:684 y ss.).-



Y que no se diga que la cuestión encuentra adecuada respuesta en el régimen de responsabilidad del socio aparente - LSC:34 - o en la inoponibilidad de la personalidad jurídica - LSC:54, 3er.párr. - o en otros institutos, por cuanto los mismos aparecen reservados para una eventualidad ulterior y su procedencia no resulta excluyente de la solución adoptada en el caso, que se ajusta estrictamente a la detección de los vicios apuntados durante el iter constitutivo.-

11.- No ignora este Tribunal la existencia de múltiples manifestaciones en el derecho comparado que admiten expresamente la constitución de sociedades unipersonales e, incluso, reiterados proyectos de reforma de la legislación societaria nacional en este mismo sentido.-

Al margen de ello, lo cierto es que tales regímenes suelen contemplar la regulación de los recaudos de procedencia de la unipersonalidad; así como reglas específicas para el funcionamiento de estas sociedades y soluciones correctivas de su infracción u otras previsiones en materia de responsabilidad (v. voto del Dr. Anaya, citado "ut supra") y que el ordenamiento jurídico positivo actualmente vigente en la República, malgrado los intentos de reforma referidos, resulta contrario a la constitución de sociedades unipersonales.-

12.- Tampoco ignora la Sala la existencia de doctrina autorizada que preconiza la aplicación del concepto del negocio jurídico indirecto e incluso, del negocio fiduciario en la constitución de sociedades unimembres o con un solo socio real (v. Garrigues, "Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil", Ed. Civitas, p. 49 y ss., con cita de Ascarelli, "Il negocio indiretto e le società commerciali", en Studi di Diritto commerciale en onore de Cesare Vivante, T. I, p.68; y en nuestro país, Yadarola, "El negocio indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista", en Homenaje a Yadarola, T. II, p. 371).-

El negocio indirecto aludido puede concebirse en términos generales como aquél en el que para la consecución de un fin, se hace uso de una vía oblicua o transversal (cfr. Cariota Ferrara, "El Negocio Jurídico", Ed. Aguilar, p. 212), pero el mismo exige como presupuesto un negocio causal típico, realmente querido por las partes, aún cuando persiga fines diversos de aquél, y este recaudo difícilmente puede considerarse satisfecho ante la propia ausencia genética de voluntad de asociarse y



de participar en un emprendimiento común (cfr. Dominedo, "Le anonime apparenti", referido por Garrigues en op. cit.).-

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la validez del negocio indirecto, que supone una discordancia entre la causa final prevista por el ordenamiento y la perseguida por las partes, también se encuentra sujeta a que esta última merezca el reconocimiento y la tutela del ordenamiento jurídico (cfr. Rivera, "Instituciones de Derecho Civil", Parte General, T. II, p. 611/2, Ed. Abeledo Perrot), lo que no ocurre en el caso por mediar apartamiento inequívoco de la legislación actualmente vigente.-

Nótese que incluso quienes admiten esta calificación jurídica alertan sobre la posibilidad de que el negocio fiduciario constituya un fraude a la ley (v. Garrigues, op. cit., p. 72 y ss.) o directamente concluyen que este negocio indirecto resulta inconciliable con nuestro régimen societario vigente (v. Gagliardo, op. cit., p. 77).-

13.- La solución adoptada pues es la que se impone en el marco de aquél y de la interpretación sistemática y armónica de las normas que lo integran.-

Un temperamento contrario, lejos de resultar congruente con esta interpretación, importaría un liso y llano apartamiento de la normativa vigente que resulta inadmisibles, toda vez que se encuentra vedado a los jueces el examen de la conveniencia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito de las atribuciones que le son propias (C.S.J.N., "Sichel, Gerardo Federico c/Massuh S.A.", del 8/6/89, Fallos 312:888).-

De modo que debe primar la interpretación tendiente a dar pleno efecto a la intención del legislador, claramente expresada en el caso (C.S.J.N., "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes", del 3/3/92, Fallos 315:158).-

14.- Destácase, finalmente, que la invocación de la costumbre en apoyo de la pretensión de la recurrente no hace más que evidenciar la generalización de un fenómeno patológico de uso abusivo y desviado de un recurso legal - la constitución de sociedades - con el exclusivo y deliberado propósito de limitar la responsabilidad del comerciante individual (entre otras hipótesis igualmente extrañas a la finalidad que tuvo en cuenta el legislador en la regulación de los tipos sociales que permiten la limitación de responsabilidad apuntada).-



Sin embargo, la costumbre "contra legem" no puede generar derechos ni constituir fuente de aquéllos (cfr. C.S.J.N., "Descole, Alicia Noemí y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos s/recurso de hecho", del 2/4/98, D. 282 XXXIII; íd. CNCom. Sala B, "Dirección Provincial de la Energía de la Ciudad de Santa Fe c/Banco de Crédito Rural Argentino s/ord.", del 3/8/90), lo que sella la suerte adversa del recurso.-

Por todo lo expuesto y de conformidad con los fundamentos de la representante del Ministerio Público en el dictamen que antecede, desestímanse los agravios y confírmase la resolución atacada, con costas a la recurrente vencida (CPr:69).-

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase a la autoridad de origen.-

ANGEL O. SALA - MARTIN ARECHA - RODOLFO A. RAMIREZ

Ante mí, FERNANDO G. D'ALESSANDRO, Secretario. ♠