

LAS CONSECUENCIAS DEL SOCIO OCULTO.

Dr. Alejandro Martín Vázquez

Instituto de Derecho Comercial de Mar del Plata.

PONENCIA

La actuación societaria del socio aparente y oculto está prohibida por la ley; lo que importa que se trata de una actuación ilícita, sin perjuicio de sus fines. No resultan plenamente aplicables las normas que regulan la simulación del Código Civil y Comercial. El acreedor social no tiene derecho a demandar la nulidad del acto simulado.

FUNDAMENTACIÓN:

I. La reforma.

La Ley N° 27.444 (B.O. 18/6/2018) – DNU 27/2018 modificó el art. 34 de la Ley General de Sociedades, que quedó redactado del siguiente modo: *“Queda prohibida la actuación societaria del socio aparente o presta nombre y la del socio oculto”*.

Como todos sabemos, la modificación se debió a recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, lo que descarta la posibilidad de buscar en sus fundamentos cuál era la idea o el fin de los legisladores para dar cierto sentido a la reforma.

Se encuentra ubicada en el Capítulo I *“Disposiciones Generales”* Sección *“De los Socios”*; es decir que por su ubicación metodológica se aplica a todos los tipos sociales. Sólo podría descartarse esa posibilidad en caso en que la propia norma la exceptúe y/o encuentre una contradicción de tal entidad con las reglas del tipo que únicamente sea factible interpretar su inaplicabilidad.

La descripción normativa carece de distinción entre los distintos tipos sociales; lo que descarta el primer supuesto de excepción.

Ahora bien, ¿existe una contradicción con las sociedades en las que exista responsabilidad limitada que nos permita afirmar su inaplicabilidad?

Por nuestra parte creemos que no, y por ende resulta aplicable a aquéllos tipos. El motivo es que se trata de una norma que –como tantas otras- prevé ante una infracción legal un agravamiento de la responsabilidad de los socios frente a terceros.

Aunque entendemos que muchos autores¹ han criticado la norma en cuanto a que no hay motivos para considerar ilícito al socio oculto cuando no se perjudica a terceros o transgrede la ley, etc. –es decir, como si se trata de una simulación “lícita”-; el art. 34 directamente la prohibió y la norma es clara y abarcativa de todos los supuestos.

El art. 34 de la LGS reputó *per se* ilícita la actuación del socio aparente y el socio oculto; se trata de un supuesto de **ilicitud objetiva**. Pudo haber dejado la determinación de la “ilicitud” a los jueces a través de un sistema causalista (como el del art. 334 del CCyC), pero no lo hizo.

La distinción que realizaba la Doctrina estaba dada por la propia letra del art. 34 en su texto original ya que establecía respecto del socio aparente que: “...*con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio...*”; y sobre esa base se consideraba que lo era en función del tipo de que se trate.

La consecuencia de ello era que el socio aparente respondía –en los tipos legales de responsabilidad limitada- con esa limitación; y el verdadero socio –oculto- respondía conforme su segundo párrafo, es decir de modo solidario e ilimitado.

Hoy esa contradicción no existe más. Los dos (aparente y oculto) responden con la misma extensión: ilimitado, solidario y subsidiario. La eliminación de la prohibición es consecuente con el carácter sancionatorio y disuasivo de la infracción a la prohibición legal.

Como consecuencia de ello, los argumentos utilizados para fundar la distinción con la redacción anterior hoy han desaparecido. Es acorde también a la previsión del art. 335 del CCyC, en la que no existe distinción de efectos entre los integrantes de

¹ PLINER, Adolfo, “Socios ocultos”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 1962, p. 239; citado por Otaegui, Julio C., *SOCIEDAD COMERCIAL Y PUBLICIDAD, LA LEY 18/12/2006, 1 • LA LEY 2007-A, 607 • Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo I*, 771. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Societario, Parte General, Año 1997*, Ed. Heliasta, pág. 801. Arduino, Augusto H. L., *La prohibición de la actuación societaria del socio aparente u oculto*, *El Derecho*, [276] - 09/02/2018, no 14. 346. Anaya, Jaime L. “El enigma del socio oculto”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 228- A. Ed. Lexis-Nexis. Año 2008, pág. 81.

acto simulado por interposición de personas; por supuesto que no en relación al tercero.

Otaegui vinculaba el tema a la Publicidad Registral (y su función de protección a los terceros) y sostenía la justificación en que: *“Con otra visión puede entenderse que el socio con responsabilidad limitada (accionista, cuotista, comanditario o industrial) actúa cumpliendo con el régimen de publicidad registral previsto en la ley y el socio oculto no. En consecuencia, es congruente que la responsabilidad de éste no esté acotada y la de aquéllos sí. Según autorizada doctrina la responsabilidad impuesta al socio oculto es una sanción o castigo”*².

En la actualidad no existen argumentos que permitían con cierta razonabilidad sostener el carácter limitado de la responsabilidad del socio oculto en las sociedades con responsabilidad limitada.

II. El instituto de la simulación del Código Civil y Comercial.

La jurisprudencia y la Doctrina sobre el tema echa mano a las normas de la simulación previstas en el Código Civil y Comercial para analizar el tema y derivar consecuencias jurídicas. Si bien no desechamos ese método de acercamiento al instituto de la simulación; sí afirmamos que debe efectuarse con máxima precaución ya que los elementos de ponderación son bien distintos.

Por más que el CCyC como derecho común tenga proyecciones en el resto del ordenamiento jurídico, estimamos que el principio de especialidad y la clara y expresa previsión de las consecuencias de la transgresión normativa, impiden aplicar íntegramente las normas del CCyC como lo sostienen varios autores.

Las diferencias más evidentes son las siguientes.

En el supuesto analizado existe a causa del contrato de sociedad un ente jurídico distinto, y esta personificación no ha estado en cabeza del legislador al regular la simulación.

Se trata de un contrato plurilateral (en la mayoría de los casos) y no de uno bilateral o unilateral recepticio, que son los que el Código de fondo esencialmente considera.

²Otaegui, Julio C., *op. cit.*

La transmisión no otorga al transmitente una contraprestación que pueda considerarse una obligación recíproca o similar; sino que lo instituye como titular de una participación que contiene un plexo de derechos políticos y económicos.

En la interposición ficta del CCyC hay en el acto simulado un acuerdo trilateral necesariamente (interponente, interpuesto y cocontratante), lo que no sucede en el caso del socio oculto. Recordemos que puede haber aparte de la simulación por interposición ficticia, interposición real, en la que no hay simulación alguna.

Además, en el caso del socio oculto hay un universo de acreedores más que en cualquiera de los casos previstos, que lo constituyen los acreedores de la persona jurídica vinculada.

Estos elementos son suficientes por su entidad para sostener que no es adecuada la aplicación lisa y llana de la regulación de la simulación en nuestro Código.

Existen otros argumentos para fundar esta afirmación.

El art. 333 del CCyC se refiere a la simulación en una de sus especies, que es la relativa. En el caso que venimos tratando, la simulación no recae ni sobre la naturaleza del acto, ni sobre el objeto y/o su contenido; sino únicamente sobre las personas intervinientes.

El principal aspecto descartar en el supuesto del socio oculto respecto de las normas que regulan la simulación en el CCyC, es efectivamente su consecuencia. Pues, ante la simulación ilícita el acto es nulo (de tipo relativa) y ese “acto” es la adquisición de la calidad de socio; lo que la LGS no intenta anular.

Siendo una de las principales distinciones a efectuar la de los efectos que se generan por la simulación (o su descubrimiento), pasamos a analizar esas consecuencias.

III. Efectos del art. 35 de la LGS. ¿Es el único?

Prevé esta norma que: *“Responsabilidades. La infracción de lo establecido en el artículo anterior hará al socio aparente o prestanombre y al socio oculto, responsables en forma subsidiaria, solidaria e ilimitada de conformidad con lo establecido por el artículo 125 de esta ley”*. Y éste último dispone que: *“Los socios contraen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria, por las obligaciones sociales”*.

En primer lugar, si la norma sólo fuere aplicable a un tipo legal en el cual los socios tuvieran esa responsabilidad, la aclaración respecto del socio aparente no tendría sentido; porque ella tiene esa responsabilidad.

Resaltamos la estructura de la norma, que se trata de una sanción legal (en el caso un “agravamiento de la responsabilidad”), pues la “infracción..., hará al socio oculto, responsable”. Ante la infracción de la prohibición, establece una consecuencia para los infractores que no es la que se deriva del acto “real” (esto último sería incluir al interponente o excluir al interpuesto, conforme el tipo). Además, se evidencia el carácter disuasivo ante la transgresión de la prohibición legal.

La norma protege al “universo de acreedores” de la sociedad; y lo hace ampliando la responsabilidad del socio aparente y el oculto respecto del pasivo social. Recordemos que la responsabilidad endilgada es ilimitada y solidaria, aunque subsidiaria.

Por nuestra parte creemos que el tercero contratante de la sociedad sólo tiene en una acción de responsabilidad dos nuevos sujetos que, subsidiariamente, deben responder ilimitadamente por el pasivo social; aun cuando por el tipo no hubieren contado con esa garantía. No hay otra ventaja o consecuencia para los acreedores sociales, ni otra acción (por ejemplo, una nulidad por simulación).

Por supuesto que aquí subyace un interrogante de toda relevancia, que no es objeto de esta ponencia, aunque pueda derivarse su respuesta: ¿Puede extenderse la quiebra al socio oculto y al aparente en función de la ilimitación y solidaridad?

En el fallo “*Bonquim SA s. Quiebra c. Puasic Marcos y otros s. Ordinario*”³, se sostuvo en un *obiterdictum* (ya que no se consideró probado el carácter de socio oculto del demandado) la respuesta negativa. Se agregó que el legislador argentino no quiso sancionar el ocultamiento por el ocultamiento mismo y que ello también se deriva del propio art. 334 del CCyC.

En esta reforma sí el legislador lo sancionó como un supuesto de ilicitud objetiva sin aditamento alguno como los fines del acto y/o el perjuicio a terceros. Con la legislación actual, por el propio art. 334 del CCyC (si lo consideráramos aplicable), la actuación es ilícita.

Por los argumentos que hemos dado respecto de rechazar la aplicación de la simulación –salvo en algunos puntos específicos–; en función que la propia LGS como ley especial previó una consecuencia jurídica a la transgresión normativa y el carácter sancionatorio que nace de la estructura de la norma; evidencian que las consecuencias son y no pueden ser otras que las indicadas en el art. 35.

³ *Cám. Nacional de Comercio, sala C, sentencia del 09/06/2022, Expte. N° 23.822/2018.*

El efecto que es el acreedor social no tiene derecho a demandar la nulidad del acto simulado, por resultar innecesario el aspecto restitutorio en tanto la LGS le da una protección más amplia que la reconstitución del patrimonio como garantía común.

Pues el “acto”, en el caso del socio oculto, es la adquisición de la calidad de socio sea originaria o derivada -aunque reservada-. Lo *aparente* es que el socio se trata de una determinada persona, y lo *subyacente* es que en verdad el socio es el oculto.

Es decir, si aplicásemos las normas que rigen los efectos de la simulación llegaríamos a conclusiones y/o consecuencias inadecuadas.

Favier Dubois interpreta que: “*Que la actuación como socio oculto y como socio aparente, prestanombre o testafarro en una sociedad, sea por persona humana o persona jurídica, es un “acto prohibido por la ley” y, por ende, “nulo” e “ilícito”, lo que determina la ilicitud de las adquisiciones o transferencias y de los mandatos respectivos*”⁴. Esta acción no está disponible para el acreedor social.

Por ejemplo, hay autores que sostienen que: “...suponiendo que la relación se desnuda, la pregunta que debemos formularnos es cuál será el efecto de la “ilicitud de la relación aparente” respecto del voto emitido por el testafarro. Si consideramos que la nulidad de la relación aparente devenga nulidad del voto, entonces debemos analizar el efecto práctico de dicha nulidad pues no dará lo mismo la nulidad del voto de un socio asilado, residual o minoritario, que la nulidad del socio dominante o controlante...”⁵. Aquí debemos mencionar que si procediera una nulidad –por ejemplo, por pedido de acreedor del oculto-, se trata de una relativa y por ende los efectos retroactivos de las nulidades no alcanzarían los actos cumplidos y consentidos.

Otros autores sostienen que lo nulo es el contradocumento que en verdad contiene el acuerdo real, al decir: “*En consecuencia, lo que se anula es el acuerdo entre las partes de generar una situación jurídica insincera; el que eventualmente podría verse plasmado en un contradocumento (art. 335 del CCCN)*”⁶. Lo que podría resultar nulo es el acto aparente y no el que surge del contradocumento, que es el real y debe salir a la luz.

⁴ FavierDubois Eduardo M., *La prohibición del testafarro como socio. Alcances y efectos legales del decreto 27/2018*, en http://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-prohibicion-del-testafarro-como-socio-alcances-y-efectos-legales-del-decreto-27-2018/#_ftnref15.

⁵ VAN THIENEN Augusto, *¿Se acabaron los testafarreros? Impacto del DNU 27/2018*; en <http://cedeflaw.org/pdfs/2018213181133-148.pdf>.

⁶ Vidal Agustín, *La responsabilidad de los socios aparentes y ocultos. Tesis de Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, año 2016*.

El caso que menciona FavierDubois se refiere sólo al supuesto en que la acción de simulación es demandada por un acreedor del socio oculto, quien vio salir de su patrimonio el aporte a la sociedad, pero no incorporó las acciones como prenda común, ya que quedaron en cabeza del aparente.

Aunque el acreedor del sujeto interpuesto detenta legitimación para demandar la nulidad (art. 336 del CCyC), no será usual ya que es posible que intente agredir su patrimonio simulado (en el caso, las acciones o cuotas, los créditos originados en el pago de dividendos); riesgo que asumió el oculto (art. 335 del CCyC).

En el supuesto de discusión o competencia entre los acreedores de uno y otro copartícipe, deberá estarse a la preferencia que establece el CCyC en su art. 337. Allí el legislador determinó la oponibilidad a los acreedores del socio aparente, hasta que éstos hayan realizado actos de ejecución (en principio de tipo jurisdiccional), con la idea que éstos han considerado su patrimonio –aunque simulado– para contratar. Por supuesto en tanto sean de buena fe.

Ahora bien, por fuera de la resolución de estos supuestos fácticos que no se vinculan con la sociedad en sí, sino con los acreedores de sus socios; las soluciones del Código no son aplicables, debiendo estarse a los arts. 35 y 125 de la LGS.