



¿Se acabaron los testaferros? Impacto del DNU 27/2018

P. Augusto VAN THIENEN

La respuesta a esta pregunta debería ser rotundamente “NO”.

Cuesta encontrar alguna relación lógica entre el DNU 27/2018 sobre “desburocratización del estado” y la figura del testaferro o prestanombre. La verdad no logro encontrar qué tipo de relación hay entre este negocio jurídico “lícito” (derogado artículo 34 LGS), y la buena intención del gobierno nacional por simplificar la vida de los operadores económicos desburocratizando el estado y por ende, bajando los costes transaccionales.

Esta forma de hacer funcionar la república me recuerda a otras prácticas menos prolijas llevadas a cabo por gobiernos anteriores. No veo la “necesidad” y tampoco la “urgencia” por modificar la ley 19.550 por vía de un decreto presidencial; y menos, a través de un DNU sancionado entre igallos y medias noches!

A mi modo de ver las cosas esta decisión política imprime mayor incertidumbre sobre la institucionalidad de nuestra república, contradiciendo los nobles objetivos de esta administración.

Vayamos a lo concreto ...

1. Los riesgos del testaferro en la LGS.

A través del artículo 34, la LGS reguló la figura del prestanombre dándole validez a este negocio jurídico, poniendo en cabeza del testaferro (socio aparente) y del beneficiario final (socio oculto) tomar algunos riesgos contingentes. El primero debe asumir las obligaciones del socio (frente a terceros) y el segundo asumir responsabilidad solidaria e ilimitada igual que el socio de una sociedad colectiva.

Con esta fórmula, digamos, de “distribución de riesgos” el legislador societario pretendió generar los incentivos económicos adecuados para que, quienes decidan interponer personas, sepan que dicha

interposición debe pagar su precio: romper con la franquicia de la limitación de responsabilidad al capital suscrito. En esta fórmula el riesgo de responsabilidad ilimitada y solidaria estaba puesto en cabeza del beneficiario final ("*Beneficial Owner*").

Quien prestara su nombre para figurar en el libro de registro accionistas o en los estatutos asumía respecto de terceros la calidad de socio y respecto de los socios la calidad de tercero. O sea, el único riesgo del testafarro quedaba circunscripto al fuero interno y; para colmo, con posibilidad de repetir contra el Beneficial Owner por los costos asumidos. Al final de cuentas el prestanombre tendría costos tendientes a "cero"; ya sea frente a terceros y frente a los socios.

Todos sabemos que, salvo situaciones de dolo, abuso o voto en interés contrario (arts. 54, 248, 252 LGS o art. 173 LCQ) no hay extensión de responsabilidad hacia el accionista; o sea el testafarro. Con esto quiero decir lo siguiente: si el prestanombre hace bien sus deberes (y no viola ley) hay muy bajas probabilidades de que el testafarro responda por daño civil.

Este balance o equilibrio de incentivos provocaba que tanto el socio aparente como el oculto actúen y operen ambos en consuno evitando incurrir en riesgos innecesarios. Sin duda, prestar el nombre para un socio asilado, residual o minoritario no será igual que prestar el nombre siendo testafarro del socio de control. Ambas posiciones de poder son bien diferentes y por lo tanto muy diferentes los riesgos asumidos. Dentro de este equilibrio se tejió la relación fiduciaria entre el socio aparente y el socio oculto.

¿Cuáles son los riesgos del testafarro a partir del DNU?

Veamos.

2. El testafarro en el DNU.

En primer lugar, digamos que el artículo 3º del DNU "prohíbe" la figura del testafarro echando por tierra el artículo 34 LGS; pero no solo ello, quienes decidan violar la prohibición asumen el riesgo de ser solidarios, ilimitados y subsidiarios por las obligaciones sociales (art. 125 LGS). O sea, la novedad del DNU, más allá de la ilegalidad, es que ahora, prestanombre (socio aparente) y beneficiario final (socio oculto) comparten el riesgo.

Pero la pregunta de fondo es: ¿cuál es el costo de ese riesgo y cuál su probabilidad de ocurrencia?

Está claro que el riesgo es: asumir los pasivos sociales.

Poniendo ese riesgo en términos de probabilidad de ocurrencia debemos hacer el siguiente análisis: para que ese riesgo opere deben ocurrir dos hechos o actos jurídicos bien concretos: (i) que la sociedad decida no pagar sus obligaciones o se vea impedida de pagarlas y (ii) que la relación jurídica de apariencia salga a la luz. Fuera de estos dos supuestos no hay riesgo por el cual preocuparse. Incluso puede darse el hecho (i) que, si no se produce el hecho (ii) el artículo 3 del DNU es absolutamente inoperante puesto que no hay socio aparente por la sencilla razón de que el mercado ignora la existencia de la apariencia.

3. El DNU peca de ingenuo.

¡Efectivamente!

Para que la relación oculta deje de ser tal una de las partes tiene que sacar los pies del plato; o el prestanombre denuncia al socio oculto, o éste al prestanombre. Fuera de este supuesto concreto, el socio aparente es el socio que aparece inscripto en el libro de registro de acciones, vota en las asambleas, percibe los dividendos, impugna y en definitiva ejerce todos los derechos de socio. Para el mercado este socio asume responsabilidad pari pasu con el resto de los socios y está sometido a las reglas de limitación de responsabilidad propias del tipo SA o SRL. Siendo esto así, hasta tanto no ocurra la “denuncia” sobre la relación aparente, no se aplica ninguna de las reglas del derogado artículo 34, y tampoco las sanciones del actual DNU.

Recordemos que hasta tanto la relación no sea denunciada, tampoco está prohibida pues la prohibición de la relación aparente opera como condición jurídica necesaria para que funcionen los incentivos económicos. Es la prohibición legal lo que detona la responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria.

Está claro que para que funcionen las reglas del socio aparente la apariencia debe, necesariamente, dar a luz; pues mientras la apariencia se mantenga oculta el socio aparente es el socio real frente a la sociedad, los socios y terceros. Y de esto se trata la apariencia, más allá de los esfuerzos legislativos o administrativos para desincentivar esta práctica.

Lo real y concreto es que el DNU no resuelve el problema pues lo único que hace es trasladar el riesgo del socio oculto al testafarro solidarizando la responsabilidad entre ambos; o sea distribuyendo los costos entre las partes de la relación aparente.

Al fin de cuentas, es un tema de costos.

4. La relación de testafarro. El contrato o contradocumento.

Hemos explicado que hasta tanto la relación aparente no salga a la luz por denuncia de las partes o por un tercero, no hay riesgo de solidaridad quedando por lo tanto el patrimonio personal del testafarro y del socio oculto inmunes de la agresión de terceros. Entonces, el verdadero riesgo de esta relación jurídica pasa porque aquella no salga a la luz, ni se conozca.

La nueva fórmula pone los incentivos económicos del lado del testafarro quien ahora, toma mayores costos asumiendo responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria. Por lo tanto, será el testafarro quien se preocupará por la “letra chica” de la relación aparente sabiendo que ahora corre con 100% del riesgo.

Reitero, el riesgo no son los pasivos sociales sino, la probabilidad de denuncia de la relación.

Ahora bien, lo más llamativo de la fórmula diseñada por el DNU (vrg., “responsabilidad solidaria”) viene a consolidar y afianzar aun más esta relación puesto que poniendo los costos en cabeza de

ambos (socio aparente) y (socio oculto) los incentivos están puestos para que ninguno de los dos “saque los pies del plato” generando una relación aparente mucho más seria y profesional. No sea cosa que por denunciar la apariencia las partes asuman el 100% de los costos. O sea, el DNU obliga al socio oculto buscar en el mercado prestanombres profesionales y confiables que garanticen el secreto; y viceversa.

Si analizamos el DNU detenidamente, y lo comparamos con el texto del derogado artículo 34 LGS observamos que éste ponía mayores riesgos en cabeza del socio oculto, corriendo éste con el riesgo de que el socio aparente “denuncie”. En cambio, ahora, como ambos corren con la misma suerte y asumen los mismos riesgos, los incentivos económicos están puestos para que haya un control mutuo haciendo mucho más sofisticada la relación contractual. ¡Punto y aparte!

O sea, el DNU no mejora la situación del derogado artículo 34 LGS; y menos logra desincentivar este negocio jurídico.

5. Es un tema de costos.

Quedando, a partir de ahora, el testaferro expuesto a mayores riesgos, el tema se definirá por mayores costos en la transacción. Quien pretenda ocultar deberá encontrar prestanombres fiables en quienes confiar el secreto de la relación y; a mayor profesionalismo y confianza mayor serán los costos transaccionales exigiendo el diseño de nuevas estructuras legales. ¡Punto y aparte!

6. Una apostilla respecto del voto del socio aparente.

He leído en varios medios periodísticos que la prohibición del socio oculto implicaría la “nulidad” del voto del socio aparente. Volvemos al mismo razonamiento: mientras la relación se mantenga oculta no hay socio aparente ni oculto; y por lo tanto, hasta tanto no se denuncie la apariencia el voto es válido, eficaz y oponible conforme lo prevé el artículo 233 LGS.

Ahora bien, 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 testaferro. 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.

Tengamos presente que la nulidad del voto tiene sólo impacto práctico respecto de la sociedad, sus socios y; eventualmente, respecto de algún tercero. Pensemos el siguiente ejemplo práctico: voto emitido en asamblea ordinaria anual aprobando los estados contables y que, posteriormente se revela la relación aparente. Siendo esta relación nula por así ordenarlo el DNU está claro que el voto emitido correrá la misma suerte.

Ahora bien, revelada la apariencia eso no causa la nulidad de la asamblea sino que para que dicha nulidad prospere deberá promoverse la correspondiente acción de nulidad (artículo 251 LGS); sin embargo, nada impide que el socio oculto (ahora revelada su identidad) emita nuevo voto purgando el vicio anterior. O sea, convoque a nueva asamblea ordinaria anual de accionistas para tratar el

mismo orden del día, pudiendo el socio (ocultado) aprobar todos los puntos del orden del día, sin mayores contratiempos ni tropiezos; y por lo tanto, purgando la nulidad. Suponiendo que debiéramos purgar más de un ejercicio, no veo inconveniente para que el socio (ocultado) ratifique todas las asambleas anteriores donde el socio aparente emitió su voto nulo.

Recordemos que estamos dentro del ámbito de las nulidades relativas; y por lo tanto, con amplia capacidad para purgar los vicios por una decisión rectificatoria o ratificatoria posterior; tal como lo habilita el derecho de fondo.

No nos dejemos engañar: la prohibición del socio oculto lejos está de ser una norma de orden público.

7. Sociedades extranjeras como vehículo.

No hay que ser muy hábil para advertir que la prohibición del artículo 3 del DNU puede fácilmente eludirse mediante la formación de sociedades vehículo, donde la relación aparente se anude a nivel de socios de la sociedad vehículo; relación jurídica que se registrará por las normas de derecho privado extranjero y donde el DNU no tiene efecto, ni alcance posible.

Espero que estas reflexiones sean de utilidad.