

INEFICIENCIA PARETIANA DE LA NUEVA REGLA DE RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV L.G.S.

Carlota Palazzo y Tomás Capdevila

I. Marco teórico

Según el concepto paretiano de eficiencia se sostiene que una situación B es más eficiente que una situación A si al menos una persona está mejor y ninguna está peor.

Así, se alcanza el Óptimo de Pareto cuando no se puede modificar una situación particular para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación) ¹.

II. Premisas del razonamiento

Bajo la ley 19.550 el esquema de responsabilidad en las sociedades no constituidas regularmente conforme artículo 23 establecía la responsabilidad ilimitada, solidaria y no subsidiaria de los socios.

Dicha regla junto con el resto del régimen que regulaba dichas sociedades fueron duramente criticados por la doctrina por ser gravosos para los socios y sus acreedores personales.

Con la reforma de la ley 26.994 se introdujo una nueva regla de responsabilidad en función de la cual la responsabilidad de los socios por imperio del artículo 24 ley general de sociedades (L.G.S.) se mantiene como ilimitada pero pasa a ser simplemente mancomunada y subsidiaria.

Se han señalado como fundamentos de la reforma:

¹ Cooter, Rober y Ulen Thomas, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, página 26.

- que al tornarse oponible el contrato la sociedad en función del nuevo artículo 23 L.G.S. desaparece la responsabilidad directa de los socios ²;

- que la responsabilidad simplemente mancomunada es consecuencia “necesaria” de la unificación del derecho civil y comercial en función del cual ya no existirían las sociedades civiles que pasarían a regirse por la Sección IV L.G.S. y no podría imponérseles un régimen más gravoso que el que ya tenían (conforme artículo 1747 del viejo Código Civil).

Ahora bien, la mancomunación implica que los acreedores tienen derecho a reclamar una cuota del crédito a cada deudor y los deudores no responden por la insolvencia de los demás – conforme artículo 808 del Código Civil y Comercial; ex artículo 694 del Código Civil –. También importa, por ejemplo, que ni la interrupción ni la suspensión de la prescripción propagan sus efectos – conforme artículos 695 y 696 del Código Civil y artículos 2540 y 2549 del Código Civil y Comercial –.

Sin embargo, el régimen de mancomunación simple que regía para las sociedades civiles preveía en el artículo 1731 del Código Civil que cada socio tenía derecho a que la sociedad le reembolse las sumas que hubiese adelantado con conocimiento de ella, por las obligaciones que para los negocios sociales hubiese contraído, como también de las pérdidas que se le hubiesen causado. Todos los socios estaban obligados a esta indemnización, a prorrata de su interés social; y la parte de los insolventes se partía de la misma manera entre todos.

Bajo el nuevo régimen de responsabilidad de la Sección IV L.G.S., rige el sistema de responsabilidad mancomunada en general, sin una previsión al estilo del art. 1731 *in fine*, respecto de la insolvencia de los socios ³. Es decir que la deuda se fracciona por socio y la insolvencia de uno no se traslada al resto.

III. Conclusiones

a) Este nuevo régimen genera entonces una situación en la cual los socios de una sociedad de la Sección IV y los acreedores individuales de los socios están mejor que antes, pero los acreedores sociales están “peor”.

² En ese sentido se ha sostenido: “..En efecto, la oponibilidad del contrato social implica también la vigencia de la personalidad y la subsidiaridad de la responsabilidad de los socios...” véase la ponencia de Francisco Junyent Bas, “La sociedad simple como un nuevo tipo social” en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013).

³ Junyent Bas, Francisco, op.cit.

Están peor que antes fundamentalmente porque se les ha trasladado el riesgo de la insolvencia de los socios.

Luego, el régimen impuesto por la ley 26.994 es ineficiente desde el punto de vista paretiano con relación al régimen anterior.

b) Nos hacemos algunas preguntas finales en su función en pos de reflexionar si habría que hacer algo al respecto de esta ineficiencia:

1) *¿Esta modificación en la regla de responsabilidad respondió a una decisión de justicia distributiva por parte del legislador?*

Es decir, se interroga sobre si se tratará quizás de una legislación pro-deudor. No parecería el caso ya que no se encuentran argumentos en ese sentido en los antecedentes de la reforma. A su vez, si esa hubiera sido la lógica habría sido más simple directamente limitar la responsabilidad por completo y no de este modo *suis generis*.

2) *¿Nos da lo mismo cómo se organice la actividad económica? ¿Nos da igual que los “socios” elijan organizarse por la sección IV a que lo hagan como S.R.L., S.A. o S.A.S. por ejemplo? ¿son análogos los costos de transacción que generan las distintas alternativas?*

Daría la impresión que para el legislador sí y de que la decisión fue pasar de un marco regulatorio de gravedad y sanción exagerada para los socios en pos de desincentivar su utilización; a otro que parece incentivarla a partir de concederles un beneficio inusitado para socios de responsabilidad ilimitada.

2) *¿No podría haberse procurado el mismo espíritu de reforma de remover el tizne sancionatorio al régimen sin alterar la regla de la responsabilidad solidaria?*

Al respecto valen algunas consideraciones:

La *primera* es que no se discute la bondad de la reforma en cuanto al reconocimiento de la “oponibilidad” del contrato; el nuevo régimen de “subsanción” y el reconocimiento de poder inscribir a nombre de la sociedad “bienes registrables”. No se puede negar la realidad y ésta indicaba que pese al régimen ultra sancionatorio que imperaba muchos adoptaron esta forma “irregular” (no vamos a discutir ahora porqué lo hacían, aunque quizás era porque no disponían de un vehículo simple, rápido y barato a la vez de seguro para todos, acreedores sociales incluidos) y que por ende debía ser morigerado.

La *segunda* consideración, es que el reconocimiento de “personalidad” tan reclamado valederamente por la doctrina estaba vinculado a la “oponibilidad” pero no tenía por qué modificar la “responsabilidad”. La “limitación de la responsabilidad” se erige con posterioridad al nacimiento de la personalidad jurídica, de manera que no se trata de una consecuencia de esta, sino de un instituto independiente que se encuentra vinculado a razones fundamentalmente econó-

micas y no contractuales. En esa dirección la limitación de la responsabilidad obedeció históricamente a la necesidad de limitar el riesgo derivado de la inversión canalizada a través de la “sociedad” En nuestro derecho el diferente grado de responsabilidad deviene entonces no del recurso técnico de la personificación, sino de la figura legal o tipo elegido para la personificación⁴. El hermetismo patrimonial le fue especialmente asignado a “tipos” que proporcionaban una plataforma normativa predeterminada, fácilmente reconocible por los terceros en materia de funcionamiento orgánico interno, responsabilidad y representación, etc., que hacían más previsible y seguro para el tercero contratante vincularse con la sociedad⁵.

Permitir entonces a las sociedades de la Sección IV en las que predomina la informalidad y la falta de publicidad de su plataforma regulatoria, que sus socios limiten su responsabilidad a una porción viril parece echar por tierra la relación que subyacía en nuestro sistema entre responsabilidad limitada y tipicidad.

Por supuesto que uno podría argumentar que el debido contrapeso de esta decisión se encuentra en el artículo 54 ter L.G.S. Ahora ese argumento válido respecto de las sociedades típicas de responsabilidad limitada se torna endeble si se lo extrapola automáticamente a sociedades que tienen pactada una responsabilidad “ilimitada” (porque puede atacarse el patrimonio de los socios por las deudas sociales). No queda claro por qué en este caso se debería activar la responsabilidad solidaria solo cuando “se porte mal” el socio y debería trasladarse al acreedor social el riesgo y los costos en los demás supuestos. Aparte, el artículo 54 ter L.G.S. es útil más por su aplicación ex post litigio mientras que la regla de responsabilidad solidaria es eficiente ex ante.

La *tercera* consideración es si la situación de las sociedades civiles que quedarían subsumidas a partir de la unificación en el régimen de las sociedades de la Sección IV no podría haber sido solucionada fijando una norma transitoria que regulara diferenciadamente las sociedades “civiles” de modo que por ejemplo a las constituidas antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se les aplicara el viejo régimen respetando la responsabilidad simplemente mancomunada y a las sociedades constituidas después, el nuevo régimen en el que se mantuviera la responsabilidad solidaria.

⁴ Richard, Efraín Hugo, “Sociedades, incluso unipersonales, y responsabilidad de administradores y socios”. Conferencia en las “XIV Jornadas del Centro de la República: *Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo*” anotada, del día 29 de mayo de 2015. publicada en www.acaderc.org.ar

⁵ Salvochea, Ramiro, “Requiem para la tipicidad societaria”, publicado en RDCO 283, 17/04/2017, 359

c) Las normas cumplen una función clave a la hora de incentivar los comportamientos deseados y desincentivar los indeseados. El viejo régimen de las sociedades no constituidas regularmente, gravoso como era, tenía un propósito que era desincentivar la organización de la actividad económica bajo un formato que no fuera el de los tipos sociales regulares (ello con fundamento en la seguridad jurídica, certidumbre, transparencia en el régimen informativo, etc. que suponen los tipos regulares para todos los involucrados: socios, herederos de los socios, terceros contratantes, etc.).

Coincidimos en que la realidad demostró que aun así la gente seguía acudiendo a la sociedad de hecho o irregular y que el carácter sancionatorio debía ser morigerado y con ello coincidimos con el espíritu de la reforma salvo con el régimen de responsabilidad simplemente mancomunado. ¿Por qué? Porque los acreedores sociales se han visto perjudicados con el nuevo régimen y porque no deberíamos incentivar por igual la constitución de cualquier sociedad ⁶.

⁶ Mención aparte ameritaría la incoherencia sistémica entre la responsabilidad de los socios de una sociedad colectiva y la de los socios de una sociedad de la Sección IV.