

LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV Y EL SISTEMA CONCURSAL. INAPLICABILIDAD DEL ART. 160 L.C.Q. A LOS SOCIOS CON RESPONSABILIDAD SIMPLEMENTE MANCOMUNADA

Mayra Borsini

SÍNTESIS:

Las llamadas “Sociedades de la Sección IV” sirven como una opción entre otras válidas herramientas jurídicas de organización empresarial. En tanto resultan sujetos concursables, sostenemos que la eventual quiebra de éstas entidades no apareja, frente al art. 160 L.C.Q., la extensión falencial hacia los socios con responsabilidad simplemente mancomunada pues no es dable considerar dicho régimen como un supuesto de responsabilidad ilimitada: 1. La ausencia de cualquier mención sobre responsabilidad ilimitada de sus socios en la L.G.S. resulta evidente y no es casual junto con la expresa nota de subsidiariedad y fundamentalmente la previsión de solidaridad como excepción a la regla sólo en caso de pacto expreso; lo cual conduce a razonar que simple mancomunación con ilimitación no son conceptos asimilables (como no lo eran para las derogadas sociedades civiles); 2. No resulta convincente confrontar el nuevo régimen de la Sección IV con la responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria de los socios colectivos (art. 125 L.G.S.), y hallamos en realidad meramente dogmático afirmar que la responsabilidad del socio de la Sociedad de la Sección IV es ilimitada porque solamente gozan del beneficio de la limitación los socios de determinadas sociedades “regulares”; 3. Las causales de extensión de quiebra resultan de interpretación restrictiva; 4. Tras la reforma de la ley 26.994, hacia un cambio de paradigmas se revelaría irrazonable por desproporcionado y asimismo asistemático predicar a favor de una gravísima sanción -como resulta la polémica figura del art. 160 L.C.Q. para alcanzar a un socio con responsabilidad simplemente mancomunada de las nuevas Sociedades de la Sección IV; lo cual además consideramos posiblemente de dudosa constitucionalidad.



I. Introducción

En un reciente libro ¹, se mencionan a las empresas y a los empresarios como quienes en particular necesitan abordar la cuestión del cambio en la modernidad pues deben actuar con agilidad y “sin cerrar demasiado el foco”. Los autores explican cómo, desde que se inventó el circuito cerrado en 1958, las T.I.C. (tecnologías de la información y las comunicaciones) generaron un fenómeno que se conoce como “cambiar o morir”.

Pues bien, uno se preguntará qué tiene que ver lo expuesto con las llamadas “Sociedades de la Sección IV”. Y la respuesta, por un lado, podemos hallarla en la mayoría de las opiniones que surgieron en general a su favor tras la novedosa regulación del instituto con el alcance que resultó plasmado según ley 26.994. Por otra parte, si la organización de la empresa lo es fundamentalmente a través del uso de la técnica societaria ², resulta que ésta especie de sociedades configuran válidamente una opción en el ámbito privado. En efecto, su regulación en el derecho societario argentino vino ni más ni menos que a modificar uno de los pilares del sistema anterior como resultaba el principio de tipicidad, con el alcance de relativizarlo y flexibilizarlo al punto tal que (antes de que irrumpiera la S.A.S. por fuera de la L.G.S.) los autores hablaron sobre un cambio de paradigma ³ pues, por ejemplo, de la mano de las nuevas sociedades “libres” pasó a desconocerse la nulidad de la sociedad atípica sujeta a liquidación, todo lo cual a su vez se integra a un nuevo concepto de sociedad.

Concluimos aquí hacia un breve análisis siguiente de la figura societaria que nos ocupa y, en particular, frente a los supuestos de su concursabilidad para finalizar concretando la fundamentación de nuestra posición sobre la inaplicabilidad del art. 160 L.C.Q. a los socios de las sociedades de la Sección IV con responsabilidad simplemente mancomunada.

II. Las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la Ley General De Sociedades (L.G.S.).

La normativa reformista y unificadora según Ley 26.994 suprimió a las sociedades civiles y derogó el régimen de las “Sociedades irregulares o de hecho”

¹ CAMPANARIO, Sebastián y VASHNOV, Andrei, “Modo Esponja”, Sudamericana, 2017.

² Cfr: RICHARD, Efraín H., “Crisis societarias: Visiones encontradas: la societaria y la concursal”, LL: AR/DOC/4141/2011.

³ Entre otros: GEBHARDT, Marcelo: «Los nuevos signos del derecho societario argentino», en GEBHARDT Marcelo (dir.) y ROMERO, Miguel Álvaro (coord.): Sociedades (según las reformas de la Ley 26.994). Buenos Aires, Astrea, 2016.

(arts. 21 a 26, L.S.C.), sustituyéndolo por la nueva “Sección IV” que pasó a albergar a las también llamadas sociedades “informales, simples o residuales”. De esta manera pasó a desconocerse la nulidad de la sociedad comercial atípica sujeta a liquidación (según derogado art. 17, L.S.C.) y en general desaparece a la luz del nuevo sistema cualquier tinte sancionatorio.

En todos los casos, la normativa vigente (arts. 21 a 26, L.G.S.) consagra a favor de estas sociedades una amplia libertad de actuación sin contrapeso de contralor o fiscalización alguno ⁴, resultando sus principales características sustancialmente las siguientes:

a) Son sociedades válidas y el contrato social resulta plenamente eficaz entre los socios (por ejemplo, entre otras, las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que dispongan sobre la organización y gobierno de la sociedad).

b) El contrato resulta oponible a los terceros informados al momento de la contratación o del nacimiento de la obligación. Las normas de representación si existieran son oponibles frente a terceros exhibiendo el contrato. A su vez los terceros podrán invocarlo contra la sociedad, los socios y los administradores.

c) Pueden ser titulares de bienes registrables debiendo acreditarse frente a los registros respectivos con firmas certificadas la existencia de la sociedad, la identificación de sus socios y sus respectivas participaciones en el negocio.

d) Se admite todo medio de prueba para acreditar su existencia.

e) La responsabilidad de los socios frente a terceros resulta “como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales” (art. 24 L.G.S.), salvo pacto en contrario de solidaridad entre sí y/o con la sociedad o en distinta proporción.

f) No puede exigirse la disolución anticipada si se pactó un plazo de duración y se prevé un procedimiento de subsanación para la adopción de alguno de los tipos del Capítulo II.

g) Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables (principio de división patrimonial).

h) La liquidación se rige por las normas del contrato y de la L.G.S.

Por lo demás, bien se ha dicho que adaptándose a la demanda o necesidad negocial, tal caracterización anticipó la impronta de las S.A.S en cuanto a flexi-

⁴ Cfr: VÍTOLO, Daniel Roque, “Sociedades Comerciales Ley 19550 Comentada Tomo V A – Reformas introducidas por la ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación)”, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, p. 37.

bilidad y libertad de formas y la prevalencia de la autonomía de la voluntad para la redacción de los estatutos sociales⁵. Sin embargo, a pesar de tales ventajas se discute si pueden considerarse un tipo específico o sólo una categoría residual de contornos indefinidos, por ejemplo en cuanto a su controvertida posibilidad de ser unipersonal y asimismo en materia de responsabilidad de los socios, que si bien bajo la fórmula de “simple mancomunación”, para algunos autores sigue siendo “ilimitada” en cuanto a responder por las deudas sociales “con todo el patrimonio”, lo cual apuntamos expresamente para retomar seguidamente el análisis crítico de dichas expresiones frente a la concursabilidad de estas sociedades y, en particular, precisamente sobre el impacto del art. 160 de la L.C.Q. frente a los socios con responsabilidad simplemente mancomunada.

III. Supuestos del concurso preventivo y de la quiebra de las sociedades de la Sección IV.

Las Sociedades de la Sección IV son personas jurídicas privadas desde el momento de su constitución (art. 148, inc. a), arts. 141 y 142 y conc. del C.C. y C.), y como tales encuadran en el elenco de los sujetos concursables del artículo 2º de la ley 24.522 (L.C.Q.). Dicha norma abarca como sujetos pasivos concursables, en efecto, a las “personas de existencia ideal de carácter privado” –clasificación ya fuera de uso luego de la vigencia del Código Civil y Comercial no obstante lo cual sólo se requiere actualizar el lenguaje para significar lo mismo a través de la nueva fórmula: “personas jurídicas privadas”–.

En consecuencia, no caben dudas que concurre respecto de las sociedades de la Sección IV el llamado presupuesto subjetivo concursal de suerte que pueden peticionar su concurso preventivo como asimismo ser declaradas en quiebra. Cabe agregar que la misma solución existía para las anteriores “Sociedades irregulares o de hecho” pues su calidad de sujeto de derecho no les fue negada bajo el régimen anterior a pesar de predicarse sobre la precariedad y limitación de su personalidad.

En lo que respecta al denominado presupuesto objetivo concursal, se trata de la insolvencia, y en nuestro derecho ello significa que para que progrese un procedimiento concursal preventivo o liquidativo el sujeto pasivo –en este caso una Sociedad de la Sección IV– debe hallarse en estado de cesación de pagos. Al respecto, la jurisprudencia señaló: “La cesación de pagos es un estado del patrimonio de una persona por el cual ésta se revela impotente para satisfacer las deudas que lo gravan. Nuestro régimen legal adopta la concepción amplia de

⁵ Cfr: DUPRAT, Diego A. J., “Sociedades por Acciones Simplificadas”, LL, 2017-B, 979.

la cesación de pagos, pudiendo demostrarse por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se halla en imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan”⁶. Las opiniones de la doctrina también coinciden en su definición. Héctor Cámara refiere a la cesación de pagos como “... la impotencia del patrimonio frente a las deudas ciertas, líquidas y exigibles que lo gravan”⁷. Para Francisco Quintana Ferreyra, se trata de “... aquel estado del patrimonio que, sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender a las obligaciones exigibles, con los bienes normalmente realizables en oportunidad de dicha exigibilidad”⁸. Mientras que Raymundo Fernández aportó el concepto, ya clásico, al sostener que “... es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan”⁹.

De modo que una sociedad de la Sección IV que se encuentre en estado de cesación de pagos puede peticionar judicialmente su concurso preventivo y para acceder a su apertura deberá esencialmente cumplir con los recaudos que fija el art. 11 L.C.Q. Sin ánimo de extendernos sobre dicho punto podemos mencionar como nota particular que en el caso que el contrato social designare representante legal, será éste quien debe suscribir la presentación (art. 23 L.G.S.) previa resolución, en su caso, del órgano de administración. Así surge del artículo 6º L.C.Q. que asimismo exige la ratificación sobre la continuidad del trámite adoptada por el correspondiente órgano de gobierno con las mayorías necesarias para resolver los asuntos ordinarios. Si no hubiera representante legal cualquier socio podrá peticionar el concurso exhibiendo el contrato (art. 23 L.G.S.), y en caso que éste no previera sobre el gobierno, la forma de deliberar los socios ni sobre mayorías, la ratificación de la presentación debiera resultar en cabeza de todos los socios integrantes. Por otra parte, en torno a cumplimentar con las exigencias de registraciones contables y libros que exigen los incisos 4º y 6º del art. 11 L.C.Q., deberá tenerse presente que con el alcance correspondiente le resultarán exigibles las disposiciones contenidas en los Arts. 320 y ss. del C.C. y C.

Atento su calidad de sujeto concursable, estas sociedades de la Sección IV que se encuentren en cesación de pagos pueden asimismo ser declaradas en quie-

⁶ CCCom., Rosario, Santa Fe, sala 1ª, 4-6-99, “Avoledo, Juan C. S/ Quiebra”, Zeus del 18/10/2000, N° 6535, t. 84.

⁷ CÁMARA, Héctor, “El Concurso Preventivo y la Quiebra”, Bs. As., Depalma, 1978, Vol. 1, p. 236.

⁸ QUINTANA FERREYRA, Francisco, “Concursos”, Bs. As., t. 1, Astrea, Bs. As., 1985, p. 17.

⁹ FERNÁNDEZ, Raymundo L., Fundamentos de la quiebra, I Cía. Impresora Argentina, Bs. As., 1937, p. 294.

bra. En forma directa a pedido de acreedor, por decisión de los socios al presentarse en propia quiebra, o de modo indirecto por fracaso del concurso preventivo.

Ahora bien, en cuanto a los supuestos de quiebra por extensión (arts. 160 y 161 L.C.Q.), el propósito de la presente colaboración se limita a analizar el impacto del tipo legal del art. 160 L.C.Q. frente a los socios con responsabilidad simplemente mancomunada de una “fallida” sociedad de la Sección IV.

IV. Impacto del art. 160 L.C.Q. frente a los socios con responsabilidad simplemente mancomunada: su inaplicabilidad

Arribamos a considerar la quiebra de la sociedad en cuestión como quiebra principal mientras que quiebra “refleja” o “por extensión” se denominará a aquella que alcanzare en forma descendente a otros sujetos. En particular, la hipótesis bajo análisis se trata de los socios de la sociedad de la Sección IV –fallida– frente al tipo legal de extensión de quiebra según art. 160 L.C.Q., cuya primera parte establece: “*La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada*”; de modo que bastan, para configurar este particular supuesto de extensión, una quiebra societaria principal y la presencia de tal categoría de socio con “responsabilidad ilimitada”. El *quid* de la cuestión reside entonces en determinar si el nuevo régimen de responsabilidad del socio de la Sociedad de la Sección IV, en cuanto se ciñere a la simple mancomunación, puede considerarse como un supuesto de responsabilidad ilimitada. Nuestra posición al respecto resulta negativa y por lo tanto intentaremos explicar por qué.

La previsión normativa sobre la responsabilidad del socio de la Sociedad de la Sección IV, a tenor del art. 24 L.G.S., indica como regla la de una obligación simplemente mancomunada y por partes iguales por el pasivo social. Lo cual no puede a nuestro juicio razonablemente identificarse como un supuesto de responsabilidad ilimitada. Confrontamos entonces la postura que predica que por responsabilidad ilimitada debe entenderse la eventualidad de tener que afrontar una deuda con “todo su patrimonio” aunque ello fuese en forma simplemente mancomunada, es decir por una parte del pasivo social (art. 825 C.C. y C.). Si bien así lo afirman destacados autores ¹⁰, nos permitimos disentir en el sentido

¹⁰ BOQUÍN, Gabriela F., “La extensión de la quiebra de las sociedades de la Sección IV” en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, t. IV, ps. 343 y ss.; USANDIZAGA, Manuel: “La extensión de la quiebra de las sociedades comprendidas en la Sección IV de la LGS”, en Revista del Código Civil y Comercial, diciembre de 2016, p. 237; PALAZZO, Carlota, De la incidencia de la reforma de la ley 26.994 en el supuesto de extensión de la quiebra refleja a los socios de sociedades de hecho o irregulares (art. 160 ley 24.522), libro de ponencias, t. IV, p. 348.

que la responsabilidad ilimitada debe conceptualizarse más rigurosamente como una obligación de responder más allá del aporte con todo el patrimonio y por todo el pasivo social¹¹, como resultaría en un caso de solidaridad que no tuviera limitaciones en alguno de los dos sentidos posibles, fuere respecto del patrimonio del obligado originario o de los bienes con los cuales habrá de responder el solidario¹². Cabe recordar, en el anterior régimen societario, los socios de las sociedades “irregulares o de hecho” resultaban un caso de responsabilidad ilimitada alcanzado por el art. 160 L.C.Q., pues sin perjuicio de que la ley no utilizaba expresamente la locución “ilimitada”, consagraba una responsabilidad solidaria sin limitaciones y directa (no subsidiaria). Conforme el viejo art. 23 LSC: “*Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del artículo 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social*”. De modo que, en primer lugar, la ausencia en la nueva regulación de cualquier mención sobre responsabilidad ilimitada resulta evidente y no es casual junto con la expresa nota de subsidiaridad y fundamentalmente la previsión de solidaridad como excepción a la regla sólo en caso de pacto expreso; lo cual nos conduce a razonar que simple mancomunación con ilimitación no son conceptos asimilables.

Igual conclusión negativa nos arroja un análisis comparativo del régimen de responsabilidad que revestía el socio de la sociedad civil derogada, por cierto similar al de simple mancomunación por partes iguales según la regla del art. 24 L.G.S., pero debiendo advertirse que en el sistema del Código Civil la responsabilidad era directa (no subsidiaria) y la regla de simple mancomunación por una porción viril (art. 1747 C.C.) se calificó de “atípica” por el juego de los arts. 1731 y 1751 C.C.: el primero establecía la obligación de todos los socios de reembolsar, a prorrata de su interés social, el importe de las deudas sociales que uno de ellos hubiera contraído con conocimiento de la sociedad. Y ambos disponían la cobertura, en la misma proporción, de la parte correspondiente al socio que cayera en insolvencia. De suerte que la responsabilidad del socio frente al acreedor social en tanto resultare simplemente mancomunada por su porción viril, podía llegar a ser ilimitada sólo cuando los bienes particulares de los socios resultaren insuficientes, en este caso, dado el deber solidario de asumir

¹¹ Rouillón habló de las “dos puntas” de la verdadera responsabilidad ilimitada: “la *totalidad* del patrimonio personal resulta comprometida por la *totalidad* del pasivo social.” También señaló que resulta la norma societaria donde la ilimitación debe hallarse legislada. V.: ROUILLÓN, Adolfo, “Reformas al régimen de los Concursos. Comentario a la ley 22.917”, Astrea, 1986, ps. 195/196.

¹² QUINTANA FERREYRA – ALBERTI, “Concursos, Ley 19551”, Tomo 3, Astrea, 1990, p. 30.

el quebranto de alguno de ellos a prorrata de su participación social (art. 1731 C.C.)¹³. En apoyo de esta interpretación que en rigor no admite asimilar simple mancomunación con ilimitación, resulta que no hemos hallado precedentes jurisprudenciales que hubieran aplicado el art. 160 L.C.Q. (o el anterior art. 164, Ley 19551) a los socios de las sociedades civiles. En “Gálvez Hnos.”¹⁴ fue el reconocimiento expreso de los socios como responsables ilimitados y solidarios por las deudas de la sociedad concursada, el elemento de prueba que autorizó la aplicación al caso del art. 160 L.C.Q. –de lo contrario inaplicable–.

A mayor abundamiento, no resultaría convincente, como argumento a favor de la supuesta responsabilidad ilimitada del socio de la sociedad de la Sección IV, confrontar la posición más gravosa del socio de la sociedad colectiva con responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria (art. 125 L.G.S.). Si bien el art. 7 L.G.S. no sufrió modificaciones en su texto, nadie niega que el nuevo régimen relativizó absolutamente los principios de tipicidad y regularidad; mientras que por otra parte nos resulta en realidad dogmático afirmar que la responsabilidad del socio de la Sociedad de la Sección IV es ilimitada porque solamente gozan del beneficio de la limitación los socios de las sociedades “regulares” (cuyo tipo así lo prevea)¹⁵.

Se suma otro argumento y resulta que se trata la extensión de quiebra de un instituto de carácter excepcional –una de las excepciones al principio de que no hay quiebra sin insolvencia–, con lo cual se impone la interpretación restrictiva¹⁶.

Finalmente, tras la reforma de la ley 26.994, hacia un cambio de paradigmas se revelaría irrazonable por desproporcionado y asimismo asistemático predicar a favor de una gravísima sanción –como resulta la polémica figura del art. 160 L.C.Q.¹⁷– para alcanzar a un socio con responsabilidad simplemente mancomu-

¹³ BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil”, Astrea, T 8, p. 663.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala Civil y Penal. 20/02/2006. Cita Online: AR/JUR/233/2006.

¹⁵ Nissen critica los alcances del nuevo régimen de la Sección IV como un “paraíso jurídico” que le resulta “sencillamente intolerable”. V.: NISSEN, Ricardo A., Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Reformas a la ley de sociedades comerciales. Revista de las Sociedades y Concursos, n° 2015-1, pág. 27.

¹⁶ Cfr: GERBAUDO, Germán E., “Concurso de las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la LGS”, 13-jun-2017, MJ-DOC-10759-AR | MJD10759.

¹⁷ La naturaleza de esta figura resulta una verdadera sanción, explica Rouillón en op. cit., ps.188/189, postulando –ya hace más de treinta años– directamente su derogación.

nada de las nuevas Sociedades de la Sección IV¹⁸, lo cual además consideramos posiblemente de dudosa constitucionalidad.

¹⁸ Véase a RUBÍN, Miguel Eduardo, “¿Más quebrados o más responsables? Apuntes para un cambio de rumbo del derecho concursal argentino (tercera parte). Buenos Aires, jueves 19 de abril de 2018 - ISSN 1666-8987 - N° 14.390 - AÑO LVI - ED 277.