

EL SOCIO OCULTO Y EL CONCURSO DEL GARANTE

CLAUDIA RAISBERG

- I- Debe admitirse la presentación en concurso preventivo del socio oculto (art. 34, 2º párr. de la ley 19.550) bajo el régimen del concurso del garante (art. 68 de la ley 24.522) cuando la sociedad se presentó en concurso preventivo:
- II- Ello por cuanto:
 - a) La última norma citada se aplica a aquel cuya responsabilidad provenga de un “acto jurídico” y, en el caso del socio oculto, éste ha celebrado un contrato de sociedad con sus consocios (art. 1648 del Código Civil y art. 1º de la L.S.)
 - b) La previsión legal alude a quien garantizase las obligaciones de responder solidaria e ilimitadamente por el pasivo social al igual que el socio de la sociedad colectiva (art. 34 y 125 de la Ley 19.550 una concursada principal, y el socio oculto las garantiza ya que legalmente).
- III- El peticionante deberá integrar su petición con la acreditación sumaria de su condición de socio mediante cualquier medio de prueba (arg. art. 25 L.S.), el que deberá ser evaluado con criterio amplio.

- IV- Esta postura es la que mejor resguarda además el interés de los acreedores por cuanto posibilita promover con mayores elementos eventuales acciones de recomposición del activo fallencial, para el caso de que se decrete la quiebra del concursado principal.

INTRODUCCIÓN :

El concurso del garante configura una novedad de la ley 24.522 que vino a conjurar una problemática de la realidad económica y comercial de las pequeñas empresas y debe ser interpretada con un criterio amplio dado que evita preventivamente la expansión de la crisis de la garantizada en concurso preventivo al garante.

Dada su finalidad preventiva es una herramienta que además de beneficiar al deudor protege el interés de los acreedores, quienes podrán controlar con mayor transparencia ambos patrimonios, el del garante y el de la garantizada.

Es entonces en atención a estas consideraciones que será analizado el tema.

II. FUNDAMENTOS:

I). Configuración del supuesto del socio oculto.

La posición real de un socio no se ve siempre reflejada en el contrato social. Así puede configurarse la situación del socio oculto o socio no ostensible, que es aquel que no aparece entre los integrantes de una sociedad aparente (Conf. Halperín-Butty "Curso de Derecho Comercial", vol. I, Edit. Depalma, Bs. As, 2000, pág. 360).

No figura en el contrato social como integrante de la sociedad ni en el acto de su registro y, sin embargo, goza de los beneficios de los socios y soporta sus riesgos.

No debe confundirse con el caso del mero socio oculto que realmente integra una sociedad en participación, pues éste es un requisito del tipo (art.361/2 de la Ley 19.550).

Algunos autores distinguen como nota característica de esta figura la negación del socio ante terceros de su condición de tal (Nissen, Ricardo "Ley de Sociedades Comerciales" Ed. Abaco, Bs. As., T. II, p. 807; Halperín – Butty, op. Cit. P. 360).

Sin embargo, otros también incluyen situaciones más variadas

de la realidad como la de aquel que oculta una relación social y simula una individualidad de la figura empresarial, o bien desnaturaliza las estructuras de una sociedad y confunde el patrimonio social y el individual asumiendo como propias obligaciones sociales, eventualmente sin ser socio (Pajardi, Piero "Derecho Concursal" Ed. Abaco, Bs. As., 1991, T.I, p. 213/217).

Consecuentemente, a aquel que se muestra como socio sin figurar en el contrato, y sin embargo goza de los beneficios de tal, también debe aplicársele la normativa prevista por el art. 34:2° L.S.

En tal orden de ideas, destácase que quien encuadra en el supuesto en análisis es sancionado por la ley disponiendo su responsabilidad solidaria e ilimitada por las deudas sociales como si integrara una sociedad colectiva, más allá del tipo societario de la sociedad en la cual ha sido oculto.

Ello así, por cuanto tanto quien niega su calidad de socio ante terceros como aquel que se "muestra" en lo fáctico como verdadero socio, pero prefiere servirse de una sociedad donde no aparece para la titularidad registral de la actividad, merecen idéntico tratamiento.

Es que en el caso en análisis, el socio que se muestra como tal no puede ser considerarlo socio aparente (art. 34:1° L.S.) cuando no figura en el contrato social, y cuando lo que la sanción legal persigue evitar en el caso del socio oculto es el engaño y este recaudo se halla presente en el supuesto en examen.

Por ello, no caben dudas que tanto el socio oculto que niega su calidad de tal como el que se muestra pero no figura en el contrato inscripto, responderán como un socio colectivo en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria como sanción al defecto de publicidad.

2) El concurso del garante: delimitación del ámbito subjetivo de esta figura.

¿Puede el socio oculto solicitar la apertura de su concurso preventivo bajo el régimen del concurso del garante ante la presentación en concurso de la sociedad (art. 68 ley 24.522)?

Cabe responder afirmativamente este interrogante por las siguientes consideraciones.

El concurso de los garantes es uno de los nuevos institutos de la ley concursal vigente que no existía en la ley 19.551 ni en la reforma de 1983 plasmada en la ley 22.917, cuya finalidad se advierte como netamente práctica (SCMendoza. Sala I°, Sentencia del 7/7/97, ED 176-532) ya que es habitual advertir la gran prestación de garantías "exigidas" u otorgadas por los socios, administradores y cónyuges a

empresas que atraviesan por crisis económicas.

Cabe señalar, además que la presentación en concurso de la garantizada muy probablemente determinará la dirección de los reclamos hacia sus garantes ya que los términos del acuerdo preventivo homologado no serán invocables por aquellos (art. 55 L.C.)

Ante ello, la figura del art. 68 de la L.C. resulta beneficiosa para estos deudores pues les permite negociar el pasivo con mayores posibilidades de éxito por los motivos que veremos a continuación.

¿Pero, a qué deudores se refiere la norma?

Existen dos tendencias contrapuestas. Una más restrictiva que solo admite que hagan uso de esta opción aquellos cuya obligación de garantía provenga de un acto jurídico y no de un hecho jurídico (entre ellos Grispo, Jorge Daniel "Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras" Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1997 p. 414; Manóvil "El grupo insolvente y el concurso del garante: Glosa crítica de algunas novedades en la Ley de Concursos y Quiebras, Derecho y Empresa, 4-155); y otra más amplia que incluye a todos aquellos que deban responder parcial o totalmente con su patrimonio por obligación u obligaciones cuyo deudor principal es el concursado. (Ver Reggiardo, Roberto "Algunos aspectos del concurso en caso de agrupamiento en nuestra doctrina y jurisprudencia reciente" ED 176-1064, "Sobre otra cuestión concursal. La calidad de garante" diario ED del 16/11/2000).

No obstante aún de postular la primera sería admisible incluir al socio de la sociedad colectiva en el instituto del art. 68 de la L.C., quien ha asumido contractualmente la responsabilidad solidaria e ilimitada de las deudas sociales. De ello se sigue que el socio oculto debe ser considerado como sujeto concursable bajo este régimen.

En efecto, su responsabilidad proviene tanto de la ley (art. 34:2° L.S.) y a título de sanción (ver Zaldivar, Enrique y otros "Cuadernos de Derecho Societario" I, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1980. P. 192/195; Nissen, Ricardo op. cit. p. 238), como de la celebración del contrato de sociedad como socio oculto, con las consecuencias legales que ello acarrea.

Así, admitida por la doctrina la inclusión del socio colectivo en el ámbito subjetivo de la norma en análisis, no encuentro motivo que justifique la discriminación del socio oculto en el caso.

Esta postura se enlaza además en la moderna tendencia a interpretar este instituto de manera flexible para ir tempestivamente en auxilio de la crisis (Maffía, Osvaldo, "Aspectos de la Nueva Ley de Concursos" LL, 1996-D-998; Farina, Juan "El Derecho de la Empresa en dificultades" diario La Ley, revista del 21/4/99).

3) Delimitación del elemento objetivo:

De otro lado, en cuanto a la necesidad de invocar y probar la existencia de estado de cesación de pagos, aún cuando existen autorizadas y respetables posturas contrapuestas (Bergel, Salvador y Paolantonio, Martín "Concurso en caso de agrupamiento" Revista de Derecho Privado y Comunitario" N° 10 – Concursos y Quiebras I p. 254), es generalizada la doctrina en aceptar que este elemento no es un presupuesto de admisibilidad del pedido (Lorente, Javier A. "Nueva Ley de Concursos y Quiebra. Ley 24.522" Ed. Gowa- Buenos Aires, 1995 p.196; Gebhardt, Marcelo "Concursos y Quiebras" Ed. Astrea – Buenos Aires, 1997 p.201; Rivera, Julio C. "Institutos de Derecho Concursal" Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993 T.I p.361/2; Mosso, Luis "El concurso del garante" J.A. N° 6138 p.30):

Ello así, dado que en primer término, aún cuando la ley aparezca confusa, no caben dudas que al remitirse a la normativa prevista en el art. 66 L.C. este elemento no resulta exigible.

En segundo término, esta postura es la que más apunta a lograr la finalidad preventiva de la figura evitando con antelación que el estado de cesación de pagos propague sus efectos respecto del patrimonio del garante.

Sin embargo, debo destacar que incluir explícitamente en la norma como requisito de admisibilidad la "afectación potencial" que el concurso de la garantizada pueda producir en el patrimonio del garante resultaría adecuada.

4) Formas de acreditar la existencia de la sociedad oculta:

Al respecto cabe señalar que la prueba de la sociedad oculta será sin duda una dificultad fáctica tanto para el peticionante como para el Juzgador a la hora de evaluar la configuración del encuadre legal propiciado.

En tales condiciones habrá que aplicar analógicamente el criterio de valoración previsto por el art. 25 de la ley 19.550 para el caso de sociedades de hecho, pudiendo considerar a tal fin como elemento acreditante, entre otros, la conformidad de los consocios, recibos de utilidades, recibos de aportes, la cancelación de deudas sociales.

Habrá que estarse entonces a los medios previstos por el art. 207 y 208 del C. Com, así como a los arts. 1190 y 1194 del C. Civ. Y las restantes normas del código procesal (Nissen, Ricardo op. cit., T.I, p. 274).

De otro lado, idéntico trámite debe afrontar el presentante de un con-

curso que invoca encontrarse subsumido en el caso del concurso en caso de agrupamiento previsto por el art. 65 ley 24.522.

5) Conveniencia de adoptar esta postura.

Además de los argumentos vertidos precedentemente de “lege lata”, y en un todo de acuerdo con su carácter de remedio preventivo, esta interpretación es la que más resguarda el interés de los propios acreedores de garante y garantizado quienes tendrán un control multidireccional del pasivo y del activo y no se verán afectados por el voto recíproco de los concursados en virtud de la exclusión dispuesta en el art. 67 in fine L.C.

Por último, en definitiva y de no haber podido evitar la quiebra, será más fácil investigar y promover acciones de recomposición patrimonial (arts. 118/9; 161/2 y 173 de la L.C.), al tramitar ambos concursos ante el mismo Juzgado y haber intervenido una misma sindicatura, conociendo los pormenores de la relación real existente entre los concursados.

Es que es posible que el caso del socio oculto encuadre eventualmente en el supuesto de extensión de quiebra al socio solidario e ilimitadamente responsable previsto en el art. 160 de la ley concursal, o en el de quien aparentó actuar por al sociedad pero lo hizo en interés personal disponiendo de los bienes como propios, en fraude de los acreedores, supuesto previsto en el art. 161: 2º ley cit. (Dasso, Ariel, “Tendencias actuales del Derecho Concursal” D Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 p. 249 y ss), o cuando existió confusión patrimonial inescindible entre activos y pasivos del socio y la sociedad (art. 161:3º L.C.).

De tal forma será más fácil y transparente el control y la sanción del abuso del recurso técnico de la personalidad jurídica societaria en fraude de los acreedores.

III CONCLUSIÓN:

Propongo un criterio amplio de interpretación del ámbito subjetivo y del presupuesto objetivo del instituto, posibilitando al socio invocar la aplicabilidad de este régimen legal cuando la presentación en concurso de la sociedad pueda afectar su estado patrimonial.