

Sociedad residual y extensión de quiebra

Agustina López Revol ⁽¹⁾ y María Victoria Sánchez ⁽²⁾

Sumario

Las modificaciones operadas en las -hoy denominadas- sociedades residuales tienen impacto directo en la normativa concursal, de tal suerte que la mutación del régimen de responsabilidad impide la aplicación del instituto de extensión de quiebra automática prevista en el art. 160 LCQ a los socios que las integran, salvo que se presente alguno de los supuestos de excepción previstos en el art. 24 LGS.

I. Introducción

La sanción de La Ley 26.994 introdujo modificaciones trascendentales en La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (LS), la que ha pasado a denominarse Ley General de Sociedades (LGS).

Entre las reformas más importantes se ubica la modificación de la Sección IV del Capítulo I, que conforme al sistema anterior se titulaba “De la sociedad no constituida regularmente, y hoy se denomina “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”.

Conforme al nuevo régimen instaurado, en la Sección IV del Capítulo I de la LGS, quedan incluidas las sociedades que no se constituyan según los tipos del Capítulo II, las sociedades que omitan requisitos esenciales y aquellas que incumplan con las formalidades exigidas por La Ley.

Así, el nuevo estatuto societario elimina las severas consecuencias que se preveían para aquellas sociedades que omitieran las formalidades legales para su constitución, de tal suerte que éstas que ya no serán sancionadas con la nulidad o irregularidad sino que no producirán los efectos del tipo y quedarán regidas por las disposiciones previstas en los nuevos arts. 21 a 26 LGS.

Ello importa un cambio paradigmático en el régimen de tipicidad, regularidad y nulidad arraigados en nuestra tradición jurídica y su sustitución por

un régimen más flexible que abarca a un elenco de sociedades que la doctrina denomina indistintamente como “residual”²²³, “simple” o “informal”.

Abordamos un aspecto central de esta reforma, referido a la responsabilidad que se asigna a los socios y el impacto que dicha reforma tiene en el ámbito concursal, específicamente en el instituto de la extensión de quiebra.

De allí que previo a ingresar en el análisis de la cuestión propuesta, se impone la necesidad de efectuar un breve desarrollo de los rasgos más importantes de la reforma en lo que al punto refiere.

II. La sociedad residual

1. Generalidades

En función de lo preceptuado por el art. 21, el nuevo régimen comprende los siguientes supuestos:

- las sociedades que no se constituyan conforme a los tipos regulados en el Capítulo II (esto es: sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria, de responsabilidad limitada, anónima y en comandita por acciones);
- las sociedades que omitan requisitos esenciales (tanto tipificantes como no tipificantes²²⁴);
- las sociedades que incumplan las formalidades exigidas por la LGS.

Además y por imperio de la nueva redacción de los arts. 17 y 25 LGS, quedan incluidas en elenco de sociedades residuales las que comprendan elementos incompatibles con el tipo legal, en tanto la norma citada reenvía al régimen que analizamos.

Como anticipamos, estas sociedades ya no son sancionadas con la nulidad o irregularidad sino que quedan comprendidas en un nuevo estatuto cuyos rasgos fundamentales son:

²²³ En cuanto a la designación de las sociedades reguladas en la Sección IV del Capítulo II, seguimos a los autores que la denominan “residual”: ROITMAN, Horacio - AGUIRRE, Hugo A. - CHIAVASSA, Eduardo N., *“Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación”*, LLAR/DOC/3841/2014.

²²⁴ El art. 21 LGS incluye como un supuesto de sociedad “residual” aquella que omita requisitos esenciales, sin distinguir entre tipificantes y no tipificantes. No obstante, el art. 25 LGS, que regula el trámite de subsanación, hace referencia a ambos recaudos.

a) Son plenamente válidas y eficaces²²⁵ y rige libertad probatoria en cuanto a su existencia (arts. 21 y 23, último párr. LGS).

b) El contrato social puede ser invocado entre los socios (art. 22 LGS).

c) El contrato es oponible a terceros solo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación y estos pueden invocarlo contra la sociedad, los socios y los administradores si declaran conocerlo (art. 22 LGS).

c) Las cláusulas estatutarias en materia de representación son oponibles entre los socios. Frente a terceros, dichas previsiones son oponibles si se exhibe el contrato (art. 23 LGS).

e) Se admite expresamente la posibilidad de estas sociedades de adquirir bienes registrables, reglando los recaudos al efecto (art. 23 LGS).

Se prevé el trámite de subsanación (art. 25 LGS).

f) Aún en caso de quiebra, las relaciones entre acreedores sociales y acreedores particulares de los socios se juzgarán como si se tratara de una sociedad típica (art. 26 LGS).

g) Los socios responden frente a terceros de manera simplemente mancomunada, salvo pacto en contrario (art. 25 LGS).

A continuación nos centraremos en este último aspecto a los fines de determinar si el cambio producido en el régimen de responsabilidad tiene incidencia en el régimen de la extensión de la quiebra prevista en el art. 160 LCQ.

2. Responsabilidad de los socios

En términos generales podemos afirmar que uno de los hitos fundamentales de la reforma operada importa el paso de la responsabilidad solidaria de los socios con la sociedad a la responsabilidad simplemente mancomunada.

El antiguo art. 23 disponía que “Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social”.

En efecto, bajo el régimen de la LS, la irregularidad e informalidad, eran sancionadas con la responsabilidad ilimitada, solidaria y directa (sin beneficio de excusión).

²²⁵ VÍTOLO, Daniel Roque, “*Sociedades Comerciales. Del Anteproyecto a la sanción del Senado*”, LL AR/DOC/4419/2013.

En la actualidad, la responsabilidad de los socios en la sociedad residual se encuentra regulada en el art. 24 LGS e importa un giro radical respecto del régimen anterior. La regla es que los socios responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten:

- de una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones,
- de una estipulación del contrato social,
- de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual dejaron de cumplir los requisitos sustanciales o formales.

Es decir, el principio general es la responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales, aunque los socios pueden convenir una responsabilidad distinta a la prevista legalmente.

En definitiva, el régimen de responsabilidad en estas sociedades es menos severo que el que se preveía anteriormente para las Sociedades Irregulares de Hecho, puesto que la responsabilidad ya no es solidaria (sino que cada socio responde por su parte viril).

Además, la responsabilidad deja de ser subsidiaria al haberse eliminado del texto de la norma la prohibición de invocar el beneficio de excusión. Se trata de una responsabilidad indirecta pues la oponibilidad del contrato social implica también la vigencia de la personalidad y la subsidiariedad de la responsabilidad de los socios²²⁶, en concordancia con las previsiones del art. 143 CCC.

Ahora bien, este nuevo régimen de responsabilidad nos impone la necesidad de indagar si los socios de la sociedad residual mantienen responsabilidad ilimitada y por tanto si son pasibles de la extensión de quiebra prevista en el art. 160 LCQ, cuestión que abordaremos seguidamente.

III. Extensión de quiebra

En el marco de las acciones de recomposición patrimonial, La Ley de concursos y quiebras (LCQ) prevé la posibilidad de transmitir los efectos fallenciales a un sujeto distinto del fallido. Existen dos supuestos que habilitan la extensión de quiebra, la automática prevista en el art. 160 y la por acción estipulada en los tres incisos del art. 161 LCQ.

²²⁶ CHIAVASSA, Eduardo N. “Las sociedades civiles y el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial del Año 2012”, Estudios de Derecho Empresario, Córdoba, vol. 2, año 2013.

A los fines de este trabajo, cabe resaltar que el art. 160 de dicho cuerpo normativo prescribe: *“La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. Cada vez que La Ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este Artículo”*.

Ahora bien, la norma ha planteado serios interrogantes en torno a qué debe entenderse por “responsabilidad ilimitada”. La doctrina discrepa sobre el alcance de la extensión automática y los supuestos que alberga, existiendo tres teorías diferenciadas:

- Teoría restrictiva: comprende sólo a los socios con responsabilidad ilimitada contractual u originaria.

- Teoría amplia: abarca también a los socios con responsabilidad ilimitada derivada o sancionatoria.

- Teoría intermedia: cualquiera fuese el origen de la ilimitación de responsabilidad (derivada u originaria), comprende solo a los que tienen ilimitación de responsabilidad stricto sensu, esto es, quienes responden con todo su patrimonio por todo el pasivo social.

La cuestión no carece de trascendencia pues de la posición que se adopte dependerá en definitiva la resolución del interrogante aquí planteado.

Sin perjuicio del desarrollo que puntalmente se efectuará en los apartados subsiguientes, adelantamos nuestra adhesión a la posición moderada en tanto es la que más se adecúa a los principios que rigen el procedimiento concursal.

Aclarado esto, corresponde determinar si el instituto de la extensión de quiebra es aplicable a los socios de la sociedad residual.

1. Aplicación del instituto a la sociedad residual. Distintas posturas

Hemos dicho que de la normativa societaria surge con claridad que la responsabilidad de los socios de la sociedad residual es mancomunada y subsidiaria, por regla general. Resta determinar si dicha responsabilidad es a su vez ilimitada a los fines de la aplicación del art. 160 LCQ.

La cuestión fue objeto de tratamiento en el IX Congreso Argentino de Derecho Concursal²²⁷, habiéndose expuesto distintas tesis.

²²⁷ IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Villa Giardino - Córdoba, desarrollado en septiembre 2015.

La mayoría de los autores entendió que a partir de la reforma de La Ley societaria los supuestos de extensión de la quiebra de la sociedad a los socios ilimitadamente responsables han quedado sustancialmente reducidos.

Al respecto, Romero²²⁸ concluyó que la extensión de la quiebra prevista en el art. 160 LCQ, ha quedado limitada a los supuestos en que contractual y originariamente se haya pactado la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios.

En igual sentido se expidió Molina Sandoval²²⁹ al expresar que el art. 160 LCQ deja de tener aplicación automática para las sociedades informales, en tanto la solidaridad de los socios con el pasivo social no es ya la regla (los socios no son ilimitadamente responsables).

Por su parte Vítolo²³⁰ argumentó que solo podrá extenderse la quiebra a los socios de las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I, de La Ley 19.550 –en situaciones remanentes o por situaciones originarias- en los casos en que hubieran pactado en el contrato su responsabilidad solidaria e ilimitada en forma directa y no subsidiaria por las obligaciones sociales.

Igualmente, Barreiro²³¹ expresó que la nueva regulación ha determinado la virtual desaparición de la extensión de quiebra prevista en el art. 160 LCQ para las sociedades de la Sección IV de la nueva ley de sociedades, salvo que se diere algunos de los tres supuestos de excepción previstos en el art. 24 LGS.

228 ROMERO, José Ignacio, “*La extensión de quiebra tras la vigencia de La Ley 26.994*”, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. IV, p. 286/287. Al respecto manifestó que las sociedades innominadas de la Sección IV LGS, no conllevan responsabilidad solidaria, sino meramente mancomunada, lo que implica limitar la aplicación del art. 160 LCQ.

229 MOLINA SANDOVAL, Carlos, “*La sociedades simples frente al proceso concursal*”, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. III, p. 716/720. El autor citado entiende que la forma de responsabilidad a los socios de la sociedad informal deberá ser por el cauce de los tres supuestos del art. 161 LCQ.

230 VÍTOLO, Daniel R., “*Extensión de la quiebra*”, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. IV, p. 288 y ss.: *La modificación de la responsabilidad disminuye significativamente la operatividad del principio contenido en el art. 160 LCQ*.

231 BARREIRO, Marcelo G., “*La virtud desaparición de la extensión automática de quiebra del art. 160 L.G.S.*”, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. IV, p. 307 y ss.

En sentido contrario, Boquín²³², entendió que el socio de la sociedad atípica fallida debe quebrar por imperio del art. 160 LCQ, puesto que su responsabilidad es ilimitada. Para así expedirse, explicó que la ilimitación de la responsabilidad no está sujeta a la naturaleza de la obligación que siendo solidaria o mancomunada puede implicar una responsabilidad limitada o ilimitada por ser estos conceptos ajenos a la solidaridad o mancomunación. En consecuencia adujo que los socios de las sociedades reconocidas en la Sección IV tienen una responsabilidad mancomunada pero ilimitada pues responden con todo su patrimonio por la porción que les corresponde. En cuanto al trámite a aplicar consideró que deberá conformarse masas separadas y podrá el subquebrado levantar su quiebra por pago total si abonase la parte mancomunadamente comprometida del pasivo social.

2. Nuestra opinión

Adelantamos que el cambio de régimen operado en las hoy denominadas sociedades residuales importa que la responsabilidad ha dejado ser solidaria para pasar a ser simplemente mancomunada y por partes iguales.

La doctrina ha puntualizado que la mancomunación importa que el crédito o la deuda se descompone en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores y deudores existan. El vínculo jurídico se fracciona y se encuentran absolutamente disociados entre sí²³³.

En efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) define a la obligaciones simplemente mancomunadas en el art. 825 que reza: “*La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros*”.

La aplicación de dicho concepto en materia societaria se encuentra en el art. 24 LGS, que importa que cada socio responderá por su porción viril (que será en partes iguales sino se pactó una proporción distinta).

²³² BOQUÍN, Gabriela F., “*La extensión de quiebra de las sociedades de la Sección IV*”, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. IV, p. 343 y ss. La autora expresó: *La ilimitación no se refiere a la cantidad de pasivo que debo hacerme cargo sino a que responde con todos los bienes por el que me corresponde siendo la causa de quiebra el vínculo típico o ahora atípico que me une con el ente falente.*

²³³ BUERES, Alberto J. (dir.), “*Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*”, Hammurabi, Bs. As., t. 1, p. 505.

Ahora bien, resta determinar si la responsabilidad del socio que integra las sociedades regidas en la Sección IV del Capítulo I reviste la calidad de ilimitada.

El CCCN no contiene una definición de “responsabilidad ilimitada”, motivo por el cual corresponde acudir a las definiciones doctrinarias. Al referirse a este punto, Barreiro²³⁴ afirma que “*cuando se hace referencia a la responsabilidad ilimitada se apunta a que el socio responde no solo hasta el monto de lo que se obligó a aportar, sino que lo hace por todo el pasivo social impago, con la totalidad de su patrimonio propio*”.

La ilimitación de responsabilidad implica entonces que el sujeto responderá con todo su patrimonio por la totalidad del pasivo social. En otros términos, para que exista ilimitación de responsabilidad es necesario que se encuentren presentes ambos aspectos, que todo el patrimonio del sujeto se halle afectado a la satisfacción de pasivo.

El socio de la sociedad residual responde con todo su patrimonio pero no por todo el pasivo sino solo por su porción. De allí que no podemos afirmar que este sujeto tenga responsabilidad ilimitada *strictu sensu*. Ergo, no es posible de la extensión de quiebra prevista en el art. 160 LCQ pues se encuentra ausente uno de los recaudos de procedencia de este instituto, cual es la ilimitación de responsabilidad.

La tesis contraria importa romper lisa y llanamente con uno de los pilares fundamentales del procedimiento concursal. Recordemos que en el concurso rige el principio de universalidad, en sus dos expresiones. En su faz activa implica que todo el patrimonio del deudor, como prenda común de los acreedores, queda afectado al pago de las deudas; en su faz pasiva, el concurso abarca a todas las deudas. Por ello no es posible sostener la posibilidad de extensión de quiebra a un sujeto que no responde por todo el pasivo sin afectar simultáneamente las directrices del sistema concursal.

Como bien explica Martínez²³⁵ la quiebra *no puede ser extendida “de forma parcial”, con la pretensión de incorporar el activo total del patrimonio del sujeto a quien la quiebra se extiende, pero que no respondería por el total del pasivo falencial*.

En definitiva, coincidimos con la opinión mayoritaria expuesta en el apartado precedente y afirmamos que los socios que integran las sociedades regi-

²³⁴ BARREIRO, Marcelo G., “*La virtud desaparición de la extensión...*”, ob. cit. p. 315.

²³⁵ MARTÍNEZ, Marisol, “*Efectos concursales respecto de socios ilimitadamente responsables. Quiebra por extensión*”, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, t. IV, p. 330 y ss.

das por la Sección IV del Capítulo I LGS no son pasibles de la quiebra refleja regulada en el art. 160 LCQ.

La excepción a la regla expuesta se dará solo en los casos en los que se presenten los supuestos de excepción previstos en alguno de los tres incisos del art. 24 LGS. Ello, siempre y cuando la solidaridad surja de previsiones estatutarias o contractuales mediante las cuales los socios dejan sin efecto expresamente el beneficio de la responsabilidad mancomunada (pues la solidaridad es excepcional y no se presume conforme al art. 828 CCCN); o bien, que ello resulte del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual dejaron de cumplir requisitos sustanciales y formales.

IV. Conclusión

Las modificaciones operadas en las -hoy denominadas- sociedades residuales tienen impacto directo en la normativa concursal, de tal suerte que la mutación del régimen de responsabilidad impide la aplicación del instituto de extensión de quiebra automática prevista en el art. 160 LCQ a los socios que las integran, salvo que se presente alguno de los supuestos de excepción previstos en el art. 24 LGS.

En consecuencia, el elenco de sujetos pasibles de extensión de quiebra automática ha quedado sustancialmente disminuido con la reforma operada por la Ley 24.994.