

El concurso de la sociedad unipersonal originaria

Bernardo Carlino y Luis Miguel

Sumario

La vigencia de la Ley 26.994 ha introducido cambios, entre los cuales nos ocuparemos de la inclusión de las sociedades anónimas unipersonales (SAU) inauguradas por el art. 1 de la Ley General de Sociedades (LGS) como nuevo sujeto concursal.

A los fines de esta ponencia, nos interesa reflexionar sobre las particulares características falenciales de la sociedad unipersonal originaria, según la diversidad de posibilidades que pueden presentarse y la cuestión de la competencia del Juez interviniente:

- a) Terceros acreedores quirografarios y/o privilegiados, con el socio único entre una o ambas categorías.
- b) Terceros acreedores quirografarios y el socio único, acreedor privilegiado.
- c) El socio, como único acreedor.

El ordenamiento concursal nativo no contempla un régimen concursal para sociedades unipersonales.

Se formulan reflexiones sobre las características especiales que ofrece el concurso de la sociedad unipersonal

Ponencia

El concurso de la sociedad unipersonal, aún con el único socio como acreedor privilegiado, reviste características especiales que lo diferencian del proceso establecido en la ley de fondo.

I.- Introducción

Si bien en los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación se afirma que éste no reforma a la ley de concursos y quiebras 24.522, lo cierto es que muchas de sus disposiciones impactan sobre el sistema concursal vigente generando importantes cambios .

Entre tales cambios se destaca la ampliación de los sujetos concursales que surge de las nuevas “personas jurídicas privadas” (art. 148), dado que ahora integrarán esa categoría también las “sociedades anónimas unipersonales” y las “otras personas jurídicas a determinar”, según sus características.

Debe distinguirse entre las sociedades unipersonales originarias, que son aquellas fundadas por un único socio o fundador, que asume todas las participaciones de la sociedad, unipersonalidad que nace de un negocio jurídico unilateral, en el que prima la voluntad de éste socio único; de las sociedades unipersonales sobrevenidas, que son aquellas que inicialmente fueron constituidas por varios socios y que con el tiempo se han concretado en uno solo. En estos casos, la sociedad ya existía cuando todas las participaciones acabaron siendo propiedad de un único socio, y no se requiere una transformación societaria, pues se mantiene la forma social originaria.

Ya la unipersonalidad había sido admitida por la jurisprudencia en el instituto del *cramdown* a través del art. 48 de la ley de concursos: en los autos “Ferrovial S.A. s/conc. prev. (hoy *cramdown*)” se resolvió que la norma del art. 1° de la por entonces Ley de Sociedades Comerciales no constituía impedimento para una nueva forma social como la que surge por aplicación del art. 48 de la ley 24.522, que implica la posibilidad de que una persona física se constituya en titular del 100% del paquete accionario de una sociedad sometida al procedimiento del *cramdown*, sea que se trate de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima, pues de otro modo se estaría en presencia de una trampa legal, considerando que la finalidad del art. 48 LCQ justificaba la excepción a la norma del art. 1° LSC.

En idéntico sentido, el fallo del 25/9/2002 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en los autos “Great Brands Inc. s/conc. Prev.”, donde el Tribunal había admitido la apertura del concurso preventivo de una sociedad extranjera unipersonal a la que debía aplicarse la ley argentina. Así, se admitió la existencia legal de una sociedad nacional unipersonal y su legitimación para ser sujeto de concurso preventivo (arts. 2, 5 y 68 LCQ), con invocación de las situaciones referidas en los puntos precedentes, sin que corresponda generalizar el desconocimiento de la imputación diferenciada.

En cuanto a las posibilidades de utilización de la nueva figura, consideramos tres casos posibles:

En primer lugar, el de la subsidiaria totalmente integrada de una empresa extranjera que, al contar con la figura de la sociedad anónima unipersonal, podrá ser la única socia fundadora de una sociedad local (filial) sin verse sometida a los riesgos “de agencia” que derivarían de la necesidad de contar con otro socio local.

En segundo término, el de las empresas nacionales de cierta envergadura, o las que ya están sometidas al art. 299 LS (con tres síndicos y tres directores) la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada.

Y finalmente, el de la persona humana titular de un patrimonio sobre el que desea afectar una porción a un objeto social determinado. Reflexionaremos sobre esta posibilidad.

II.- Modalidades de la actuación unipersonal

Útil es distinguir, en el derecho occidental capitalista, que tres son las modalidades bajo las cuales el “empresario/persona humana” puede desarrollar su actividad empresarial sin necesidad de asociarse con otro sujeto:

a) Como titular único de una hacienda empresarial, por cuyo resultado en la explotación -en la hipótesis de ser negativo- responde en forma ilimitada con su patrimonio personal.

b) Como sujeto titular de uno o más patrimonios de afectación, ligados exclusivamente al cumplimiento del objeto para el cual son constituidos (por ejemplo, el caso de uno o más fideicomisos).

c) Como constituyente o socio de una sociedad unipersonal, por la cual limita su responsabilidad al capital aportado.

III.- La problemática

Con relación a las sociedades, debe distinguirse entre la insolvencia o falta de patrimonio activo para atender el patrimonio pasivo, de la cesación de pagos que se genera por un activo corriente menor al pasivo corriente, sin que exista la anterior situación.

La ley de sociedades contiene un sistema imperativo y autónomo de enfrentar la insolvencia de esas personas jurídicas, esto es la pérdida del capital social.

Ya en la ley de concursos, se enfoca la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el activo corriente es insuficiente para

satisfacer el pasivo corriente, a través de los medios preventivos -concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad, en este caso.

En términos generales, de no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado pero si la repercusión social indica la necesidad de conservar socialmente los puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan de viabilidad y sustentabilidad para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios.

De lo que se sigue que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal, resultando que lo conveniente es que la sociedad se liquide in bonis. La ley 24.522 menciona a los sujetos de los concursos preventivos en la enumeración del artículo 2º, a la que debe agregarse un tipo que son las sociedades en liquidación, conforme artículo quinto (5º) de la misma normativa.

Lo que evidencia el orden de prelación, ya que el liquidador societario de una sociedad está legitimado para llevar a cabo todo el procedimiento de los artículos 102 y siguientes de la Ley de Sociedades Comerciales, que termina con la inscripción definitiva de la extinción de la persona jurídica (artículos 111 y 112, LSC) en la medida que le alcancen los bienes para honrar las obligaciones.

IV.- ¿Sub tipo concursal para el único socio?

La LCQ no prevé un proceso concursal específico para sociedades unipersonales, cuando su único socio sea acreedor.

Bastante se ha criticado su metodología de la LCQ, porque no tomar en cuenta las particularidades de cada persona que desea acceder a una alternativa concursal ya que el esquema actual de la ley presenta pocas diferencias entre el concursamiento o quiebra de personas físicas (o humanas) y las jurídicas. El proceso concursal de personas jurídicas tiene algunas pautas diferenciales en materia de competencia (art. 3º, LCQ), en orden a los requisitos de presentación (art. 11, LCQ) y la forma de expresar la voluntad (art. 6º, LCQ). Incluso para algunas sociedades (como la sociedad anónima o de responsabilidad limitada) se admite el cramdown (art. 48, LCQ), lo que está expresamente prohibido para las personas humanas.

Paralelamente, también el régimen diferencial entre pequeños y grandes concursos, no sólo está desactualizado (fruto de los vaivenes económicos de estos últimos años art. 288, inc. 1, LCQ) sino que ha sido criticado por no res-

ponder a las reales necesidades de los diversos tipos de empresas. Del mismo modo, el ordenamiento concursal argentino no contempla todavía un régimen concursal para la generalizadamente llamada quiebra del consumidor. El mismo régimen, los mismos plazos y los mismos jueces son los que se aplican tanto para procesos concursales de grandes compañías (con millones de pesos en pasivos) como para la quiebra de un almacén de barrio o de quien se endeudó con compras de consumo, como las realizadas mediante tarjetas de crédito.

En función de lo anterior, pensamos que debemos sistematizar las variantes que puede ofrecer la sociedad unipersonal de acuerdo a las siguientes posibilidades:

V.- Variantes patrimoniales

En breve resumen, en el estado concursal la Sociedad Unipersonal puede ofrecer las siguientes variantes patrimoniales, sobre las que emitimos nuestra opinión:

1) Terceros acreedores quirografarios y/o privilegiados

a) Cuando el socio único no es acreedor, entendemos que se debe aplicar el procedimiento legislado en la normativa de Concursos y Quiebras.

b) Cuando el socio único se encuentre entre una o ambas categorías, entendemos que debe estarse al sistema, en cuanto a los privilegios y mayorías previstos en la legislación concursal

2) Terceros acreedores quirografarios y el socio único, acreedor privilegiado.

El derecho societario pone a disposición de los administradores alternativas suficientes para evitar que sus problemas de liquidez, transitoria o permanente, desemboquen en el derecho concursal, y para que las causas determinantes puedan ser removidas para evitar entrar en la etapa de disolución y liquidación. La redacción que luce el art. 100 de la Ley General de Sociedades (LGS) así lo ratifica.

No existe una norma que disponga imperativamente que los socios deban reintegrar o aumentar el capital. Por lo tanto, a manera de guía objetiva para evaluar la procedencia de las propuestas de quitas a los acreedores, corresponderá elaborar un indicador simple que equipare el esfuerzo hecho por parte de los socios, con el que se vaya a proponer a los acreedores en la etapa concursal¹⁹⁴.

¹⁹⁴ CARLINO Bernardo, “Las quitas a los pasivos deben ser proporcionales o menores a la inyección de fondos de los socios (art. 96 LGS)”. Ponencia presentada en el IX

3) El socio único, único acreedor privilegiado o quirografario.

Entendemos que, cuando el único socio, resulta ser único acreedor quirografario o privilegiado, no hace falta acudir a un proceso concursal, pues basta acudir a la liquidación societaria -sin quiebra- prevista en la Ley General de Sociedades.

Con relación a estas sociedades, con un único socio y acreedor, creemos que la falta de patrimonio activo para atender el patrimonio pasivo puede desembocar en la responsabilidad del único socio quien, previamente, para permitir la reorganización de la sociedad, podría asumir con su crédito la pérdida, propender al aumento del capital social o bien acudir a la liquidación prevista en la Ley General de Sociedades.

De no ser la empresa viable, la liquidación societaria es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios.

VI.- Competencia

En este punto nos limitaremos a adherir a propuestas contenidas en el Anteproyecto solución dada por el derecho español, por la afinidad con el nuestro.

La regla indica que el concurso de la Sociedad Unipersonal no significa el concurso del socio único.

A falta de otras regulaciones específicas para el caso de la SAU contenida en el art. 1º de la Ley General de Sociedades, proponemos que para su concurso resulta competente el juez del concurso del socio único, y en el caso de la sociedad controlada su concurso dependerá del juez competente en el concurso de la sociedad controlante.

Asimismo que el Juez que estaba conociendo en el concurso del socio único o de la sociedad controlante, debe tener la posibilidad de requerir la inhibición del juez que está conociendo en el concurso de la sociedad unipersonal o de la sociedad controlada.