

## Algunas reflexiones en torno a la extensión de la quiebra al socio oculto

R. Agustín Vidal

*A mi maestra de Derecho Comercial,  
Dra. María Isabel Tenreiro de Soria (in Memoriam)*

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

Al regular la figura del socio oculto, el artículo 34 de la ley 19.550 (en adelante “LS”) remite al artículo 125 y por tanto confiere a aquel la responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria por el pasivo social, como los socios de la colectiva.

En consecuencia, al declararse la existencia de una simulación de este tipo surgirá, junto con la responsabilidad propia de la sociedad, la del socio oculto que responderá subsidiariamente con su patrimonio.

Adherimos a la idea que, de revelarse la existencia de un socio oculto, corresponderá a este la extensión de la quiebra de la sociedad de la que forma parte, conforme art. 160 de la ley 24.522 (en adelante, “LCQ”).

Será, entonces, objeto de este trabajo, analizar algunos aspectos relativos a la extensión de la quiebra al socio oculto.

Cabe destacar que el tema resulta vigente a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”) y de la reformada LS; pues el primero conserva la regulación de la denominada acción de simulación, y la segunda mantiene sin alteraciones la figura del Socio Oculto.

### II. Carácter sancionatorio del instituto. La tipicidad [\[arriba\]](#) [1]

Nuestra doctrina mayoritaria ha entendido que la extensión de la quiebra constituye la sanción de una antijuridicidad[2]. Y tal afirmación surge al considerar que, de ser admitida, produce una de las consecuencias más graves para un tercero: su propia declaración de quiebra; sin que necesariamente se encuentre en cesación de pagos (presupuesto objetivo esencial para declararla, cfr. arts. 78 y 79 LCQ).[3]

Y esa característica “sancionatoria” que se le ha adjudicado, con gravísimas consecuencias económico-jurídicas para el tercero, implica que el art. 160 y 161 de la LCQ deben ser interpretados conforme el principio de legalidad o tipicidad, que impide su ampliación más allá de la “textualidad” legal. Como bien se ha dicho, “el principio de legalidad tiene más estrictez en materia penal, por cierto, pero juega en toda regla sancionatoria”[4].

No podemos dejar de mencionar que el instituto ha devenido “poco práctico” en la realidad argentina. En tal sentido, la quiebra del “extendido” implica que sus acreedores personales, concurrirán al proceso concursal y cobrarán sus créditos, y sólo de existir remanente, hará ingresar nuevos activos para repartir entre los acreedores de la quiebra “principal”.

Lo anteriormente expuesto, sumado a las vicisitudes y demoras de los procesos concursales en nuestro país, impiden que el instituto pueda ser apreciado como un mecanismo para garantizar el crédito de los acreedores de la quiebra principal. Mucho menos permite a superar la crisis y la insolvencia empresaria, atentando contra el principio conservatorio de la empresa que, desde las últimas reformas, aparece como “rector” en nuestro ordenamiento concursal.

### **III. Supuesto legal aplicable al caso [\[arriba\]](#)**

La ley concursal regula “dos supuestos de extensión de la quiebra: refleja, que opera de pleno derecho (art. 160) y por extensión, propiamente dicha, que requiere de una acción ordinaria (art. 161 y ss.); en ambos casos se parte de la existencia de una quiebra principal o preexistente en trámite”[5].

En algunas ocasiones se suele pensarse -erróneamente- que la extensión de la quiebra al socio oculto deriva de una relación de control que este tendría ante la sociedad, en los términos del artículo 161 de la ley 24522 cuyo inciso 2 reza: “La quiebra se extiende: ... 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte”.

De acuerdo al texto legal, son requisitos para la procedencia de la extensión: (i) existencia de una persona controlante de la sociedad fallida; (ii) que dicha controlante haya hecho un desvío indebido del interés social de la controlada; (iii) que dicha controlante haya sometido a la controlada a una dirección unificada; (iv) que esa dirección unificada haya sido impuesta en interés de la controlante ó del grupo económico del que forma parte.

En esencia, la hipótesis sub-examine consiste en pensar al socio oculto como un “director encubierto” de la empresa. El control externo podría definirse, entonces, como “una influencia dominante...por los especiales vínculos existentes”[6] entre el socio y la sociedad.

Pensamos que la hipótesis es a todas luces incorrecta, pues sin perjuicio de una posible situación de control entre el socio oculto y la sociedad[7], lo cierto es que la extensión de la quiebra al oculto surge por su carácter de socio ilimitada y solidariamente responsable, en los términos del artículo 160 de la ley 24522, siendo necesaria -únicamente- la previa revelación de la simulación para declarar automáticamente la extensión. En ese sentido, contundentes resultan las palabras de ETCHEVERRY al expresar que “si existe socio oculto y se prueba su existencia, cualquiera sea el tipo social, es sujeto pasivo de la extensión de la quiebra, por su responsabilidad”[8].

### **IV. Excepcionalidad e interpretación restrictiva [\[arriba\]](#)**

También ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia el carácter excepcional del instituto de la extensión de quiebra; y como natural consecuencia de dicha excepcionalidad, la interpretación restrictiva del mismo.

Así, para que se configure la hipótesis fáctica legal, el sujeto al que se extiende la quiebra debe ser un socio de responsabilidad ilimitada, o “debe haber actuado con un interés propio

directo, pretendiendo obtener un beneficio personal, utilizando para ello bienes que no le pertenecen sino que son de la fallida, y en fraude de los acreedores de ésta. Los actos realizados por este sujeto, han de ser de tal naturaleza que provoquen, o mejor, que sean causantes de la cesación de pagos y posterior quiebra de aquélla”[9] .

En efecto, la extensión de la quiebra es de interpretación restrictiva, en tanto excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia[10]. Consecuentemente, el magistrado que declara la extensión debe apreciar la norma ciñéndose a la palabra legal, pues no cabe en el instituto ninguna interpretación analógica ni ampliatoria de los supuestos regulados.

#### **V. El incidente de extensión como verdadera acción de simulación [\[arriba\]](#)**

Conforme art. 280 y siguientes de la LCQ, toda cuestión que tenga relación con el objeto principal del concurso, y no se halle sometida a un procedimiento especial, debe tramitar en pieza separada, por incidente.

La extensión la quiebra en los términos del artículo 160 de nuestra ley concursal, al no poseer regulación legal específica respecto de las normas procesales que rigen su tramitación, debe sustanciarse por la vía incidental, y así se ha procedido generalmente en nuestros tribunales. La misma habrá de pedirse por el síndico o cualquier de los acreedores[11] pues ya tiene dicho nuestra doctrina que “debe admitirse la petición del interesado si el Tribunal no advierte la presencia del socio solidario”[12].

Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de la extensión al socio oculto, el incidente de extensión posee una nota distintiva pues, se quiera o no, constituye una verdadera acción de simulación sumergida en el proceso concursal.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria han entendido que la existencia de un socio aparente u oculto deviene, indefectiblemente de una simulación[13]. De allí la necesidad de adecuar las disposiciones vigentes en el CCCN a las figuras sub examine, expresamente reguladas en el artículo 34 de la LS. Evidente resulta que las disposiciones del derecho civil, en cuanto elemento común y residual del sistema jurídico argentino, preceptúa reglas generales que requieren su armonización con los principios propios de cada ordenamiento específico.

Si la simulación es ilícita (o perjudica a terceros) el acto ostensible deviene nulo. Es decir que, de acreditarse tales extremos, al evidenciar la existencia de un socio oculto o aparente, tal apariencia configuraría la nulidad del acto visible.

Bajo esta línea de razonamiento se ha decidido (a nuestro criterio, erróneamente) que si todos los socios de una sociedad son aparentes y los verdaderos resultan ocultos, la sociedad es nula por no contener una verdadera pluralidad de socios[14].

En esencia, corresponde distinguir cuál es el acto viciado y pasible de ser sancionado con la nulidad, y que por ende, se verá privado de sus efectos. Es menester ser extremadamente cuidadosos al aplicar las normas del derecho común, pues el derecho societario posee

principios protectorios de la empresa, que hacen a su esencia misma como legislación especial.

Pensamos que, teleológicamente, la norma busca anular la simulación para posibilitar que refloten los verdaderos negocios ocultos. Esta es la línea interpretativa fundamental que, a nuestro criterio, debe emplearse para entender su correcta aplicación.

Por nuestra parte sostenemos que, en el ámbito societario, la simulación es simplemente el acuerdo (o negocio) en el que incurren las partes tendiente a obtener un resultado determinado (la constitución de una sociedad, o la presencia de un prestanombre como socio), ese sería el “acuerdo simulatorio” a declararse nulo (que es pasible de perjudicar a terceros). En consecuencia lo que se anula es el acuerdo entre las partes de participar en nombre de otro en la sociedad; lo que eventualmente podría verse plasmado en un contradocumento (art. 335 del CCCN).

Así, la creación de una sociedad deviene como un contrato plurilateral de organización[15], distinto del “acuerdo simulatorio”, y que representa el nacimiento de una nueva persona - jurídica- distinta de las contratantes. Por ello, la sociedad existirá, será válida como tal, se vincularán a ella diversos terceros y, de acreditarse algún perjuicio en su contra a causa del engaño, tendrán expresa protección legal[16].

En caso de que se declarara una simulación de este tipo, pensamos que la sociedad debe persistir, y los socios aparentes responderán como verdaderos socios, pues así lo ha dispuesto el artículo 34 de la LS. Por su parte, los socios ocultos responderán de manera ilimitada, solidaria y subsidiaria -junto con los aparentes, si los hubiera- conforme artículo 34 in fine de la LS, y les será extensible la quiebra de la sociedad que conformaban.

En suma, la nulidad declarada en el incidente concursal, y que deviene de la simulación, no debiera afectar nunca al contrato de sociedad, pues lo que se pretende es la desaparición del acto ostensible y la visualización de las verdaderas relaciones subyacentes. Todo lo expuesto, deriva de la finalidad propia de la norma civil que es la protección de los terceros; y nada mejor para ellos que tener a una sociedad, a sus socios, y a los socios ocultos (que responden ilimitada y solidariamente) para garantizar sus créditos actuales o eventuales.

Bajo esta perspectiva no podemos olvidar que, en el derecho concursal argentino, ha de estarse siempre por la conservación de la empresa, como razón de orden social y, en especial, en lo atinente al mantenimiento de las fuentes de trabajo y de riqueza; interpretación que constituye un cartabón insoslayable en materia mercantil[17].

Asimismo es dable destacar que las nulidades en el ámbito societario poseen ribetes específicos cuya interpretación diverge sustancialmente de las expuestas en el derecho común. Bajo este razonamiento calificada doctrina ha reconocido la consideración de las consecuencias propias de los actos plurilaterales, tendientes a la conservación del mismo[18].

Entendemos que, en principio, la simulación deberá presumirse siempre ilícita, porque el engaño no se explica habitualmente en un marco de licitud[19]. En tal sentido, la presencia del socio oculto habrá de presumirse como una simulación ilícita, pues quien se esconde no

asume los riesgos de la explotación del negocio, participando del mismo en forma clandestina, lo que resulta en un claro perjuicio para los terceros que se vinculan con la sociedad. Por tal motivo nuestra jurisprudencia lo ha catalogado como un desempeño antijurídico, sancionado por la ley 19.550 con la responsabilidad ilimitada y solidaria[20].

Como consecuencia de lo expuesto, al plantearse el incidente de extensión de quiebra al socio oculto debe ser la meta del “incidentista” generar la convicción judicial respecto de la existencia de un acto simulado cuya nulidad habrá de declararse; determinando así la existencia de un socio ilimitada y solidariamente responsable al que se extenderá la quiebra.

## **VI. Incidencia de las presunciones en el incidente de extensión de la quiebra al socio oculto** [\[arriba\]](#)

Es importante destacar que, por tratarse de una verdadera acción de simulación, el magistrado, al resolverlo, habrá de ponderar especialmente los indicios o presunciones que permitan generar la convicción judicial acerca de la existencia de un socio oculto.[21]

En el marco de una acción de simulación “la prueba de presunciones tiene singular importancia porque, naturalmente, los terceros ajenos al acto se hallan en la imposibilidad de tener prueba directa de la simulación”[22]; y aquellos que participaron de ella con alta probabilidad sean renuentes a aportar pruebas que corroboren su existencia (por ejemplo, un contradocumento).

El incidente de extensión de la quiebra al socio oculto posee, entonces, ribetes específicos para el juez interviniente, pues probablemente sean las presunciones, y no las pruebas concretas, las que generen su convicción a la hora de fallar.

## **VII. Conclusiones** [\[arriba\]](#)

De los breves aspectos analizados acerca de la extensión de la quiebra al socio oculto podemos concluir que:

- a. La extensión de la quiebra al socio oculto surge de la aplicación del artículo 160 de la LCQ, es decir, por su carácter de socio ilimitadamente responsable.
- b. La existencia del socio oculto implica la de una simulación en los términos del artículo 333 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación.
- c. El incidente de extensión de la quiebra al socio oculto implica una verdadera acción de simulación sumergida en el proceso concursal; y, naturalmente, implicará la nulidad del acto simulado.
- d. Dicho incidente de extensión de la quiebra posee diversos ribetes específicos, siendo uno de los más relevantes, la necesidad del magistrado interviniente de fallar de acuerdo a las presunciones porque, naturalmente, los terceros ajenos al acto se hallan en la imposibilidad

de tener prueba directa de la simulación y aquellos que participaron de ella con alta probabilidad sean renuentes a aportar pruebas que corroboren su existencia.

## Notas [\[arriba\]](#)

- [1] Cabe destacar que la reformada LS mantiene, en su artículo 34, la responsabilidad ilimitada y solidaria de aquel que actuare como socio oculto.
- [2] Quintana Ferreyra-Alberti, "Concursos. Ley 19.551. Comentada, anotada y concordada". T. III. Ed. Astrea. Buenos Aires. Pág. 82. Otaegui, tratando la figura del inc. 2° del art. 165 (hoy 161 de la LCQ) explica que al disponer la quiebra del controlante en determinados supuestos, impone una pena privada o pena civil que no importa el resarcimiento de un daño sino el castigo de una inconducta ("Algunos aspectos de la extensión de la quiebra", E.D. 153, págs. 652 y ss.).
- [3] "La quiebra se extiende como sanción. El presupuesto de la insolvencia o cesación de pagos del extendido no es indispensable, o al menos sin que necesariamente se compruebe tal estado" (Rouillon, Adolfo. "Reformas al régimen de los concursos". Ed. Astrea. Buenos Aires. Pág. 241)
- [4] Quintana Ferreyra-Alberti, ob. cit, pág. 87, nota 33.
- [5] PESARESI, Guillermo Mario. "Ley de Concursos y Quiebras. Anotada con jurisprudencia". Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Año 2008. Pag. 627.
- [6] GRISPO, Jorge Daniel - BALBIN, Sebastián; "Extensión de la quiebra", Bs. As., Ad-Hoc, 2000, p. 22.-
- [7] Si se cumplen todos los extremos establecidos por la norma.
- [8] ETCHEVERRY, Raúl A. "Supuestos de extensión de la quiebra", LL, 1982-B-812.
- [9] C2a. CCom. de Córdoba, "Banco Comercial, Hipotecario y Edificador de Córdoba S.A. s/Quiebra pedida s/Incidente de extensión de quiebra a Bagur, Jorge B.", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 14, 1995, p.356.
- [10] CC Comercial de Rosario, sala IV, 13.10.96 "Sosa, Ramón T. Construcciones S.R.L. s/ quiebra", LL Litoral 1998-885.
- [11] Nunca por los propios socios, pues por tratarse de un acto simulado no puede ser alegado por las partes que intervinieron en la simulación (Cnf. Art. 335 del Código Civil y Comercial de la Nación).
- [12] RIVERA-ROTMAN-VITOLLO. "Ley de concursos y quiebras". Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni. Año 1995. Pag. 260.
- [13] FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (pater) - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h). "La actuación de testafierros en el derecho societario. El socio aparente y el socio oculto." En página web: [http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos\\_doctrina/TESTAFERROS\\_EN\\_EL\\_DERECHO\\_SOCIETARIO.pdf](http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/TESTAFERROS_EN_EL_DERECHO_SOCIETARIO.pdf). (última consulta: 12/07/2016).
- [14] Así aconteció en autos "Juhal Eduardo J. v. Fumo, Claudio A. y otro", donde el magistrado de primera instancia declaró la nulidad de la sociedad. Tal decisión fue criticada por la sala D de la Excelentísima Cámara Nacional en lo Comercial, criterio al cual adherimos.
- [15] IBAÑEZ, Carlos Miguel. "Derecho de los contratos: Parte general". Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. Año 2010. Pag. 197 y ss. Sostenemos que el contrato de sociedad es siempre plurilateral de organización, con excepción de la sociedad anónima unipersonal que configura un tipo sui generis dentro del elenco societario que prevé la ley 19.550.

- [16] Del voto del Dr. Gerardo G. Vasallo, en autos “Juhal Eduardo J. v. Fumo, Claudio A. y otro”.
- [17] CNACCom San Juan: "MADCUR S.A. S/ CONV. EN CONCURSO PREVENT.- INC. IMPUG. AL ACUERDO DED. P/ ISAIGO S.A. Y OTRO", Sala 3, 30 -09-2.004
- [18] SALVATIERRA, L. “Nulidad del acto jurídico societario”, en RADE, nº 2, Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. Año 2005. Pag. 268.
- [19] Romano, Alberto Antonio, “Comentario al art. 34 LSC”, en: ROULLION, Adolfo. (Director) - ALONSO, Daniel F. (Coordinador) “Código de Comercio, Comentado y Anotado”. Tomo III. Ed. La Ley. Buenos Aires. Año 2006. Pag. 88.
- [20] CNac.Com. Sala A, 26-12-97, “Alvear 1850 S.R.L. s/ quiebra s/ Inc. de extensión de quiebra”
- [21] En tal sentido ver Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, Industria “Metalurgia Sumet s/quiebra s/incidente de extensión”. La Ley, Cita online: AR/JUR/875/1993.
- [22] CC Ros. II, 30/10/87, J 81-141. En SALAS - TRIGO REPRESAS - LOPEZ MESA. “Código Civil y Leyes Complementarias. Anotados”. Tomo II. Ed. Depalma. Buenos Aires. Año 1999. Pag. 428.