

LA QUIEBRA POR EXTENSIÓN. MECANISMOS. UTILIDAD. ¿SUPERVIVENCIA?**María Cristina DE CÉSARIS****Expositores: Fernando Javier MARCOS, Fabiana PEREZ y Miguel Ángel RASPALL****Coordinadora: María Cristina DE CÉSARIS****1. Presentación e Introducción:**

Luego de la apertura efectuada por el Dr. Efraín Hugo Richard, el Dr. José Fernando Márquez y la abogada María Fernanda COCCO, quienes dieron la bienvenida a los y las asistentes y agradecieron la colaboración y la disponibilidad de quienes acompañaron desde que se inició el ciclo de conversatorios, tomó la palabra la profesora María Cristina De Cesaris, en su carácter de coordinadora, quien presentó a los disertantes Dr. Fernando Javier MARCOS¹⁰⁷, Contadora Fabiana PEREZ¹⁰⁸ y Dr. Miguel Ángel RASPALL¹⁰⁹, explicitó la modalidad consensuada para desarrollar el tema e hizo una breve introducción al mismo para destacar los aspectos que serían objeto de especial análisis. Señaló que el objetivo principal que se habían propuesto era, conforme el título del conversatorio, analizar el instituto para valorar la UTILIDAD Y SUPERVIVENCIA DEL MISMO sobre la base de la regulación actual y las enseñanzas que ha dejado su aplicación. Congruente con ello, luego de que cada uno de los expositores desarrollara su tema con una valoración personal sobre el subsistema de extensión o modalidad de extensión que abordará, se invitaba a todos y todas los asistentes a analizar a través del intercambio de opiniones si el sistema de extensión sigue siendo eficiente y debe seguir vigente tal como está regulado. O si, por el contrario, han demostrado ser más eficaces otras formas de contribución al activo concursal por terceros no fallidos, como las acciones de responsabilidad.

¹⁰⁷ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón; Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (Facultad de Derecho UBA); Doctorando en la Facultad de Derecho UCA-BA; se desempeñó como docente de en el área de Derecho Comercial y Obligaciones en distintas universidades; Docente de la Diplomatura de Derecho Concursal (UMSA-Colegio Público de Abogados Capital Federal); Miembro del Instituto de Derecho Comercial del Colegio Público de Abogados de Capital Federal.

¹⁰⁸ Licenciada en Administración de Empresas y Contadora egresada de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y Especialista en Sindicatura Concursal de la misma Facultad; ejercicio de la sindicatura como Síndica clase B en el período 2009 -2012 y Síndico clase A Estudio Kurlat-Perez y Asociados, períodos 2013-2016, 2017-2020 y 2021-2024; participante en Jornadas de actualización y capacitación dictadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas C.A.B.A., e instituciones académicas universitarias, entre otras las JORNADAS PREPARATORIAS DEL XI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL (Universidad del Centro de la Republica, Bahía Blanca, Universidad Austral, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de CABA, Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino, Universidad Católica de Santa Fe, Facultad de Derecho Departamento de Derecho económico y Empresarial del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Universidad de Cuyo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNL); Participación en la elaboración del proyecto de ley de concursos impulsado por "El Arca"; Auxiliar docente en la materia Actuación profesional Judicial en la Facultad de ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (período 2003.2010); Profesora invitada en las carreras de Post grado de Especialización concursal dictadao en la Universidad de Entre Ríos (UNER) y en la Universidad del Comahue y Profesora invitada en la Maestría de Derecho Empresario (intensivo) UCES.

¹⁰⁹ Ex Profesor titular de Concursos y quiebras y Ex profesor de Títulos Valores y Derecho bancario. Profesor en cursos de posgrado. Ex Presidente del Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de Rosario. Integrante del Tribunal Evaluador de la Carrera de Sindicatura Concursal desde 2008 a la fecha. Miembro y Director de la Revista Electrónica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Miembro del Instituto de la Empresa de la Facultad de Derecho de Córdoba. Director del Centro de Estudios de Derecho Comercial de la UCA Rosario. Autor y coautor de varios libros de la especialidad concursal y autor de libros de Derecho de la Empresa. Autor de trabajos doctrinarios y disertante habitual en eventos académicos.

Para introducir el tema la Dra. María Cristina De Cesaris recordó que en la ley 24522 se regulan cuatro supuestos TÍPICOS de extensión, UNO EN EL ART. 160 Y TRES EN EL ART. 161. El art. 160, LCQ, dispone que "la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada..." regulándose a continuación la extensión a los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, que también es llamada quiebra refleja. Por su parte, el art. 161, LCQ, prevé los supuestos para que pueda requerirse la extensión que son: Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores. 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. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) Aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) Cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

Se distinguen estos dos grandes grupos de extensión de quiebra, haciendo referencia a la quiebra refleja "sincrónica" o "simultánea" con la principal y la refleja "asincrónica" o "sucesiva" de la principal, cada una con sus particularidades. Por su parte el art. 172 LCQ advierte que la existencia de agrupamiento societario, grupo societario o conjunto económico, no importa per se la extensión de quiebra de uno de los integrantes a los restantes, salvo que se den los supuestos del art. 161 o en el caso de fracaso del concurso preventivo agrupado cuando se hubiera optado por la propuesta unificada (art 67).

2. Sobre alguna de las cuestiones involucradas en las hipótesis de quiebra reguladas en estas normas hablaron Fernando Javier Marcos, Fabiana Pérez y Miguel Ángel Raspall, en ese orden.

Dr. Fernando Javier MARCOS: **Quiebra refleja y socios de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550:**

Comenzó diciendo el Dr. Marcos que "La extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, denominada "quiebra dependiente, accesoria o refleja" siempre fue un instituto controversial del régimen falencial, tanto para la doctrina foránea, como para la nacional. Su aplicación provoca desde sus orígenes, debates sobre sus fundamentos, alcances, pero, además, respecto a su utilidad o no en el campo del derecho de quiebra, los cuales también han alcanzado a los otros supuestos de extensión de quiebra que en la legislación argentina regula el artículo 161 de la ley 24.522.

Precisó que puntualmente analizaría al supuesto que trata el artículo 160 de la Ley de Concursos y Quiebras, cuyo antecedente inmediato fue el artículo 164 de la ley 19.551 inspirado en la ley italiana de 1942, el cual dispone *ipso iure* la declaración de quiebra del socio con responsabilidad ilimitada, pero lo hace únicamente en relación a los socios de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades —en adelante "socios de la Sección IV"—, cuya reforma por la ley 26.994 reavivó el estudio y la discusión sobre este particular supuesto de extensión de la quiebra.

Esto es así, no solo por la incorporación de otros sujetos dentro del esquema legal otrora dirigido solo a los socios de sociedades de hecho y de las sociedades irregulares, y a los que ahora se le suman, en principio, los socios de las sociedades atípicas (artículo 17, ley 19.550) y los socios de las sociedades civiles constituidas bajo el amparo del Código Civil, sino especialmente, por el importante cambio que se operó en la responsabilidad de estos socios.

Para comenzar a desandar el camino propuesto y a fin de poder reflexionar más adelante sobre si actualmente se justifica la existencia de este instituto de la quiebra refleja, ello, a partir de su origen y de los resultados que su aplicación provoca —básicamente negativos para todos los sujetos que participan en el proceso de quiebra—, considero importante determinar, por un lado, lo que dispone la norma vigente *-lege lata-*, para luego plantear algunas propuestas sobre si es útil su mantenimiento y, para el caso que esta perdure, cuáles deberían ser sus alcances específicos y cómo debería instrumentarse —de *lege ferenda*—.

En concreto, el citado artículo 160 de la ley 24.522, cuyo texto se mantiene sin modificaciones desde que fuera sancionado el vigente régimen falencial, prevé que “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”.

Pues bien, tal precepto —artículo 160—, como fue adelantado, encuentra su antecedente inmediato en el artículo 164 de la ley 19.551, que exhibió en su texto —idéntico al del artículo 160 de la ley actual— la influencia de los sistemas legales francés e italiano, y que dejó de lado la dirección que había seguido la normativa concursal anterior de Argentina, donde tal extensión estaba limitada al *socio solidario* de una sociedad colectiva o en comandita, es decir, que tenía en cuenta una solidaridad asumida por el socio convencional y originariamente, además de la responsabilidad ilimitada que identifica a estos últimos.

Las características de aquella extensión de la quiebra al *socio solidario* merecen ser analizadas con algún detenimiento para poder pensar con mayor cuidado sobre la necesidad y utilidad real de esta figura, que nuestro ordenamiento jurídico sostiene, con variantes, desde la sanción misma del Código de Comercio (1862).

Es usual al estudiar el origen de este específico supuesto de extensión que se haga referencia al Código de Comercio Italiano de 1882, corpus que disponía en el artículo 847 que la quiebra de una sociedad colectiva o en comandita también importaba la de su socio responsable sin limitaciones. Posteriormente, la ley falencial de dicho país sancionada en el año 1942, es decir, el decreto 267 del 16 de marzo de 1942, en su artículo 147 modificó el criterio y amplió la extensión a *todos* los socios con responsabilidad ilimitada sin mencionar ningún tipo social específico, lo que hizo que a partir de ese momento, no solo fuera responsable el socio con responsabilidad ilimitada convencional y originaria, sino también, el resto de los socios con dicha responsabilidad de origen sancionatoria o infraccional.

Otro dato relevante, es que la extensión de la quiebra en estos supuestos, estaba asociada a la naturaleza contractual de estas sociedades que, como tales, carecían de personalidad jurídica diferenciada, es decir, no eran sujetos de derecho y donde sus socios eran *conegociantes*, pues siendo su responsabilidad convencional e ilimitada, negociaban personalmente, obligándose frente a terceros y obligando a los socios. Era una confluencia de la *societas* del derecho romano y del mandato con representación.

Precisamente, por carecer en aquel tiempo la sociedad colectiva de personalidad, era natural que su quiebra produjera como inmediata consecuencia la de los socios que la integraban, “porque habían negociado personalmente, fuera directa o indirectamente, mediante un mandatario y porque en la negociación colectiva había comprometido todo su patrimonio”.

De esta forma, el criterio que siguió la ley italiana de 1942 en su artículo 147 fue el que, a la postre, influyó directamente en el artículo 164 de la ley 19.551, aunque este último tuvo una mayor contundencia conceptual en su redacción, porque a diferencia de la aquella norma, indicó que la quiebra de la sociedad “importa” la de los socios con responsabilidad ilimitada, esto último, “cuando la existencia de los socios resulte en el momento de la declaración de quiebra de la sociedad y, por tanto, generalmente, cuando se trate de una sociedad regularmente constituida”.

En lo que se refiere a la legislación argentina todo inició con el Código de Comercio de 1862, el cual, en el artículo 1530 —en su parte pertinente— establecía que “[la] quiebra de una sociedad colectiva, o en comandita, constituye en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componen”. Igual sentido siguió la ley 4156 en su artículo 4º y la ley 11.729 en el artículo 6º, normas donde si bien se nombraba a las sociedades colectivas y en comandita, a diferencia del artículo 847 del Código de Comercio italiano (1882), se mantuvo la específica referencia a los socios *solidarios* en lugar de hacer mención a los socios *con responsabilidad ilimitada*, conceptos que tiene distintos significados jurídicos, porque mientras que la *solidaridad* transforma al socio en responsable por la totalidad de las deudas de la sociedad, la *ilimitación* está relacionada con la forma de responder del patrimonio del socio ante las deudas sociales, en este caso, con todo su patrimonio.

De allí que, cuando el ordenamiento legal argentino anterior a la ley 19.551 extendía la quiebra de la sociedad a los socios solidarios de sociedades colectivas y en comandita, estaba significando que, además, estos debían responder en forma ilimitada con su patrimonio personal, porque así era la responsabilidad de estos socios.

Sin embargo, tanto la ley 19.551 en su artículo 164, como la ley 24.522 en el artículo 160 solo destacan, al igual que lo hizo la ley italiana de 1942, la calidad de socio “con responsabilidad ilimitada”, lo que no impide poner de relieve un dato que considero fundamental para entender unas de las razones que dieron origen a la extensión de la quiebra refleja: la existencia de un socio con responsabilidad ilimitada que, a su vez, respondiera solidariamente por las deudas sociales, o sea, por la totalidad de las deudas y no solo por una porción de aquella, característica esta última de las obligaciones simplemente mancomunadas.

Sucede que, extender sin más la quiebra de la sociedad al socio que tiene responsabilidad solidaria pero limitada, “importa una agravación de su responsabilidad según su situación de derecho sustancial”, porque termina recibiendo, en los hechos, un trato similar a aquél que debe afrontar la totalidad de la masa pasiva por las repercusiones prácticas que conlleva para su situación jurídico-patrimonial. Por ello, es que entiendo sumamente relevante tener en consideración que, desde sus orígenes, para nuestra legislación nacional el socio de la sociedad colectiva o en comandita al que se le extendía la quiebra tenía la calidad de ser “solidario”, además de responder en forma ilimitada.

Es que, como se sabe, el socio de la sociedad colectiva así respondía y responde hoy (artículo 454, Cód. Comercio -1862- y artículo 125, ley 19.550), al igual que el socio *comanditado*, más no el socio *comanditario* quien, si bien es solidario —es responsable por todas las deudas sociales— tiene su responsabilidad limitada (artículo 425 y 429, Cód. Com. -1862- y artículo 134, ley 19.550). A su vez, en todos los casos, esa responsabilidad les es exigible en forma subsidiaria (artículo 56, ley 19.550).

En resumen, la génesis de ese instituto, al hacer referencia hasta la ley 11.719, inclusive, al socio “solidario”, marcaba un norte sumamente claro, el cual dejaba a la vista que estos socios eran aquellos que debían responder por la totalidad de las deudas, resultando implícita la ilimitación de dicha responsabilidad, porque reitero, los socios colectivos y el socio comanditado respondían con todo su patrimonio, mientras que el comanditario estaba limitado a los fondos aportados en la sociedad (artículo 429, Cód. de Comercio —1862— y artículo 134, ley 19.550), salvo que se inmiscuyera en la administración, supuesto donde el comanditario respondía y responde ilimitada y solidariamente (responsabilidad legal y sancionatoria).

Una de las principales razones que siempre se presentaron para justificar el instituto, válida, por cierto, es que “la consideración realista de que el socio que no provee a tiempo el pago de las deudas sociales manifiesta del modo mejor su insolvencia personal”. Este punto de vista que, si bien no está exento de debate por presumir la ley de pleno derecho la insolvencia del socio a causa de la cesación de pagos que motivó la quiebra de la sociedad, no deja de exhibir una aceptable razonabilidad. Y es así, porque ante la insolvencia de la sociedad se activa la obligación del socio solidario con responsabilidad ilimitada de responder por las deudas sociales, antes y ahora.

Tal estado de cosas, eximía y “exime al tribunal de la tarea de indagar si los patrimonios de los socios se encuentran también en estado de cesación de pagos”, lo que implica la existencia de una verdadera presunción *iure et de iure* sobre la insolvencia de estos socios. Desde esta plataforma conceptual, la quiebra de la sociedad es la “prueba fehaciente” de la cesación de pagos del socio, razón por la que el beneficio de excusión resultaría inoponible, aunque se trate de sujetos de derecho distintos y con patrimonios diferenciados.

Empero, la realidad del texto del artículo 160 de la ley 24.522 no da esta opción —el beneficio de excusión—, en la medida que se den los presupuestos fijados por ese precepto, o sea, la declaración de *quiebra de la sociedad* —quiebra principal—, ser *socio* y tener *responsabilidad ilimitada* —solidaria o simplemente mancomunada—.

La precisa letra de la ley no admite discusión en cuanto a su contenido y alcances, además de ratificar el criterio que ha seguido el legislador, por lo menos desde la sanción de la ley derogada ley 19.551, que ha optado por la responsabilidad *ilimitada* del socio afectado, del mismo modo que lo hizo la ley italiana de 1942 —según ya fue descripto—, sin tener en cuenta la solidaridad de su deber jurídico de responder.

Como se sabe, en la práctica, gran parte de los casos de quiebra refleja involucraban a socios de *sociedades irregulares* —aquellas que adoptaron un tipo social pero que no cumplieron con el *iter* constitutivo— y de *sociedades de hecho* —con objeto comercial y “cuya constitución no resulta de instrumento alguno sino de la actuación de los socios”—, más allá de la existencia de otros procesos relacionados casos de otros socios con responsabilidad ilimitada.

Reflexionó que es importante no olvidar que la condición de socio con tal responsabilidad ilimitada no generaba inconvenientes en el marco de la Ley de Sociedades Comerciales, porque aquellos que ostentaban esa calidad respondían, entonces, también *solidariamente*, es decir, por la totalidad de las deudas sociales y no solo por una parte aquella, característica esta última de las obligaciones simplemente mancomunadas (artículo 825, CCyCo.).

Pero todo se modificó en relación a la Sección IV del Capítulo I de la Ley 19.550 a raíz de las importantes modificaciones que la citada ley 26.994 produjo, no solo al ampliar la lista de socios ahora sujetos al nuevo régimen legal y que como se adelantó, originariamente solo alcanzaba a las

sociedades de hecho con objeto comercial y a las sociedades irregulares, sino al cambiar un tópico tan relevante como es el de la responsabilidad de estos socios.

Ocurre que, además de quedar comprendidas en esta sección las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos previstos por el Capítulo II de la ley 19.550, las que omitan requisitos esenciales o que incumplan con las formalidades exigidas por la ley (artículo 21, ley 19.550), entre otros aspectos, se alteró el régimen de responsabilidad de los socios que era *solidaria e ilimitada* (artículo 23, ley 19.550 antes de la reforma), disponiéndose —ahora en el artículo 24— que “los socios responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales”.

El cambio es sustancial, porque si bien se mantiene la ilimitación de la responsabilidad la regla ahora es la *mancomunación simple* (artículo 825 y 826, CCyCo.). Pero eso no fue todo, se eliminó la imposibilidad de invocar el beneficio de excusión, antes vedado a las sociedades de esta sección (artículo 23, primer párrafo, ley 19.550, texto anterior a la reforma de la ley 26.994), lo que permite sostener que el legislador habría retirado el obstáculo de invocar tal beneficio, transformando a la responsabilidad de los socios de esta Sección IV en *subsidiaria*

O sea, que se pasó de una responsabilidad *solidaria, ilimitada y directa* a una responsabilidad más benévola, dado que esta es —sería— ahora *subsidiaria, ilimitada y, en principio, simplemente mancomunada.*, salvo que se den las excepciones que prevé el mentado artículo 24 de la ley 19.550 en su versión vigente.

Por su parte y, respecto a la *subsidiariedad* que ahora se predica de esta responsabilidad, entiendo que sería discutible, porque el artículo 56 de la ley 19.550 que no fue modificado, al tratar el beneficio de excusión, hace referencia expresa a las sociedades tipificadas por la ley —“...según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate ...”—, aunque esa es otra discusión que exigiría mayores consideraciones.

Descripto el nuevo panorama, señaló que, en su opinión, tratándose de sociedades que poseen alguna carencia de origen o sobreviniente, sumado a que en muchos casos se va a tratar de sociedades no inscriptas —sociedades de hecho, irregulares, por ejemplo—, no encontraba justificativo para favorecer a estos socios con una responsabilidad como la ahora regulada, que indudablemente perjudica a los terceros a quienes deja en una situación o posición de mayor vulnerabilidad.

Tampoco encuentra real sustento la modificación operada en la responsabilidad de los socios en la eliminación de la *sociedad civil* que normaba el Código Civil (artículos 1648 y 1747, CCyCo.), especialmente cuando esta no fue incorporada o sustituida expresamente por otra al ser derogado el código velezano, aunque se la considere incluida —a falta de otra normativa— en la Sección IV que viene siendo objeto de análisis.

Esto no significa ignorar que el legislador de la ley 26.994 quiso favorecer a este específico grupo de sociedades. Pero no parece razonable, aun cuando se decida conformar de una sociedad ex profeso ya “a medida” para que se rija por las reglas de dicha sección IV, que estos socios se encuentren en una mejor condición que aquellos que pertenecen a sociedades típicas y regulares. No vale todo.

Puntualizó que, en adelante y, a los fines de la exposición, dado el nuevo escenario legal, se considerará a la responsabilidad de estos socios como ya fue reseñado, es decir, *ilimitada, simplemente mancomunada y subsidiaria*.

Aclarado este fundamental extremo para el análisis propuesto desde el comienzo, en lo que hace a la quiebra refleja que norma el artículo 160 de la ley 24.522, cuyo contenido originario, insisto, no ha variado; después de la sanción de la ley 26.994 y a causa de las reformas que generó en la Sección IV, se ha reactivado el debate sobre la extensión de la falencia social, que antes comprendía a los socios con responsabilidad ilimitada —originaria, derivada o sancionatoria— quienes además también eran solidarios como regla, importando ello la posibilidad de exigírseles el pago total de la deuda de la sociedad (artículo 827, CCyCo.).

Lo cierto es que, si en su momento las discrepancias existentes en la doctrina en torno a los efectos concretos del artículo 160 de la ley 24.522 había dado lugar a tres posturas principales conocidas que se podrían catalogar como *restrictiva, intermedia y amplia*, todo se complicó aún más, cuando de la mano de la ley 26.994 la responsabilidad de estos socios de la Sección IV dejó de ser sustancialmente solidaria para transformarse en simplemente mancomunada, asimilando este deber de responder por las obligaciones sociales a la que ostentaban los socios de la sociedad civil a la que hice mención con anterioridad, sujetos que no estaban obligados solidariamente por las deudas del ente, porque salvo pacto en contrario, solo respondían personal e ilimitadamente solo por una “porción viril” (artículo 1747, Código Civil).

A modo de referencia, de acuerdo con las mencionadas tesis vinculadas a la extensión de los efectos del artículo 160 de la Ley de Concursos, solo quedarían comprendidos los socios con responsabilidad limitada contractual u originaria como el socio de la sociedad colectiva —tesis *restrictiva*—.

Otros entienden que también estarían alcanzados los socios con responsabilidad ilimitada originaria o derivada, en la medida que estos respondan por la totalidad de las deudas sociales, es decir, que sea solidaria —tesis *intermedia*—.

Finalmente, en el otro extremo, se sitúan aquellos que sostienen que quedan abarcados por la extensión todos los socios con responsabilidad ilimitada, sea esta originaria o derivativa/sancionatoria —tesis *amplia*—.

Pese a todo, si bien entiendo que el artículo 160 de la Ley de Concursos no hace distinción alguna sobre el origen de responsabilidad ilimitada del socio de la fallida —lo que daría razón a la tesis amplia que no distingue entre la *ilimitación* originaria o derivada —incluida la sancionatoria—, de mantenerse este instituto en el futuro, debería ser modificado para abarcar solo los casos de responsabilidad *ilimitada* antes citados, pero en la medida que el socio también posea responsabilidad *solidaria*, lo que implica que “debe responder con todo su patrimonio por todo el pasivo social”, alcance que propone la tesis *intermedia* que, en alguna medida, responde a los orígenes de la quiebra refleja.

En el fondo, el problema que enfrentan los socios de la Sección IV luego de la sanción de la ley 26.994 frente a la quiebra de la sociedad que conforman, es que aun cuando ya no deben responder con todo su patrimonio sino por una parte o fracción del pasivo social, como la ley 24.522 no se modificó —lo que razonablemente debería haber sucedido, al menos en este tema— para ajustar a la reforma citada, tal como está redactado el artículo 160 de la Ley de Concursos —de *lege lata*— igualmente se les debe extender automáticamente la falencia de la sociedad a todos estos socios

con responsabilidad ilimitada, sin excepción, porque eso es lo que expresa la ley argentina desde la sanción de la ley 19.551 a la fecha, sin solución de continuidad.

Tal panorama, muestra gran parte de las dificultades de la quiebra refleja, no solo en el caso que motiva estas reflexiones —socios de la Sección IV—. Por ejemplo, se prevé una *automaticidad* para declarar la quiebra del socio que en muchos casos no es posible que se materialice, simplemente porque no se está en condiciones de establecer la existencia de socios con responsabilidad ilimitada, salvo que estos lo acepten. Menos todavía, si se intenta extender esta quiebra a un *socio oculto* y a su contracara, el *socio aparente*, estado de cosas que, para su dilucidación, requiere de un proceso de conocimiento previo para establecer la existencia de estos.

Lo mismo se da cuando la falencia se pretende extender a “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” (artículo 160, ley 24.522). Estos responden ilimitadamente con su patrimonio, pero en forma *parcial*, situación que, de hecho, exige la prueba previa de diversos elementos determinantes para hacer viable la extensión, todo lo cual, impiden la inmediata extensión de la quiebra de la sociedad.

Se preguntó además el Dr. Marcos si ¿no es prudente escuchar a todos estos socios con responsabilidad ilimitada antes de quebrarlos? Otro tanto puede suceder con la sociedad de hecho si esta no se encuentra inscripta con fines tributarios ante la autoridad fiscal o si la existencia de la sociedad es negada.

Como lo explicaba Otaegui, para la viabilidad de estos supuestos se hace necesario el trámite de proceso previo —agrego, de conocimiento— y su correspondiente resolución judicial firme que, como “sustento indispensable” deberá promover el acreedor o la sindicatura para demostrar tales extremos, para luego recién —si demuestra la existencia de la sociedad y sus socios— poder peticionar la extensión de quiebra.

Insistió que parece un tanto cuestionable, más allá del argumento que sostiene que la insolvencia de la sociedad deja a la luz la del socio con responsabilidad ilimitada —argumento que, en principio, no deja de ser razonable—, que se declare la quiebra de un socio sin que se disponga una previa citación de este último, dado que eventualmente, éste podría cancelar las obligaciones a su cargo, algo que adquiere una particular trascendencia ante la responsabilidad simplemente mancomunada de la que habla el artículo 24 de la ley 19.550 (ley 26.994), posición en la que también se encuentran aquellos socios los socios retirados o excluidos desde que su retiro es inscripto, quienes solo responden parcialmente por el pasivo.

Destacó el expositor que la sociedad tiene la ventaja del traslado del artículo 84 de la ley 24.522 en la quiebra directa, oportunidad en la que puede desvirtuar el estado de cesación de pagos, entre otras limitadas defensas que puede plantear, pero no así el socio. Y por ello, si se trata de los socios de la Sección IV, con mayor razón deberían ser escuchados antes de declararlos en quiebra, dado que en la actualidad solo responde parcialmente por el pasivo social. Incluso, también previo a disponer la quiebra indirecta, habitualmente los jueces ordenan correr traslado e intimar a la deudora —sociedad concursada en ese momento— con carácter previo.

Pareciera que el legislador quiso atemperar los dañinos efectos de la extensión automática de la quiebra permitiendo a estos socios mencionados en el artículo 160 de la ley 24.522 la alternativa de pedir la conversión de su quiebra en concurso preventivo, camino vedado a los demás supuestos de

extensión regulados por el artículo 161 de la ley 24.522, por ser estos últimos, de exclusivo tinte sancionatorio.

En rigor de verdad, las características de esta figura no solo, no impide, sino que impone dar al socio el derecho a pagar antes de extenderle la quiebra (artículo 18, Constitución de la Nación), con mayor razón aún, porque se trata de “una excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia”.

También advirtió que el tema tiene otra arista, pues a su juicio no tiene sentido generar más fallidos a fin de sumar procesos de quiebra que todo lo complican y dilatan, lo que no se debe confundir con facilitarle las cosas a los socios responsables.

Todo lo contrario, se trata de encauzar las cosas por otra vía más adecuada y eficiente que permita mejorar la performance de cobro de los acreedores, como es el de las acciones dirigidas a hacer efectiva la responsabilidad —deber de responder— de todos los socios con responsabilidad ilimitada de acuerdo al tipo o clase/grupo/sector —la Sección IV no crea un tipo social— de sociedad a la que reporte. Por ello consideró que valía preguntarse, cuál es la razón de agravar las cosas si, por ejemplo, el activo de la quiebra de la principal —sociedad— fuera suficiente para cubrir su pasivo.

No se debe olvidar que el socio con responsabilidad ilimitada, especialmente el solidario, más allá de ser un co-deudor de las obligaciones sociales, cumple en los hechos ante los acreedores de la sociedad un rol de *garante* —las deudas son de la sociedad, persona distinta de los socios que la integran que posee un patrimonio diferenciado del de estos—.

Por esta razón, debería ser convocado y oído (artículo 1588, CCyCo., su antecedente artículo 2023, CC.) antes de declararlo insolvente, por más que parezca lógico —no digo que no tenga cierta lógica— presumir su cesación de pagos.

Un aspecto que es motivo de análisis es el fin u objetivo que se persigue con la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada. ¿Es sancionatorio, resarcitorio o de recomposición patrimonial? Es una realidad que el principal efecto que produce y caracteriza a esta quiebra derivada es netamente *sancionatorio*, aunque parezca en alguna medida contradictorio con el origen de la extensión que solo exige el cumplimiento de requisitos formales, porque aquella se declara en virtud de la insolvencia de la *sociedad fallida* —sujeto distinto del socio— y antes la existencia de socios con responsabilidad ilimitada, y no porque estos hubieran incurrido en un obrar distinto e imputable directamente a ellos que justifique una sanción. Téngase en cuenta que el artículo 160 termina reprochando al socio por el incumplimiento de pago de la sociedad, como si ello de por sí fuera justificativo de una sanción, cuando la falta de cumplimiento de las obligaciones acarrea, en principio y salvo situaciones especiales —mala fe, dolo, fraude—, solo la exigibilidad del pago y eventuales daños mediante las vías legales que prevé el artículo 730 del CCyCo. (antes artículo 505 del Código Civil) si el deudor se encuentra *in bonis*, o a través del pedido de su propia quiebra si se trata de un sujeto insolvente. Concretamente, se trata de una suerte de “sanción por deudas”, mediante la cual se intenta hacer efectiva la responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada —originaria o derivada—, aunque dicho sujeto se encuentre inicialmente *in bonis*. Reitero, se sanciona automáticamente al socio para que responda patrimonialmente, en lugar de reclamarle que cumpla primero.

Se suele justificar en ocasiones a la extensión como una especie de alerta en el horizonte que se pone a estos socios, “algo así como una amenaza para ellos, para incitarlos a acudir con sus propios bienes en ayuda del ente, porque saben que, si éste es declarado en quiebra, ellos serán arrastrados

a la misma situación”, dada la presunción de su insolvencia por no haber atendido las obligaciones sociales con sus propios patrimonios.

Otros, destacando el carácter restrictivo del artículo 160, entienden que el supuesto bajo análisis no tienen un fundamento marcadamente sancionatorio, sino que responde a la necesidad de efectivizar la natural responsabilidad de estos socios y a una realidad económica derivada del esquema societario”.

Si se sostiene la idea de perseguir mediante la extensión de la quiebra un objetivo resarcitorio, esta debe ser descartada, porque ello es materia de otros institutos, *las acciones de responsabilidad, concursal, societarias e, incluso, las del derecho común* (artículo 1716 y ss., CCyCo.).

También se atribuye al artículo 160 de la Ley de Concursos el objetivo de ampliar la base patrimonial para atender el pasivo falencial de la sociedad, porque anexa al de la sociedad el de sus propios socios con responsabilidad ilimitada. Pero, ¿es así? **Respondió el Dr. Marcos** que al menos formalmente, la garantía patrimonial, objetiva y cuantitativamente se incrementa —o se debería incrementar— si al patrimonio social se adicionan los bienes que conforman el patrimonio del o los socios con responsabilidad ilimitada, en tanto estos posean bienes ejecutables (artículo 242, CCyCo.). Aun así, la realidad de las cosas es totalmente distinta, pues en la práctica solo se agrava insolvencia. En primer lugar, porque salvo el supuesto de confusión patrimonial inescindible, se van a tramitar diversos procesos de quiebra por separado, a saber, el de la sociedad, por un lado, y el de los distintos socios, conformándose *masas separadas* a las que van a concurrir, no solo los acreedores de la sociedad sino también ahora y, por efecto la quiebra derivada, los acreedores de los distintos socios. Ello, salvo que se diera un supuesto de confusión patrimonial inescindible donde procede la masa única.

Síntesis de esto: salvo excepciones, el concepto de la quiebra refleja solo da resultados positivos en el “laboratorio jurídico”, porque a los fines prácticos, del incremento de falencias y de masas pasivas no puede resultar nada productivo, especialmente porque saca de juego a los socios, cuya responsabilidad podría ser exigida por otra vía y sin declararlos en quiebra, o sea, manteniéndolos activos, productivos y, por lo tanto, con mayores posibilidades de responder y preocupados por hacerlo para evitar caer en quiebra.

Y si no es así, si deben quebrar, debe ser su propia quiebra y no una quiera formal que fue pensada para otra realidad jurídica, es decir, la de socios solidarios, con sociedades entendidas como un contrato —colectivas y en comandita simple, como se vio al analizar los orígenes del instituto— y no como un sujeto, donde el socio negociaba personalmente obligándose frente a terceros y ante los socios.

Tampoco la función disuasiva que se le atribuye a la quiebra refleja justifica llevar a la quiebra a todos los socios sin más, en particular, cuando como en el caso de los socios de la Sección IV estos responden parcialmente por el pasivo de la sociedad. No obstante, el artículo 160 de la ley 24.522 dice otra cosa, tal como fue expresado.

EN DEFINITIVA, el expositor consideró que la declaración de la quiebra por extensión es un instituto disvalioso que está siendo abandonado en el moderno derecho comparado del siglo XXI, incluso en los supuestos del socio ilimitado. La quiebra refleja, a diferencia de los demás supuestos tratados por el artículo 161 de la ley 24.522, contiene un presupuesto que puede calificarse de meramente formal pues da lugar a la falencia derivada del socio con responsabilidad ilimitada, sin excepción —reitero, el texto legal no admite otra interpretación, aunque nos parezca inadecuado—, es decir, sin que este último hubiese incurrido en conducta ilícita de ninguna clase o que merezca

algún tipo de reproche desde el plano de la gestión societaria o el interés social. La posibilidad de quebrar como mecanismo disuasivo para el socio va contra toda corriente de pensamiento actual en la materia concursal donde se prioriza la actividad empresarial, en particular, de la persona humana, brindando al deudor que es de buena fe una segunda oportunidad para reinsertarlo en el mercado lo antes posible. La quiebra refleja toma el camino opuesto a la tendencia vigente. Además, poco tienen de conminatoria tal amenaza de quiebra, siendo prueba de ello que, o el socio al que se le extiende la quiebra es un sujeto que como única fortuna cuenta con vivienda sujeta a la protección legal y no posee otros bienes liquidables, o sea, la quiebra no ha servido de nada o, cuando sí tiene tales bienes, toma el camino de concursar a la sociedad y por concursarse también personalmente —si advierte que se le pueden complicar las cosas también a él— o, directamente, por pedir la quiebra de la compañía y la suya propia, para beneficiarse con el descargo de sus pasivos y obtener el *fresh start* que le confiere la ley concursal una vez que cesa la inhabilitación, dado que los saldos insolutos no podrán afectar los bienes que en el futuro ingresen su patrimonio como deudor rehabilitado (artículos 107 y 236, ley 24.522).

En resumidas cuentas, se sanciona a los socios por el incumplimiento de la sociedad y se presume su insolvencia, pues no se le da la posibilidad de expedirse a tiempo, a pesar que se diga que la quiebra es declarada en virtud de la “función de garantía” asumida por el socio. Y cuando digo “a tiempo”, quiero significar que debería ser —por lo menos con los socios con responsabilidad ilimitada cuya calidad se pueda conocer y acreditar— en la misma oportunidad en que se le corre el traslado del artículo 84 de la ley 24.522 a la sociedad o, previo a declarar la quiebra indirecta del ente. Solo de esta manera se estaría, en principio, garantizando el libre, útil y oportuno derecho de defensa del socio (artículo 18 y 75 inciso 22, Constitución de la Nación).

Lo contrario implica sancionar con la quiebra de “pleno derecho” a un socio con responsabilidad ilimitada, solidario o no —en el fondo la cuestión es la misma, aunque si el socio responde de manera simplemente mancomunada, las consecuencias negativas son peores todavía—, quien, reitero, es un sujeto distinto de la sociedad (artículo 148, inc. b, CCyCo. y artículo 2º, ley 19.550), relación jurídica que determina la existencia de patrimonios diferenciados —el de la sociedad y el del socio—, con acreedores distintos, sin olvidar el carácter *subsidiario* de dicha responsabilidad según corresponda de acuerdo al tipo social de que se trate (artículo 56, ley 19.550), lo que debería obligar al acreedor a demostrar la inexistencia o insuficiencia de los bienes de la sociedad para atender las obligaciones a cargo del ente societario, para recién luego, agredir el patrimonio del socio con responsabilidad ilimitada.

Sin embargo, como el *beneficio de exclusión* no puede ser invocado a tenor del texto legal que prevé la quiebra refleja, contemplando la *función de garantía* que asume el socio con responsabilidad ilimitada a la que se hizo referencia antes, el camino no debería ser su propia quiebra —la del socio— sino recibir el tratamiento que se dispensa al fiador en estos casos, aunque no lo sea literalmente, quien a aun poseyendo responsabilidad ilimitada y solidaria, por ejemplo, debe ser previamente requerido o citado.

Como lo he resaltado desde el inicio —de ahí la breve relación a los antecedentes del instituto que se describió—, si bien en el Código de Comercio de 1862 y ley 11.719, inclusive, la condición de socio *solidario* era la que definía la extensión de la quiebra en los casos de la sociedad colectiva y en comandita, no puede decirse lo mismo desde que la ley 19.551 tomó el camino, principalmente de la ley italiana de 1942 y optó por la *ilimitación* “clave de bóveda” de la quiebra refleja.

Sin duda es cierto, que el cambio sustantivo en materia de responsabilidad de los socios de la Sección IV avivó la discusión sobre la relación entre ilimitación y solidaridad, aspectos distintos de

la responsabilidad que suelen transitar juntos, aunque no necesariamente. No obstante, sostuvo que no es un argumento dirimente —de *lege lata*— la inexistencia de solidaridad en los socios de la Sección IV para excluirlos de la quiebra refleja. No solo porque, la nítida redacción del mentado artículo 160 así lo indica (artículo 2º, CCyCo. CSJN, Fallos: 318:198 y 318:441), sino también, porque la norma antes citada contiene un ejemplo de extensión a un socio que, si bien posee responsabilidad ilimitada que no es simplemente mancomunada, igualmente no responde por todo el pasivo social: ellos son “los socios con igual responsabilidad que se hubiesen reiterado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el Registro Público de Comercio...”.

Se puede advertir de dicho texto que integra el artículo 160 —también en el artículo 164, ley 19.551— que, siempre pudieron aparecer socios con responsabilidad ilimitada que, si bien no respondían por una porción viril, de todas maneras, debían asumir las deudas sociales también en forma parcial. Ello es así, porque estos socios retirados o excluidos, únicamente van a responder por aquellas deudas existentes hasta el momento en que su retiro fuera inscripto en el Registro Público, salvo que tal inscripción nunca sucediera, en cuyo caso sí responderían por la totalidad del pasivo de la sociedad.

Resumiendo, para el texto legal que rige hoy, la quiebra refleja, aunque no lo comparta, también alcanza a los socios de la Sección IV, pues lo son con responsabilidad ilimitada, y porque la condición de socio simplemente mancomunado no cambia las cosas, dado que la discusión sobre si debe o no ser solidario el socio para extenderle la quiebra de la sociedad forma parte de un debate doctrinario al que la ley no da lugar de manera alguna. Una conclusión distinta, insisto en ello, se apartaría del texto expreso de la norma que se viene tratando.

Todo lo expresado en estos pocos párrafos donde he tratado de sintetizar un tema complejo y de larga data que parece no encontrar un cauce definitivo, exhibe la conflictividad que genera la figura de la quiebra refleja y la necesidad de definir si es útil o no al sistema falencial y, de persistirse en su regulación, cuál debería ser esta.

Cierto es que, como mecanismo que beneficie a los acreedores de la quiebra de la sociedad, salvo alguna puntual excepción, solo ha servido para complicarlo todo, para causar más perjuicios y agravar la situación patrimonial de quienes pueden resultar más útiles activos y generando recursos para pagar, que quebrados automáticamente. Se puede decir que, la suma de *fallidos*, nunca dio un buen resultado.

Consideró que si se trata de lograr que la masa pasiva, es decir, los acreedores sociales, recuperen la mayor parte de sus acreencias, la vía más idónea es la que proponen las acciones de responsabilidad concursal y societaria, en su caso, pues no solo aplican a los socios y a los administradores, según el caso, sino también, tal como lo habilita el artículo 173 de la ley 24.522, a mandatarios, gestores de negocios y terceros —los denominados *cómplices* por la ley 19.551 (sus artículos 240 y 246), acción favorecida por el nuevo campo de actuación que ha abierto al *dolo* como factor de atribución de responsabilidad el Código Civil y Comercial en su artículo 1724.

Se agregan a estas, al amplio menú de acciones de recomposición patrimonial, concursales y las que contiene el Código Civil y Comercial.

Este es el camino que se debe seguir en el marco de una liquidación falencial, porque el objetivo o fin que se persigue en estos casos es liquidar el patrimonio de la sociedad deudora para afrontar el pasivo y, si corresponde, integrar a ese patrimonio las sumas que correspondan en concepto de

resarcimiento por daños y perjuicios causados a la fallida, como así también, recomponer ese patrimonio si han existido actos dirigidos a sustraer bienes del desapoderamiento.

Paralelamente a todo esto, naturalmente accionar contra aquellos que, por haberlo asumido desde su origen o por disposición de la ley, deben responder ilimitadamente por las deudas de la sociedad quebrada, se trate de socios solidarios o simplemente mancomunados.

Y por cierto, mejorando y agilizando los procesos judiciales, dando un lugar más preponderante a la oralidad y a la intermediación judicial, para evitar dilaciones innecesarias para que las acciones de responsabilidad, de recomposición patrimonial y, en general, la quiebra misma, no se eternicen y cumplan un rol eficiente en el campo del derecho patrimonial.

Es evidente que la extensión de la quiebra al socio con responsabilidad ilimitada no puede ser la regla. Si se sostiene el instituto, este solo debe comprender, conforme lo plantea la denominada *tesis intermedia*, a los socios con responsabilidad ilimitada, en la medida que esta sea a su vez *solidaria*, o sea, que responda por todo el pasivo social, sea esa ilimitación contractual y originaria, derivada o por disposición legal sancionatoria que agrave la responsabilidad del socio, y siempre con excepción de los bienes inembargables e inejecutables (artículo 242, CCyCo.).

Tampoco puede ser la extensión automática, ni debe prosperar sin que la sindicatura previamente se expida sobre la existencia o no de bienes suficientes de la sociedad fallida, pues de otra manera se estaría causando un innecesario perjuicio de tinte netamente sancionatorio, lo que excede el fin natural del proceso falencial que es liquidar los bienes desapoderados para distribuir su producido entre los acreedores.

La interpretación de esta figura, como ya fue expuesto, debe ser restrictiva, dada sus graves consecuencias, porque se trata de extender la falencia a un sujeto y patrimonio distintos de la sociedad fallida que es la deudora directa de tales obligaciones.

Un tema poco considerado es la situación de los acreedores del socio, quienes se van a ver afectados por la declaración de quiebra de su deudor sobre la base de una presunción *iure et de iure*, pues la quiebra refleja no admite defensa alguna al socio afectado, a quien se termina obligando a concursarse (artículo 90, ley 24.522) para salir de esa quiebra derivada, afectando su actividad comercial o profesional, porque todo estado de concursamiento siempre coloca al deudor en una situación de vulnerabilidad económica.

Conspira también la quiebra que regula el artículo 160 de la ley 24.522 con el *principio de conservación de la empresa*, en este caso, en relación a la actividad que alguno de los socios con responsabilidad ilimitada pudiera desarrollar por su cuenta, que se vería afectada por la quiebra de su propietario —el socio ahora fallido derivado—, lo que contradice la corriente de pensamiento actual que busca la protección y la rápida inserción en el mercado del deudor de buena fe —persona humana— en lugar de agravar las cosas con más quiebras.

Una discusión aparte es si le corresponde al derecho concursal algún margen en materia sancionatoria. Sobre esto, que representa en sí todo un tema merecedor de un tratamiento particular y profundo, solo decir que como no todo el campo sancionatorio es resorte del derecho penal, la materia sancionatoria no es ajena al derecho patrimonial al que reporta el *derecho de crisis*.

La cuestión es definir si las *sanciones* aportan algo positivo para lograr un mejor derecho concursal, en el particular, un procedimiento de quiebras más eficaz y eficiente —planteo este también incluye a los demás procesos concursales no liquidatorios—, especialmente en el caso que se viene analizando.

Afirmó el expositor que la quiebra refleja como sanción, aún indirecta, para el socio con responsabilidad ilimitada, se aparta de la idea de favorecer mecanismos de recomposición y reestructuración que permitan un sano equilibrio entre la conservación de la empresa y el legítimo derecho de los acreedores a percibir sus créditos, algo que difícilmente se va a lograr con una adición de quiebras.

Y si se piensa en sanciones patrimoniales, llevar a la quiebra al socio en estos casos no parece muy razonable, especialmente en supuestos como los socios de la Sección IV que ya no responden, en principio, por todo el pasivo social.

Menos aún, cuando se terminan gestando procesos y liquidaciones interminables que muy lejos han quedado de las aspiraciones del legislador de 1995, quien había previsto no más de cuatro meses desde que la sentencia de quiebra quedara firme para realizar los bienes desapoderados (artículo 217, ley 24.522).

Nuestro ordenamiento legal brinda múltiples herramientas para exigir el cumplimiento de las obligaciones, la reparación de los daños y la recomposición del patrimonio del deudor. Frente a todo ello, la extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad limitada, de persistir, debe ser el último recurso, porque actualmente no se dan aquellos presupuestos jurídicos sustanciales que orientaron la instalación de este controversial instituto en sus orígenes.

En segundo lugar, expuso la CPN Fabiana Paula PEREZ sobre la EXTENSIÓN DE QUIEBRA PREVISTA EN EL ARTICULO 161 LCQ. Luego de señalar que “en la falencia frente a una posible insuficiencia del activo para atender la masa pasiva, la ley 24522 despliega una serie de instrumentos cuyos objetivos son incrementar los fondos a distribuir, en su exposición analizará la quiebra por extensión del art. 161 que es aquella que persigue sancionar, a través de hacerlo responsable de todo el pasivo de otro por quedar encuadrado en las previsiones / pautas de la norma, a quien incurrió en una conducta reprochable que provocó, facilitó, agravó la insolvencia del fallido principal

Ante la posibilidad de iniciar una acción de extensión de quiebra la sindicatura se enfrenta a una serie de desafíos que en el caso de no ser superados de manera adecuada impactarán de manera directa en la utilidad del instituto tal como está redactado actualmente. Es decir, una inadecuada acreditación de los hechos sin el sustento jurídico pertinente impedirá cumplir con la finalidad de la norma que es sancionar a través de hacer responsable a un sujeto de todo el pasivo de otro por quedar el primero encuadrado, según las pautas de la norma, en una conducta reprochable que provocó, facilitó, agravó la insolvencia de este último.

El primer desafío que enfrenta la sindicatura al promover la extensión de quiebra es coleccionar los elementos que prueben que se han configurado algunos de los supuestos previstos por la norma. Dado que la carga de la prueba recae sobre quien promueve la extensión la eficacia y suficiencia de esta, es fundamental no solo para arribar al resultado buscado sino también para hacerlo en un tiempo razonable, cuestión esta última crucial para que la herramienta que provee la ley sea realmente útil a los fines que se persiguen. LA MERA SOSPECHA O CONEXIONES DE HECHOS CONTINGENTES SON INSUFICIENTES, LA PRUEBA DEBE SER POSITIVA

El segundo desafío que enfrenta la sindicatura es determinar de manera precisa y concreta bajo que inciso de la norma se proseguirá la demanda de extensión.

Los errores en los que se puede incurrir son

- a) interponer la extensión cuando corresponde la acción de responsabilidad.

- b) Interponer la extensión bajo un inciso (supuesto) inadecuado
- c) Interponer la extensión de manera vaga o ambigua en los términos de su procedencia.

Dicha equivocación, podrá traer aparejado el rechazo de la pretensión y cargar a la quiebra con las costas del proceso, circunstancia esta última no menor porque no solo no incorporamos masa activa sino porque se generan créditos prededucibles que mermaran aún más los fondos a distribuir entre los acreedores.

El primer paso para recolectar la prueba, consiste en llevar adelante una tarea investigativa que vaya más allá de la razonabilidad de los datos. El síndico debe pasar de una auditoria tradicional a una auditoria forense que llegue a establecer con la mayor precisión posible los actos, hechos o circunstancias que traigan aparejada la extensión de quiebra.

Las fuentes de información para cumplir este cometido en líneas generales serán Libro societarios y contable, sistema contable, documentación de las operaciones, documentación aportada por acreedores o terceros, organismos de contralor, recaudación, registros de la propiedad.

Estos elementos nos permitirán conocer e indagar sobre los orígenes de la empresa, actividad, producto/servicio, mercado, formas de comercialización, vínculos comerciales, empresariales, societarios y de dirección/gestión con otras personas humanas o jurídicas, los activos y pasivos sus características, composición y evolución, la forma de financiarse, entre otros.

De dicha tarea surgirán los HECHOS INDICIARIOS que permitan configurar los actos y/o circunstancias que hagan presumir la actuación en interés personal bajo la apariencia de la actuación de la fallida o el desvío indebido del interés social pergeñado por la controlante.

El ultimo desafío a considerar es el tiempo que tiene la sindicatura para interponer la extensión.

En el caso de que la quiebra del principal sea como consecuencia de un concurso frustrado, la sindicatura habrá contado con más recursos para coleccionar, preparar y analizar los elementos necesarios a fin de promover una eventual extensión de quiebra.

Es imprescindible que en el caso que se verifique alguna de las causales previstas en el Art. 161, estas queden plasmadas en el Informe General.

En la hipótesis de quiebra directa por pedido propio o por un acreedor la tarea se complejiza porque probablemente se disponga de menos elementos y también menos tiempo.

La ausencia de libros y de contabilidad es una constante en este tipo de casos y por lo general los indicios vendrán de la mano de los acreedores y la documentación que presenten en los pedidos de verificación. En ningún caso esa ausencia no puede obrar a favor por lo tanto es necesario poner aún más énfasis en la investigación.

El “pide medidas”, es una herramienta fundamental del síndico y debe ser utilizada no solo para recomponer el activo y ubicar a representantes, directores, socios o accionistas sino para evaluar la existencia de hechos encuadrables en el Art. 161.

Como cierre de su exposición la contadora PEREZ expuso que, al poner en crisis el instituto en términos a su utilidad y supervivencia, la primera cuestión que se debe dilucidar es determinar si la finalidad que persigue la norma es SANCIONAR O INCORPORAR ACTIVOS. Es evidente que si se dan ambas circunstancias estamos frente al máximo al cual el legislador pudo aspirar cuando introdujo la norma en la ley. Pero ello no siempre sucede. Si se prioriza la sanción, configurada alguna de las

causas que importan la extensión es deber de la sindicatura instarla. Ello factiblemente importe una carga para el síndico porque es muy probable que su tarea no sea remunerada o si lo es lo sea de manera insuficiente. Por el contrario, si se prioriza incrementar la masa activa ¿es posible que la sindicatura haga una evaluación de las posibilidades de hacer efectiva la manda? En orden a ello es dable colegir que el órgano sindical debería evaluar cuales son los activos que se estima podrían pasar a integrar la masa activa de la quiebra principal. Digo estimar dado que si hay masa separada y el tercero tiene sus propios pasivos solo se tendrá acceso al remanente.

Si la relación **costo** - en términos de dispendio jurisdiccional, gastos, costas y en especial tiempo - **beneficio** - en términos de incorporar fondos en un tiempo razonable - es evidentemente negativa ¿tiene sentido intentar esta acción? o podemos elegir o pensar nuevas formas de hacer efectiva esa responsabilidad. Me inclino por esto último.

A su criterio el análisis de viabilidad de la acción en términos patrimoniales es un elemento que los síndicos le deberían proporcionar al Tribunal para justificar la acción. Agregó que, además, la variable tiempo es fundamental para establecer la viabilidad y supervivencia de la acción. Aquí también habrá que priorizar si se pretende un instituto eficaz o eficiente. En el primer caso, el plazo y los costos en que se incurran no deberían ser determinantes, pero si optamos por el segundo se debería dotar a la ley de herramientas que agilicen sobre todo el trámite por ejemplo utilizando la vía incidental prevista en los artículos 280 a 286 LCQ

Por último, subrayó que resulta fundamental que los síndicos desarrollen herramientas e incorporen metodologías que permitan encarar esta tarea de manera profunda a fin de garantizar el éxito de la acción.

Exposición del Dr. MIGUEL ANGEL RASPALL: Comenzó agradeciendo a los organizadores de este Ciclo de Conversatorios y partió de la idea de que este Instituto que hoy analizamos debe ser, al menos, profundamente modificado pues si bien muchas instituciones concursales deben ser reformadas, hubo modificaciones vg. en materia de conservación de la empresa y protección de los trabajadores, pero en particular la extensión de la quiebra no tuvo ninguna modificación en 40 años. Aclaró que va a partir del CONCURSO EN CASO DE AGRUPAMIENTO, que es un instituto en “progreso” a diferencia de la extensión de quiebra que es un instituto “en retirada”, y analizará las vinculaciones con la extensión de quiebra. Enfatizó que la ley de concursos en materia de extensión de quiebra debe ser profundamente modificada, sobre todo porque hubo un cambio de paradigmas y porque la extensión avanza sobre la actividad empresaria que debe ser protegida. Recordó que nuestra ley exige que se presenten conjuntamente todos los integrantes del agrupamiento, cuestionó que no se exija la concurrencia clara y objetiva del presupuesto objetivo en todos los sujetos del grupo, y que simultáneamente también se otorgue la posibilidad de que luego de la presentación conjunta se bifurquen los caminos de cada integrante. Luego de explicar el concepto de conexidad y la acumulación de procesos que permite que una o más empresas se presenten conjuntamente si están afectadas por la insolvencia, se refirió al paso posterior que es la tramitación coordinada entre las mismas, pero con masas separadas. La consolidación patrimonial sustantiva puede existir, pero por excepción siempre que haya confusión patrimonial inescindible o cuando fuera mejor para los acreedores que se consoliden las masas. El disertante consideró que no es coherente el sistema de nuestro concurso en caso de agrupamiento y afirmó que la propuesta unificada no ha resultado útil ni viable. Considera que la propuesta unificada que implica consolidación de pasivos no implica consolidación patrimonial (de activos). Ello así porque solo cuando la ley lo autoriza puede haber confusión patrimonial pero la propuesta única solo significa responsabilización patrimonial por todo el pasivo, pero no confusión de activos. En síntesis, en la

propuesta unificada todas las empresas se responsabilizan por el pasivo de todas, pero si quiebran se mantienen las masas separadas, y si luego de pagar lo propio les queda remanente, contribuyen con el pasivo impago del resto. Por eso propone que el concurso en caso de agrupamiento se mantenga, pero se regule con consolidación procesal de solamente las empresas que se encuentran en cesación de pagos y con masas separadas. O sea, reformarse los arts. 65 a 68 LCQ.

En definitiva, luego del análisis comparativo entre las regulaciones de nuestra norma concursal y las Recomendaciones y leyes del derecho comparado del siglo XXI, concluyó afirmando que, si bien la ley 24522 fue en muchos aspectos de avanzada, a la fecha y con el cambio de los paradigmas, principios y tutelas en juego, es necesario reformarla para adaptarla a las necesidades actuales y hacerlas útiles a los servicios que pueden brindar estos institutos. Concretamente, respecto al concurso por agrupamiento, parece claro que en los términos en que está regulado, no ha sido aceptado por los operadores del derecho y siendo que es un instituto necesario, se hace indispensable su modificación; y con relación a la extensión de la quiebra, la doctrina y la jurisprudencia han marcado claramente las contraindicaciones que este instituto encierra, coincidiendo en que es preferible que las acciones de recomposición patrimonial se deriven hacia las acciones de responsabilidad y no a la extensión de quiebra. El expositor propició la derogación de los incisos 1 y 2 del art. 161, dejando obviamente operativas las acciones de responsabilidad tanto del derecho concursal, como las del derecho societario o las del Código Civil y Comercial, y afirmó que sí es procedente extender la quiebra en los casos de confusión patrimonial inescindible en razón de darse un supuesto de unidad patrimonial (un único patrimonio). También consideró que siguiendo las Recomendaciones de los Organismos internacionales y el ejemplo de diversas leyes del derecho comparado que merecen ser analizadas, en una futura reforma de la ley de concursos se puede establecer expresamente la formación de masa única en otros supuestos, dejándole al juez la facultad de analizar la conveniencia procesal y material que resultarían de la consolidación patrimonial.

Se abrió luego el debate entre los asistentes que comenzó con una pregunta de la coordinadora a la contadora Fabiana Pérez sobre la tarea de indagación que debe hacer la sindicatura y las recomendaciones que sugiere al momento de decidir la promoción de una acción de extensión de quiebra. La contadora Pérez sostiene que, aunque la ley no lo diga, la sindicatura debe evaluar que activos sería posible traer para satisfacer a los acreedores. Si el beneficio sería inexistente o improbable, debe informarlo al juez. También intervinieron en el debate la Dra. Silvana García, el Dr. Miguel Raspall, el Dr. Fernando Marcos, el Contador Raúl Nisman, el Dr. Rubén Morcecian y el Dr. Mario Holand, la contadora Kurlat y la contadora Forencia Corrado. El Dr. Nisman explicó las razones por las cuales él propicia se mantenga el instituto de la extensión de quiebra, ejemplificó sobre la evaluación previa que debe hacer el síndico y concluyó que debe hacerse una “auditoría forense” y mantenerse la extensión porque hay casos en los cuales arroja beneficios. El Dr. Rubén Morcecian adhirió a la posición del contador Nisman: acepta se actualice el instituto y coincide con el contador Nisman en que debe mantenerse pues el ejercicio profesional le ha demostrado que hay muchos casos en los cuales se configuran los supuestos del art. 161. El Dr. Mario Holand reflexionó y pregunto sobre la automaticidad de la quiebra refleja del art. 160. En definitiva, del intercambio de opiniones surgió que los síndicos y las síndicas presentes sostienen la utilidad del instituto y propician su supervivencia, mejorándolo y desarrollando técnicas de investigación y auditoría por parte de la sindicatura.