

LA INCIDENCIA DE TERCEROS EN LA QUIEBRA**Augusto R. CHIAVASSA - José Ignacio OJEDA**

Resumen: La quiebra produce, de ordinario, daño a los acreedores del fallido, consistente en la insatisfacción, total o parcial, de los créditos. Por ello, diferentes disposiciones legales estatuyen que quienes ha contribuido, según ciertos factores de atribución, a causar el daño, deben contribuir a su reparación. Por lo que, la quiebra genera numerosas responsabilidades al fallido y a ciertos terceros.

Palabras claves: Acreedor involuntario – Reparación – Quiebra – Ley Concursal.

Abstract: Bankruptcy usually produces damage to the creditors of the bankrupt, consisting of the total or partial dissatisfaction of the credits. Therefore, different legal provisions state that those who have contributed, according to certain attribution factors, to causing the damage, must contribute to its repair. Therefore, bankruptcy generates numerous responsibilities for the bankrupt and certain third parties.

Key words: Involuntary creditor - Reparation - Bankruptcy - Bankruptcy Law.

Introducción

De manera introductoria diremos que la quiebra produce, de ordinario, daño a los acreedores del fallido, consistente en la insatisfacción, total o parcial, de los créditos. Por ello, diferentes disposiciones legales estatuyen que quienes ha contribuido, según ciertos factores de atribución, a causar el daño, deben contribuir a su reparación. Por lo que, la quiebra genera numerosas responsabilidades al fallido y a ciertos terceros.

El fallido es quien tiene definidas responsabilidades, tanto en el ámbito concursal como en otros ordenamientos legales:

➤ La quiebra sujeta a la casi totalidad de los bienes del fallido (activo falencial, art. 107, de la Ley de Concurso y Quiebras en adelante LCQ) a un destino liquidativo, para satisfacer las deudas anteriores a la declaración de quiebra y las deudas generadas por el proceso concursal (pasivo falencial, art. 104, LCQ), según un complejo sistema de distribución signado por reglas de prioridades propias de la liquidación colectiva (privilegios, art. 239 y ss. LCQ). De esa manera se hace efectiva la responsabilidad patrimonial del fallido.

➤ El fallido también experimenta ciertas restricciones para actuar en determinadas áreas (ejercicio del comercio, desempeño de algunos cargos, etc.), como consecuencia de la quiebra en sí (inhabilitaciones, art. 234 y ss. LCQ), y cuya duración depende de ciertos factores relacionados con su conducta. Así, se hacen efectivas limitaciones propias de la llamada responsabilidad personal del fallido.

➤ La conducta del fallido puede encuadrar en la órbita del derecho penal (delitos de quiebra, Código Penal), y dar lugar a sanciones de índole criminal. Si correspondiera, es la manera de hacer efectiva la responsabilidad penal del fallido.

Por otro lado, cuando hablamos de terceros, nos referimos a una pluralidad de sujetos que no son el fallido o la fallida, y que pueden tener mayor o menos proximidad (en sentido jurídico) con los fallidos, o, mejor, con el patrimonio en quiebra. Es tercero (próximo), por ejemplo, el administrador de los bienes de la persona jurídica en quiebra; pero también es tercero (más lejano), por caso, un cómplice (del fallido) en la realización de actos fraudulentos hacia los acreedores. La responsabilidad de los terceros se puede ver, también, desde el triple ángulo de mira utilizado para la responsabilidad del fallido.

➤ Los terceros pueden incurrir en ciertos delitos que tienen relación directa con una quiebra (administración societaria fraudulenta, insolvencia fraudulenta, etc.), incurriendo así en responsabilidad penal de terceros.

➤ También ciertos terceros –los administradores o integrantes del órgano de administración de la fallida- son sometidos a iguales inhabilitaciones que los fallidos, como consecuencia de la quiebra de su administrada (arts. 235 y 236, LCQ). Es esta una responsabilidad personal de terceros, que afecta temporalmente su habilidad para el desempeño de algunos roles (art. 238, LCQ, y disposiciones de otras leyes nacionales y provinciales).

➤ Por último, tenemos la (eventual) responsabilidad patrimonial de terceros en caso de quiebra. Si bien la quiebra, en principio, solo somete a liquidación los bienes del fallido, en algunos supuestos se impone a determinados terceros el deber de aportar bienes o valores con miras a incrementar el producto repartible entre los acreedores de la fallida.

Las acciones de responsabilidad patrimonial de terceros por quiebra se justifican y explican: si hay daño, que provisoriamente podemos conceptualizar como insatisfacción total o parcial de los acreedores del fallido o, más técnicamente, “insuficiencia de activo (liquidado) para satisfacer íntegramente el “pasivo falencial”; si hay sujetos dañados quienes, en principio, son los acreedores insatisfechos en la distribución del activo liquidado, o no desinteresados por otros medios conclusivos de la quiebra.

Los cuatro principales mecanismos concursales de responsabilidad patrimonial de terceros en caso de quiebra, con miras a la mejora del activo repartible, son: las ineficacias falenciales del art. 118 y ss. de la LCQ; las extensiones de quiebra del art. 160 y ss. de la LCQ; la llamada responsabilidad de representantes (art. 173), y la responsabilidad de terceros “representantes o no” (genérica e imprecisamente llamada “responsabilidad de terceros en el parr. 2°, art. 173).

Extensión de la quiebra

Entrando en la temática de las extensiones, dictada la sentencia de quiebra se puede extender la misma de una persona (quiebra principal) a otra (quiebra accesoria), aunque esta última no se encuentre en estado de cesación de pagos, si se da alguno de los supuestos establecidos por la ley.

Se ha señalado con acierto que la extensión de la quiebra es el fruto de la conjunción entre el régimen societario y el falencial.

Ha sido materia de profundos debates la naturaleza de este instituto y los fines a los que responde. Para un sector de la doctrina su finalidad consiste en disciplinar un mecanismo o forma

de incrementar el activo liquidatorio para el reparto entre los acreedores, generalmente insatisfechos a raíz de la insolvencia de su deudor.⁵⁹⁶

Contrariamente a ello, se ha sostenido que la extensión de quiebra, en la práctica cotidiana, no lleva a una recomposición de activos, dado que su naturaleza no es esta, sino que puede llevar más atraer nuevos pasivos que podrían terminar perjudicando a los acreedores de la quiebra principal, por ver mermando, más que acrecentando, su derecho al dividendo y demorada su oportunidad de cobro.⁵⁹⁷

En estos casos, la ley contempla bajo el rubro común de extensión de quiebra, a diversos supuestos en los cuales una quiebra preexistente, se propaga o extiende a otro sujeto, a quien se declara en quiebra “refleja” o “por extensión”, siguiendo lo expuesto por Rouillon; en otras palabras este instituto trata, en definitiva, y en caso de quiebra decretada, de comunicar o propagar a un tercero los efectos de ella; esto siempre que concurren las causales de extensión legalmente establecidas, si bien como señala Provinciali que, en realidad, la quiebra no se extiende, sino que se declara. No es que se propague a los socios la quiebra ya declarada. Se declara también para ellos, más el propio autor advierte que el término “extensión” importa un tradicional modo de decir.⁵⁹⁸

La extensión de quiebra como mecanismo concursal de extender los efectos de una quiebra ya declarada a un tercero se remonta en nuestra legislación patria al Código de Comercio, que la contenía en el art. 1530 del Código de 1862 y en el art. 1384 del Código de 1889, pasando luego al art. 4 de la ley 4156, al art. 6 de la ley 11.719, al art. 164 de la ley 19.551 y actualmente al art. 160 de la LCQ.

Asimismo, como un modo de declarar la quiebra (al sujeto de la quiebra refleja o extendida), se caracteriza porque sus presupuestos son diferentes de los demás casos (quiebra directa necesaria o voluntaria, quiebra indirecta). La principal – y paradójica- distinción radica en la indiferencia del estado de cesación de pagos del patrimonio del sujeto a quien se declara en quiebra por extensión. Ni es menester que este en insolvencia, ni se analiza ella como presupuesto de la apertura falencial, ni podría argumentarse la solvencia para resistir la quiebra por extensión.

Por lo tanto, mientras en la quiebra principal el presupuesto esencial para la declaración de quiebra es el estado de cesación de pagos del deudor, en la quiebra accesoria los presupuestos esenciales son:

- La declaración de una quiebra anterior (quiebra principal); y
- La configuración, entre el quebrado principal y el sujeto a quien se pretende extender esa quiebra, de una relación tipificada legalmente como caso de extensión, caso en que la nueva quiebra es considerada como refleja o dependiente.

Esto es lo que hay que acreditar en el procedimiento para la declaración de quiebra por extensión.

A su vez puede considerarse como quiebra sincrónica, cuando la extensión es decretada en la misma sentencia de quiebra principal, o asincrónica, cuando es dictada en fecha posterior.

596 Rouillon, Régimen de concursos y quiebras, p. 270.

597 Boquin, ponencia en el XLVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Quilmes, 2008, p. 279.

598 Provinciali, Tratado de derecho de quiebra, t. III, p. 229.

Dicha extensión tiene por objetivo responsabilizar a aquellas personas que tuvieron incidencia en la quiebra principal, logrando así ampliar las expectativas de cobro de los acreedores de la quiebra principal, es decir, el interés legalmente tutelado es el de los acreedores de la quiebra principal, quienes ven incrementada su esperanza de cobro total (o de un porcentaje importare, al menos) de sus acreencias, al sumarse bienes liquidables sobre los cuales concurrirán, de manera directa o subsidiaria (según el régimen de masas – única o separadas- que se aplique).

Se trata de un instituto que funciona, solo en las quiebras “liquidativas”. Inaplicable, asimismo, si no hay daño para los acreedores de la quiebra principal (cuando el activo de esta alcanza para cubrir todo su pasivo). Tampoco rige en el concurso preventivo.

El ámbito de aplicación más frecuente e importante de la extensión de la quiebra es el campo de las falencias societarias. Aunque no es excluyente, - pues pueden extenderse, a veces, las quiebras de personas físicas-, es indudable que la institución ha sido fructífera en el terreno de las quiebras de personas jurídicas.

Al ser una excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia, en este sentido, campea en la institución la interpretación restrictiva; en consecuencia, el intérprete deberá denegar la extensión falencial cuando el caso resulte de dudoso encuadre legal, y la prueba rendida deberá ser apreciada de modo riguroso. Además, cabe destacar que los supuestos de extensión constituyen un sistema de *numerus clausus*, de naturaleza excepcional, lo que implica que debe ser la última ratio utilizada ante situaciones de inevitable encuadramiento factico y jurídico.

Se ha discutido, si la extensión de la quiebra importa una sanción al tercero a quien se la pretende extender, o bien si este resulta pasivo de la extensión en razón de tener una posición determinada en el caso de una sociedad fallida, revelándose allí cierto tinte de “garantía”, o bien por haber obrado una conducta reñida con el recto manejo comercial y societario, y a la vez fraudulenta de derechos de terceros, lo que revela cierto aspecto resarcitorio del instituto.

En opinión de Etcheverry, cada sujeto –persona física o jurídica- pasible de que se le atribuyan responsabilidades o la quiebra misma no las padece por extensión, sino por sí mismo, en el campo de su propia actuación, de su posición legal, de su compromiso patrimonial. Nace originariamente en cabeza de cada persona vinculada a otra persona en cesación de pagos, su propio estado de responsabilidad restringida -daños y perjuicios- o amplia, la propia quiebra.⁵⁹⁹

Asimismo, se discute si la extensión de quiebra importa un mecanismo sancionatorio. Vitolo sostiene que respecto del tercero no caben dudas de que la extensión reviste tal carácter y el fundamento de tal sanción reside en no dejar impune al tercero, en razón del régimen de responsabilidad solidaria que pudiere haberle, con relación a las obligaciones generales del fallido, o bien por la desviada utilización que haya hecho de estructuras jurídicas, ya sea para ocultarse detrás de ellas, obrando en consecuencia, o desviando su voluntad por medio del abuso, o por haber confundido de manera inescindible patrimonios que debían ser claramente diferenciados, por pertenecer a sujetos de derecho distintos, corrigiéndose la anomalía bajo un mecanismo que garantice y proteja el principio de la *par condicio creditorum*.⁶⁰⁰

Desde otra perspectiva del tema, si consideramos al trámite de extensión como de carácter sancionatorio –conforme a Brunetti-, nunca podríamos ampliar los casos de quiebra por vía de

599 Etcheverry, Supuestos de extensión de quiebra, LL, 1982-B-812.

600 Vitolo, Nuevas tendencias en la jurisprudencia societaria y concursal p. 177.

extensión analógica⁶⁰¹, dado el principio de legalidad, que impide toda aplicación de pena sin ley previa expresa.

Causales de extensión

La mencionada extensión puede provocarse por:

- **Quiebra refleja, art. 160 de la LCQ:** Como señala Argeri, la voluntad individual, dentro del marco de la ley, autoriza a que varias personas constituyan una sociedad comercial para la consecución de los negocios e intereses comerciales que estimen.⁶⁰² Dentro de las figuras que la ley 19550 contempla como tipos societarios (es decir, tipos de sociedades a la que los futuros socios pueden acceder conformes a sus intereses) se legislan ciertas formas societarias en las cuales la responsabilidad de los socios en modo alguno se limita a su aporte, sino que ella resulta ilimitadamente y responden por las deudas sociales como si fueran de el mismo. La responsabilidad le es impuesta por la ley, basada en el tipo social elegido voluntariamente, o bien dicha ilimitación resulta consecuencia del incumplimiento o de la violación de las normas legales.

El primer supuesto de extensión que legisla el ordenamiento falimentario indica que la quiebra de la sociedad importa la de sus socios con responsabilidad ilimitada. Es el caso más tradicional y antiguo de extensión de quiebra, en nuestra legislación, viene desde el viejo Código de Comercio del Siglo XIX.

El sentido de la extensión es desde la quiebra de la sociedad hacia los socios ilimitadamente responsables (socio de la sociedad colectiva, socio comanditado, socio capitalista de la sociedad de capital e industria, socio de la sociedad irregular, socio de la sociedad de hecho); no a la inversa (la quiebra del socio ilimitadamente responsable no se extiende – al menos, no por este artículo- a la sociedad in bonis de la que forma parte).

Las razones que suelen invocarse en apoyo de la solución legal son más bien de oportunidad y conveniencia, y no de derecho sustancial, ni responden a principio de lógica jurídica. Es una responsabilidad sin culpa, establecida iuris et de iure por la ley de sociedades, ratificada en el ámbito normativo concursal; la quiebra del socio no depende de su voluntad ni constituye una respuesta a modo de reproche legal por una determinada conducta.⁶⁰³ Si bien Satta sostiene que la norma en análisis obedece a la consideración realista de que el socio que no provee a tiempo al pago de las deudas sociales manifiesta del modo mejor su insolvencia personal, la insolvencia del socio es presumida iuris et de iure.⁶⁰⁴

Los presupuestos para fundar el pedido de extensión bajo esta norma son la existencia de una sociedad fallida y de socios ilimitadamente responsables, aun en el caso de que el socio se encuentre previamente concursado.

La norma alude a los socios ilimitadamente responsables, sin hacer distinción de si tal ilimitación es la que emerge exclusivamente y excluyentemente del contrato social – es decir, si es originaria- o de si también comprende aquellos supuestos en los cuales la ilimitación surge a posteriori, como consecuencia de una sanción impuesta por la ley de sociedades, o bien por la infracción de un deber legal, lo que importa una ilimitación derivada. Es precisamente la mencionada falta de distingo lo que ha motivado un arduo debate doctrinal en torno a determinar cuáles socios con

601 Brunetti, Diritto fallimentare italiana, p. 88.

602 Argeri, La quiebra, t. 2, p. 323.

603 Etcheverry, Supuestos de extensión de quiebra, LL, 1982-B-812.

604 Satta, Instituciones del derecho de quiebra, p. 450.

responsabilidad ilimitada son alcanzados por la norma. Son varias las posturas autorales. Una primera, la tesis restrictiva, aduce que los únicos casos comprendidos en ese artículo son los de aquellas sociedades cuyos socios, al momento de constituir la sociedad o incorporarse a ella, voluntariamente se obligaron de manera ilimitada por las deudas sociales. Maffia señala que, en los restantes casos, la responsabilidad surge a posteriori de que el instrumento haya sido suscripto, una vez que la sociedad está funcionando, siendo tal responsabilidad anómala, sancionatoria y derivada, supuesto excluido en el artículo en exegesis.⁶⁰⁵ Señala Satta que la regla que indica que la quiebra de la sociedad importa la del socio con responsabilidad ilimitada patentiza que la ley ha querido referirse a los socios de la sociedad colectiva y al socio colectivo en la sociedad en comandita. Por tanto, han de excluirse las personas sujetas a responsabilidad ilimitada por otro título que el de ser socio originariamente sujetos a esa tal responsabilidad.⁶⁰⁶ La ley general de sociedades contempla muy disimiles supuestos de ilimitación por sanción y consecuencias distintas para cada caso, de donde no puede sistematizarse un casuismo legal. Se configuran así supuestos a los cuales se les aplica la ilimitación de la responsabilidad por diversas fuentes, mas no hay una única clase de socios ilimitadamente responsables, dado que tal ilimitación puede emerger-en el ámbito societario- por cuestiones diversas. En los supuestos en los que deviene como sanción por infracción de una norma, se requiere la invocación de un procedimiento tendiente a develar la conducta infractora y la eventual responsabilidad, lo que es incompatible con el tramite sumario de la extensión de quiebra.

La segunda posición – la tesis amplia- sostiene que la ley no distingue el origen contractual o sancionatorio de la ilimitación de la responsabilidad, por lo cual resulta aplicable tanto para uno u otro caso; esto es la norma se aplica a todos los supuestos que, conforme a la ley societaria importen ilimitación de responsabilidad del socio, sin cuestionamiento sobre el origen o las causas de tal ilimitación.⁶⁰⁷

Una tercera posición, planteada por Rouillon – tesis intermedia-, sostiene que quedan comprendidos los supuestos en los que existe ilimitación estricta de la responsabilidad; esto es, cuando la ilimitación está presente en los dos extremos del problema, cuando todo el patrimonio resulta afectado a la satisfacción de todo el pasivo social.⁶⁰⁸ Únicamente en estos casos existiría ilimitación, sin atender a que el origen sea sancionatorio o contractual. Explica ella partiendo del concepto de limitación de la responsabilidad; es decís, cuando el socio responde por todas las deudas sociales solo con parte de su patrimonio. Por oposición, la ilimitación de la responsabilidad –en sentido estricto- tiene lugar cuando el socio responde por todas y cada una de las deudas sociales con todo su patrimonio, ya sea de manera principal o subsidiaria. No obstante, hay casos donde no hay ilimitación de la responsabilidad stricto sensu. Son aquellos supuestos donde el socio responde con todo su patrimonio – de ahí la ilimitación- pero no por todas las deudas sociales sino por algunas, o por el resultado concreto de ciertos actos. El segundo aspecto que analiza el autor es determinar por cuál de las deudas responde ilimitadamente el socio; en estos casos todo el patrimonio responde solo por algunas deudas, de modo que, desde el punto de vista del pasivo a satisfacer por el socio personalmente, lejos de haber ilimitación, hay limitación. En este grupo de supuestos, en los cuales la ilimitación existe solo para el patrimonio garante, pero no para el pasivo afrontable, no hay en realidad ilimitación de la responsabilidad, sino una menor responsabilidad.

605 Maffia, Quiebra Dependiente, ED, 71-611.

606 Satta, Instituciones del derecho de quiebra, p. 451.

607 Azerrad, Extensión de la quiebra, p. 48.

608 Rouillon, ¿Cuál “responsabilidad ilimitada” determina la extensión de la quiebra social?, ED, 120-804.

“No corresponde extender la quiebra de una sociedad a los herederos de los socios fallecidos, pues aun cuando estos hayan ingresado a ella, estando ya con plazo vencido, el único acto producido por la sociedad después de esa inclusión, fue el acto extintivo del vínculo laboral con el peticionario de la falencia; de tal manera, en cuanto respecta a la extensión de la quiebra a aquellos, no puede considerarse, en estricto, el carácter de irregular que tomo la sociedad y la responsabilidad ilimitada que tienen los socios de tal tipo de ente jurídico, pues el art. 160 de la LCQ alude a la extensión de la falencia a los socios con responsabilidad ilimitada, cuando esa responsabilidad es asumida por los socios desde el origen de la sociedad o cuando sobreviniendo la irregularidad y consecuente responsabilidad ilimitada los socios consienten la prosecución de la actividad societaria bajo tales condiciones” (CNCom, Sala A, 29/9/99, “Tampre SRL s/quiebra”).

En cuanto a la situación de los socios egresados o excluidos al momento de la declaración de quiebra, se discute la procedencia de la extensión. Para los que responden positivamente, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que se hubiera tratado de un socio con responsabilidad ilimitada.
- Que se hubiera retirado o hubiese sido excluido.
- Que el retiro o la exclusión se haya producido después de la cesación de pagos de la sociedad, a cuyo fin se ha dicho que no rige el plazo máximo de retroacción de dos años que prevé el art. 116 de la ley, en orden a establecer o determinar si el socio se retiró o fue excluido después de producida la cesación de pagos.
- Que se trate de deudas anteriores, entendiéndose por tales las existentes a la fecha en que se inscribió el retiro en el Registro Público de Comercio. Si el retiro nunca se inscribió deberá responder por todas las deudas.

La extensión hacia los socios ilimitadamente responsables se declara automáticamente al momento en que se decreta la quiebra principal y no se requiere de un procedimiento para instar la extensión hacia los socios. Cuando la ley prescribe que “la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada”, está reconociendo un presupuesto para la declaración de quiebra de los socios con responsabilidad ilimitada, que no es otro que declarar la quiebra de la sociedad, pero – dictada esta- ella incluye a todos los socios ilimitadamente responsables, aun a los no nombrados en la sentencia.

La quiebra produce sobre los socios alcanzados efectos tanto personales como patrimoniales.

En la extensión de quiebra por aplicación de este artículo, no está definido con claridad cual sistema de masas se aplica. Si bien existe un vínculo entre la quiebra social y la de los socios, la de estos es propia y personal, en el sentido de su carácter de fallido y de la nueva masa que se forma. Se da un trasvasamiento del pasivo social a la masa del socio concurrente con el pasivo particular de este, pero cada falencia será autónoma. Así, la regla es la conformación de masas separadas; masa única solo corresponde cuando hay confusión patrimonial inescindible (si esta fue la causa de la extensión-inc. 3, art. 161, LCQ-, como cuando habiéndose declarado la extensión por otra causa, luego se descubre confusión patrimonial entre el quebrado principal y el sujeto de la quiebra extendida). En consecuencia, en la extensión de quiebra al socio ilimitadamente responsable de la sociedad fallida principal, se formarán –como regla- masas separadas. Una integrada por activo y pasivo de la sociedad, y tantas masas como socios ilimitadamente responsables fueran declarados quebrados por extensión. En estas últimas, sobre el activo personal de casa socio concurren sus acreedores particulares más los acreedores de la sociedad que, así, repiten su concurrencia en todas las masas (si hay algún socio retirado o excluido antes de la quiebra principal, al que luego se

le extiende dicha quiebra, los acreedores sociales que concurren en su masa son solo los anteriores a la registraci3n del retiro o exclusi3n). Los acreedores sociales concurren a todas las masas por el valor integro de su acreencia-no deben ir descontando lo percibido para, reci3n luego, ingresar a otra masa-, correspondiendo aplicar las reglas de los arts. 135 y 136 de la LCQ.

Nunca se forma masa residual o de remanentes. Si sobrase activo en la quiebra de alg3n socio es porque-al menos all3- tambi3n fueron desinteresados íntegramente los acreedores sociales, con lo cual el activo remanente debe devolverse al socio en cuesti3n, ya que los insolutos acreedores particulares de los consocios no pueden pretender cobrarse sobre bienes excedentes del socio con saldo favorable. Si sobrasen bienes en la quiebra social (supuesto mucho menos frecuente), es porque tambi3n fueron totalmente desinteresados los acreedores de la fallida principal, con lo cual ese activo remanente, v3a cuota de liquidaci3n societaria, ingresara proporcionalmente a cada uno de los activos liquidables de los socios quebrados por extensi3n, destin3ndose a satisfacer los saldos impagos de los acreedores particulares de ellos.

La norma del art. 90 de la LCQ le concede al deudor declarado en quiebra la posibilidad de convertir dicho proceso en un procedimiento de concurso preventivo. Expresamente establece que entre los deudores comprendidos en tal posibilidad se encuentra el socio cuya quiebra se haya declarado por extensi3n en los t3rminos del art3culo 160, y se excluye a los socios quebrados por extensi3n en virtud de los supuestos del art. 161 de la LCQ, indic3ndose que tal exclusi3n obedece a la retribuci3n del ordenamiento a conductas antijur3dicas consideradas reprochables.⁶⁰⁹

• **Quiebra por Extensi3n, art. 161 LQC:** este tipo de extensi3n de quiebra tiene car3cter sancionatorio y proceder3 ante alguno de los siguientes supuestos:

✓ **Actuaci3n en inter3s personal, inc. 1:** la quiebra se extender3 a aquellas personas que por medio de la fallida actu3 en su inter3s personal disponiendo de los bienes de la misma como si fueran propios y en fraude a los acreedores. Debe existir relaci3n de causalidad entre la quiebra principal y la actuaci3n en inter3s personal. Por Ej. Administrador que constituye una prenda sobre un bien de la fallida para obtener un cr3dito para 3l.

La doctrina y la jurisprudencia francesa receptan el r3gimen de extensi3n de la quiebra por actuaci3n en provecho propio como un r3gimen especial, aut3nomo de la responsabilidad civil, incluso cuando se ejerce contra los 3rganos de una sociedad quebrada. De all3 deviene la tipicidad del instituto y el detallismo de sus requisitos; en consecuencia, los supuestos deben ser mirados bajo este principio a la hora de decidir la declaraci3n o no de la quiebra intragrupo.

Esta norma fue introducida por el legislador en la reforma concursal de 1972, mediante la cual –adem3s de incorporar en el art. 164 al socio ilimitadamente responsable- se agreg3 en el art. 165 el supuesto de extensi3n al “verdadero due1o del negocio”, soluci3n que ven3a de la legislaci3n francesa (art. 101, ley de quiebras del 13/8/67, que a su vez reconoc3a como antecedente el art. 446 del Cod. De Comercio franc3s).

Se ha se1alado que en el caso del inc. 1 la naturaleza de la extensi3n no deriva de la cesaci3n de pagos, sino del concepto de unidad o sujeci3n econ3mica vinculado a la reciproca responsabilidad y a la actuaci3n cumplida, y encuentra su fundamento en la comunicaci3n de responsabilidades que genera el il3cito que crea una solidaridad pasiva, persiguiendo que –en caso de mediar desvi3 del

⁶⁰⁹ Mosso, La conversi3n de la quiebra operada en la pr3ctica, LL, 1996-D-1251.

empleo del patrimonio de la fallida- se restablezca el desequilibrio provocado mediante la quiebra del sujeto que resulto beneficiado.⁶¹⁰

Muchos autores argentinos que se ocupan del tema entienden que en este caso se trata del empresario oculto “que, encubierto bajo la pantalla de una sociedad, actuó en su propio interés y dispuso del patrimonio de la sociedad como si fuera propio”. Además, infieren que el tema se vincula a la cuestión de la desestimación o penetración de la personalidad societaria.

A este supuesto de extensión se lo ha asimilado a la quiebra del dueño del negocio de la doctrina francesa receptada por nuestros autores y la jurisprudencia, entendiendo como dueño del negocio a aquel que, bajo la apariencia de una actuación por la fallida, haya realizado actos en su propio interés y dispuesto de los bienes de la fallida como propios, siendo estos, precisamente dos de los presupuestos exigidos por la norma en comentario.

Hay actos que en apariencia son realizados por la fallida (eventualmente, una sociedad), efectuados en interés personal y en fraude a los acreedores, por quien abusa de la fachada de la fallida.

Los presupuestos de procedencia de este tipo de extensión son la existencia de una quiebra anterior o principal, que puede ser de persona física o jurídica, y de otra persona física o jurídica que, actuando en apariencia de hacerlo por la fallida, efectúa actos en su interés personal y dispone de los bienes de aquella como si fueran propios en fraude a los acreedores. En este caso la interpretación respecto de este tipo debe ser estricta, no pudiendo inferirse la existencia de fraude en perjuicio de los acreedores por el solo hecho de mediar una vinculación empresarial entre la fallida y la entidad hipotéticamente controlante, por lo que no es la pertenencia a un grupo económico la que autoriza a recurrir a la extensión, si no se dan los supuestos establecidos en los distintos incisos de la norma.

En definitiva, el precepto tiende a imputar responsabilidad a quien tuvo a la fallida bajo su dirección económica, a quien se sirvió de otra persona para efectuar determinados actos. Tal situación presupone la actividad efectiva y concreta en interés personal de quien actuó bajo esa apariencia, un caso en el que aquel sujeto haya dispuesto de los bienes del deudor cual si fuesen propios, sin haber procedido a su ulterior restitución.⁶¹¹

“El supuesto de hecho previsto en el inc. 1 del art. 161 de la ley 24.522 para la procedencia de la extensión de la quiebra requiere que exista una actuación en interés personal y disposición de bienes de la fallida como si fueren propios bajo la apariencia de la actuación de aquella y en fraude a los acreedores” (CNCom., Sala B, 25/2/00, “Expocrystal SA s/quiebra”, LOnline, AR/JUR/3976/2000).

En relación con el interés personal, para determinado sector de la doctrina, la actuación en interés personal debe comportar gestión negocial y excede la mera ocultación pasiva de bienes bajo la apariencia de pertenecer a otro sujeto. Por otro lado, resulta necesario destacar que el plural utilizado por la norma denota que es insuficiente un hecho aislado de abuso de personalidad y de los bienes del sujeto fallido, de modo que la realización de actos en interés personal y la disposición de bienes sociales como si fueran propios no se corresponden con actos aislados, sino que debe

610 CNCom, Sala E, 9/4/08, “Celular Asistence SA c/quiebra s/inc. De estension de quiebra”, Lexis 35024074.

611 CN Com, Sala C, 9/9/03, “Manufacturas de Calzado SRLs/quiebra c/Denirgian de Khandjoyan, Josefina, y otros”, citado por Pesaresi, ley de concursos y quiebras, p. 633.

exhibirse una conducta que importe dar preeminencia al interés personal por encima del interés de la fallida.

Una postura contraria sostiene que la calidad de los actos es decisiva. Así como respecto de la configuración ilícita prevista en el art. 19 de la ley societaria puede bastar un solo acto ilícito, si es de tal naturaleza y magnitud que determinara la actuación posterior de la sociedad, aunque esta última sea ilícita, debe apreciarse también la naturaleza y magnitud (absoluta y relativa) de esos actos para decidir si se dan los presupuestos para extender la quiebra. Tampoco una pluralidad de actos, en si mismos aislables y de escasa relevancia en el contexto de la actuación general de la persona fallida, aunque den lugar a otro tipo de acciones, puede considerarse suficiente para ello.

Sin perjuicio de ello, la actividad del verdadero dueño del negocio no solo debe importar un desvío del interés de la fallida para actuar en su propio interés, disponiendo de los bienes de la fallida como si fueran propios, sino que además el tipo legal exige que tal actividad en interés propio lo haya sido en fraude a los acreedores. Al respecto destaca Rouillon que la existencia de fraude resulta una mención redundante, pues el actuar allí descrito es per se fraudulento, desde el punto de vista del derecho civil.⁶¹² Probada la actuación legalmente tipificada, no hay necesidad de probar nada adicional; ella es fraudulenta y, en su caso, quien entienda que no lo es deberá cargar con su prueba. La intensión de defraudar a los acreedores resultara objetivamente de los propios actos realizados, sin que sea necesario probar el ánimo de defraudar, prueba que casi siempre resulta imposible.

Asimismo, se ha señalado que la existencia de fraude a los acreedores se presume por la configuración de la quiebra antecedente, criterio que deja a salvo la posibilidad de producir prueba en contrario por parte del sujeto a quien se intenta propagar la falencia, el que deberá acreditar que su actuación ilícita puede conjurarse por medio de la reparación de daños y perjuicios y por no haber sido su actuación causa de la cesación de pagos de la fallida.

Por último, hay que tener en cuenta que lo que se busca no es extinguir la personalidad de la fallida, pues esta no desaparece con la extensión de la quiebra al gestor oculto; tampoco se pretende, como en los casos comunes de desestimación de la personalidad, apartar la sociedad fallida originaria, sino que, en realidad, la norma integra el patrimonio incompleto de la persona o sociedad fallida con la de quien ha estado moviendo los hilos desde la penumbra. Al extenderse la quiebra se produce una complementación de responsabilidades, no una suplantación de estas.

✓ **Abuso de Control, inc. 2:** la quiebra se extenderá a la persona controlante de la sociedad fallida, que desvié el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés propio o del grupo económico del que forma parte.

La ley en este inc. 2 no solo ha incorporado un fenómeno propio del derecho societario sino que lo ha extendido, habida cuenta de que el supuesto en comentario resulta más amplio que el societario, toda vez que la propia norma concursal admite que el controlante a que se refiere pueda ser una persona jurídica o una persona física.

Este es un supuesto de control por posición dominante en el cual la controlante –persona física o jurídica- ha trasladado todos los perjuicios hacia terceros a la sociedad controlada y preserva su patrimonio del reclamo de estos.⁶¹³

612 Rouillon (dir) – Alonso (coord.), Código de Comercio, t. IV-B, p. 379.

613 Rivera – Roitman – Vitolo, Ley de concursos y quiebras, t. III, p. 39.

La norma de este inciso presupone los siguientes casos: imponer sacrificios injustificados a una sociedad, que la conduzcan a la extinción en beneficio del grupo que integra y que no asume el pasivo que le corresponde; aplicar el patrimonio de una sociedad a la consecución de fines extrasocietarios, en beneficio de otras empresas o sujetos del grupo; desviar las utilidades o ganancias dirigidas a satisfacer el pasivo social y a reeditar beneficios a sus integrantes sometiéndolo al ente y asignando esos beneficios a otros integrantes del grupo, provocando un traspaso de créditos e ingresos, en perjuicio de los acreedores; existencia de una dirección unificada que ejerza el control en interés del grupo y en perjuicio de la sociedad controlada, siendo característica de este tipo el hecho de que la quiebra discurre de la controlada a la controlante, es decir, que la insolvencia de la dominada se extiende al dominante abusador.

Dicha norma exige determinados presupuestos de andamiaje del pedido de extensión:

- Que se verifique la quiebra de una sociedad controlada por una persona controlante;
- Que dicho control se haya ejercido de modo abusivo e irregular, importando el desvío indebido del interés social de la controlada;
- Que ello se logre sometiéndola a una dirección unificada en beneficio o interés de la controlante o del grupo del que forma parte.

Es importante destacar que al estar permitido en nuestra legislación el control societario, el solo hecho de la quiebra de la controlada no habilita a extender la quiebra “automáticamente” a la controlante, por lo que para que la extensión proceda deberá configurarse un control “abusivo”, es decir, obligar a la controlada a adoptar una dirección tendiente al beneficio de la controlante o del grupo económico y contraria a la finalidad societaria de la controlada. Debe existir relación de causalidad entre la quiebra principal y el abuso de control.

En el mismo inciso explica que debe entenderse por “persona controlante”, en primer lugar, aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social, por Ej. La sociedad A (controlante) posee una determinada cantidad de acciones de la sociedad B (controlada), las cuales le otorgan el 51% de los votos al momento de adoptar decisiones en la asamblea ordinaria. Se refiere este supuesto al control directo mediante una tenencia lo suficientemente amplia para imponer su voluntad en las asambleas de modo de imponer su decisión.

En segundo término, cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social. En este supuesto se requiere que el control sea ejercido por un número plural de personas que, si bien consideradas de modo individual no tienen participación relevante, actuando conjuntamente reúnan los votos y las condiciones necesarias para conformar la voluntad e imponerla.

Tales definiciones son válidas dentro de la ley concursal que las contiene, pero no pretenden describir todos los supuestos sociológicos del control societario, pues toman aquellas formas que integran al sistema falencial.

La ley concursal prevé, entonces, que la fallida controlada se una sociedad; no así la controlante, a la cual menciona como “persona controlante”, sin exigir que se trate de un ente de existencia ideal.

Caso Swift – “Cia. Swift de La Plata SA s/quiebra”-: la compañía frigorífica Swift de La Plata S.A., que se encontraba en cesación de pagos, presenta en 1971 un acuerdo preventivo para evitar su quiebra. Este acuerdo había sido votado y aceptado por los acreedores, entre los que se encontraban ciertas sociedades pertenecientes al “Grupo económico Deltec” de la empresa “Deltec Internacional”. Lo relevante del caso era que Swift también pertenecía a dicho grupo económico. Por lo tanto, “Deltec Internacional” era quien controlaba la voluntad de todas esas sociedades (entre las que se encontraba Swift). El juez de 1ra instancia rechazó el acuerdo preventivo y declaró en quiebra a Swift. Pero además extendió la quiebra a las otras sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trataba de personas jurídicas diferenciadas, ya que todas respondían a la misma voluntad (la voluntad de Deltec Internacional). Había un hecho que corroboraba lo dicho: más del 80% de las ventas de Swift eran a sociedades del mismo grupo, y a precios extremadamente inferiores a los que se fijaban para venderle a otros clientes. La Cámara de Apelaciones confirma el rechazo del acuerdo preventivo, pero declara nula la extensión de la quiebra. El 4 de septiembre de 1973, la Corte Suprema confirma la quiebra de Swift, y la extiende tanto a Deltec Internacional (sociedad controlante) como a las demás sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trata de personalidades jurídicas diferenciadas.

En torno a que debe entenderse por control y en que consiste, cabe destacar que en doctrina suele señalarse que existen dos tipos de control: el interno y el externo. El primero es un control jurídico o de derecho que surge de la propia participación de la controlante en la sociedad controlada; es una participación suficiente para conformar la voluntad social, resultante tanto de la tenencia neta de la mayoría accionaria, cuotaria o de partes de interés. Ello de modo de obligar a la controlada con su decisión.

En cambio, el control externo o de derecho se presenta cuando la influencia dominante de la controlante sobre la controlada no obedece a una especial participación accionaria o cuotaria, sino que deriva de los especiales vínculos del modo en que una prevalece sobre la otra, a raíz de relaciones intersocietarias que de ordinario resultan de relaciones contractuales, en virtud de las cuales la controlante domina a la controlada por subordinación económica. Esto es, la controlada trabaja y se desenvuelve en los negocios para y a favor de la controlante.

Establecidos los tipos de control, cabe destacar que el control entendido como poder efectivo de dirección en los asuntos sociales es el rasgo definitorio para tornar procedente la extensión de quiebra, siendo necesario que concurren los extremos supraindicados. Mas queda por determinar a qué control se refiere la ley; si al interno, al externo o ambos. Indica Bergel, que la ley de concursos define el concepto de control refiriéndose únicamente al interno, a pesar de que tal limitación contraría los fines de la norma y la realidad, dado que la experiencia enseña que son numerosos los casos en los que situaciones relativas al control externo inciden en la dirección de los asuntos sociales.⁶¹⁴

Coincide Rouillon, en que, si bien es cierto que el control externo no está contemplado en el inc. 2, la extensión falencial de la controlante a aquel podría lograrse cuando su actuación fuera subsumible en el inc. 1; es decir, el control externo no es causal de extensión de quiebra, pero no cabe excluir la extensión de quiebra en situaciones de control externo, si se reúnen los presupuestos de la extensión por actuación en interés personal que contempla el citado inc. 1.⁶¹⁵ Sin perjuicio de ello se ha decidido que el control al que se refiere la ley concursal debe interpretarse de acuerdo con lo previsto por la ley societaria (art. 33, ley 19.550); es decir, no limitado al control

614 Bergel, Extensión de la quiebra, RDCO, 1973-459.

615 Rouillon, Reformas al régimen de concursos, p. 274 y 275.

interno o jurídico, que es el que resultara de los votos necesarios para tomar decisiones en asambleas, sino también comprensivo del control económico o externo, al que se refiere el inc. 2 de la disposición societaria mencionada, en cuanto contempla el control que puede resultar de las particulares relaciones comerciales o contractuales que existen entre los sujetos.

Con respecto al envío indebido del interés social de la controlada en beneficio de la controlante o del grupo, siendo la mera existencia del control insuficiente, dado que este debió ser ejercido abusivamente.

El desvío irregular no se refiere solamente a los actos materiales de apropiación y utilización de bienes de la sociedad, como en el caso del inc. 1; comprende cualquier supuesto de acciones y omisiones que importan un perjuicio para la sociedad luego fallida. Este control irregular es distinto de la responsabilidad de la sociedad controlante por los daños causados en el ejercicio doloso o culposo del control, cuando se ha usado indebidamente la estructura societaria de la controlada que prevé el art. 54 de la LSC.

Como la norma exige que el mencionado control sea ejercido desviando el interés social, surge el interrogante de cuando existe tal desvío. En opinión de Garcia Martinez, la norma se está refiriendo al interés común de realización del objeto social o al objeto final previsto en los estatutos o contrato social; es decir, desviarse de lo que es idóneo para satisfacer el objeto social.⁶¹⁶ a su vez, Otaegui señala que el desvío del interés de la controlada tiene lugar cuando la actividad económica de esta es desfavorecida para satisfacer al interés de la controlante o del grupo, sin mediar reciprocidad.⁶¹⁷ de ello se concluye que como consecuencia del control abusivo se configura el desvío indebido del interés social (el cual ya por “indebido” resulta abusivo, porque tuerce el destino de la controlada en perjuicio de esta y de sus acreedores). El abuso de control es una de las formas en que se concreta el concepto jurídico de fraude.

Si el desvío no se hace en beneficio propio de la controlante o del grupo del cual forma parte, nos ubicamos fuera del presupuesto contemplado en la norma. Esta parece entender que tal desvío puede ser logrado mediante la dirección unificada. La inexistencia de la misma, es decir, de una estructura organizativa que permita inferir el traslado de beneficios o el desvío, hace imposible la comunicación de la falencia, pues de lo contrario cualquier votación en las asambleas o instrucciones que el órgano de gobierno imparta al de administración, si resultare perjudicial, importaría la posibilidad de extender la quiebra a quienes adoptaron tal decisión. Dirección unificada no supone los mismos hombres; importa unidad de criterio en la toma de decisiones, lo que puede manifestarse en todas las estructuras sociales.

Cabe aclarar que la actuación abusiva debe guardar relación de causalidad con la insolvencia de la sociedad controlada (con su producción, agravamiento, mantenimiento o prolongación indebida). Esto es, no corresponde extender la quiebra si, verificando el desvío, este no guarda relación con la producción, agravamiento, mantenimiento o prolongación de la insolvencia.⁶¹⁸

✓ **Confusión patrimonial inescindible, inc. 3:** la quiebra se extenderá cuando los patrimonios de distintas personas, físicas o jurídicas, se confunden, siendo imposible su delimitación precisa, es decir, que sean inescindibles.

“La extensión de la quiebra por confusión patrimonial entre la fallida y un tercero (art. 161, inc. 3, ley 24.522) reviste carácter excepcional en el desenvolvimiento del proceso falimentario y es de

616 Garcia Martinez, Derecho concursal, p. 421.

617 Otaegui, La extensión de la quiebra, p. 122.

618 Roullion (dir) – Allonso (coord.), Código de Comercio, t. IV-B, p. 382.

interpretación restrictiva en tanto incluye una causa objetiva de comunicación del estado concursal a aquellos sujetos cuyos patrimonios conforman una unidad inescindible con el propio de la deudora, prescindiendo a tal fin de la noción de ilicitud o abuso que trasuntan los incs. 1 y 2 de la citada normativa” (Capel Concordia, Sala III, 13/3/97, “Bertoni Hnos. SRL s/quiebra”, LLonline, AR/JUR/5142/1997).

Se ha señalado que la inescindibilidad debe ser interpretada como una circunstancia en la cual, aun pudiendo delimitar la diferenciación entre activos y pasivos, la confusión existente no puede separarse, escindirse o cortarse, y no en un sentido técnico sino de perjuicio para la masa.

El fundamento de esta causal de propagación de la quiebra –según Bergel- apunta a una sanción para quienes violaron claras normas del ordenamiento legal, dirigidas a mantener la diferenciación de patrimonios y no solo de contabilidades.⁶¹⁹ La norma se aplica a cualquier clase de sujetos en quiebra principal, sea persona física o jurídica, y cualquier clase de sujetos pasivos por extensión (esto es, persona física o jurídica).

Las características de este tipo de extensión radican en que, bajo la apariencia formal de segmentación patrimonial, subyace y se oculta una unidad económica inescindible. Por ello, Rouillon sostiene que este no constituye un caso de quiebra sin insolvencia, sino uno de comprobación del estado de cesación de pagos del patrimonio del quebrado principal, estado que por su unidad, lleva a la conclusión de que todas las fracciones de este único patrimonio, que aparentemente pertenecen a otras personas, están afectadas por igual impotencia patrimonial que el patrimonio fallido principal.⁶²⁰

La confusión patrimonial se revela o manifiesta por la existencia de manipulación en el patrimonio o un manejo negocial promiscuo por parte de los sujetos involucrados, la cual no puede examinarse como un requisito uniforme para la universalidad de los casos sin atender a las peculiaridades de cada situación. No existe una fórmula única para determinar cuando existe confusión patrimonial inescindible; no hay una tipicidad recurrente, sino que la determinación de la causal dependerá de cada caso y, en él, de un proceso investigativo y de determinación de la existencia del presupuesto objetivo antes referido.

El texto refiere a la confusión inescindible de activos y pasivos, de lo cual se desprendería que, como sostienen algunos autores y se resolvió en algunos fallos, no basta la sola confusión de activos ni de pasivos, ella debe abarcar partes de ambos, porque se apunta a la gestión común de los dos patrimonios y no a la existencia de confusiones parciales en los activos y los pasivos.

El elemento objetivo de procedencia de esta causal de extensión de quiebra está dado por el manejo promiscuo tanto de los activos como de los pasivos o de la mayor parte de ellos, no resultando subsumible, en tal supuesto, la promiscuidad de uno solo de esos elementos cuando el restante se mantiene perfectamente delimitado o bien cuando afecta a porciones del activo y del pasivo que cuantitativamente no comprenden porciones sustanciales.⁶²¹

La medida en la que se haya producido tal promiscuidad debe incidir sobre la mayor parte de ellos (de activos y de pasivos). Este límite es incierto, pero en situación extrema debería interpretarse la noción de mayor parte como más de la mitad de activos y pasivos, aunque algún

619 Bergel, Extensión de la quiebra por confusión patrimonial, LL, 1985-B-757.

620 Rouillon, Reformas al régimen de concursos, p. 261.

621 CNCom, Sala A, 12/12/06, “Nuevo California SA c/Legona SA a/ordinario” en el mismo sentido, CNCom, Sala C, 20/6/01, “Epstein, Samuel s/quiebra”; id., id., 17/4/09, “Alejandro F. Gonzalez SA s/quiebra c/D’Amico Cervantes, Darío, y otros sobre ordinario”.

sector de la doctrina advierte que cualquier pretensión de establecer un límite preciso puede resultar arbitraria.

Disposiciones comunes a ambas causales de extensión.

La extensión de la quiebra por las causales antes mencionadas, puede pedirla el síndico de la quebrada principal y cualquiera de los acreedores concurrentes en esta. No es menester que se trate de acreedores ya verificados, bastando a los fines de la legitimación activa que demuestren su interés de incorporarse a la quiebra principal (al haber solicitado la verificación o justificando prima facie su acreencia). Tampoco es necesario que los acreedores intimen previamente al síndico, para quedar ellos legitimados; la legitimación de los acreedores es principal y no subsidiaria. El fallido principal, por la pérdida de su capacidad procesal no puede demandar la extensión de su propia quiebra a un tercero; pero puede y debe hacer saber al síndico las circunstancias y pruebas que pudieran determinar una extensión falencial, así como solicitar medidas conservatorias.

Con relación al plazo no es un plazo procesal, sino que se trata de un plazo de caducidad establecido a los efectos de ejercer la pretensión. Por ello al estar fijado en meses, se cuenta de la manera reglada por el art. 6 del Código Civil y Comercial, esto es de fecha a fecha. El plazo de seis (6) meses se cuenta:

- En principio, desde la fecha en que se presentó el informe general del síndico.
- En la quiebra indirecta por falta de aprobación del acuerdo preventivo, desde el vencimiento del periodo de exclusividad o, en su caso, desde el vencimiento del periodo de salvataje.
- En la quiebra indirecta por no homologación, incumplimiento o nulidad de acuerdo preventivo, desde que quedara firme la sentencia de quiebra respectiva.

Aun vencidos los plazos referidos, nada obsta a que, declarada una quiebra directa posterior a otra preexistente, en la más nueva pueda resolverse la vinculación con la anterior y se aplique a ambas el régimen de las quiebras extendidas.

Será competente para conocer en el trámite previo a la declaración de quiebra por extensión el juez que haya intervenido en la quiebra principal, pero una vez declarada la extensión resultara competente el juez que, conforme las directivas del art. 3 de la LCQ, fuera competente para conocer en el concurso de la persona que prima facie poseyera el activo más importante. Lo que resulta criticable; en primer lugar, se presta a conflictos de competencia que en nada benefician la celeridad procesal; en segundo término, puede obligar a cambiar de síndico cuando la primera quiebra este, muchas veces, muy avanzada en su tramitación, y en tercer lugar, obliga a los acreedores a multiplicar gastos y esfuerzos cuando se producen desplazamientos. En caso de duda acerca de quien posee el activo más importante, conservara la competencia el juez de la quiebra principal.

La pretensión de extensión de quiebra asincrónica –no declarada simultáneamente con la sentencia de quiebra principal- se encarrila procesalmente como juicio ordinario. Este tramitara de acuerdo con las normas de los códigos de rito del lugar de la quiebra principal.

Por lo que, las partes en el procedimiento para la extensión serán: actora, el síndico de la quebrada principal o el acreedor de ella que promoviese la demanda de extensión; demandada, el sujeto a quien se pretende extender la quiebra o el síndico de su concurso en su caso.

Con respecto a las medidas precautorias, la posibilidad de dictarlas bajo la responsabilidad del concurso se limita al caso en que quien las peticona es el síndico de la quebrada principal, no así cuando las solicita el acreedor demandante, quien solo compromete su propia responsabilidad y no la del concurso.

Si la sentencia de quiebra principal estuviese sujeta a recursos, mientras estos no estén definitivamente desestimados no puede dictarse sentencia en el procedimiento de extensión de quiebra. Sin embargo, este trámite no se suspende, continuándose hasta la conclusión de la causa para sentencia (la cual recién se dictará después de rechazados los recursos contra la quiebra principal, puesto que, si ellos prosperan, al revocarse la quiebra principal, quedaría definitivamente frustrada toda posibilidad de extensión). La existencia de recursos pendientes contra la sentencia de quiebra principal, tampoco suspende el plazo de caducidad para interponer la demanda de extensión.

Al extenderse la quiebra puede ocurrir que el patrimonio de la quebrada principal se confunda con el de la quebrada por extensión (formación de masa única), o que puedan diferenciarse fácilmente uno de otro (formación de masas separadas). Cabe aclarar que en nuestra legislación la formación de “masas separadas” es la regla y la formación de “masa única” se presenta como la excepción.

Por lo que la masa única o sistema de unidad de masa solo se utiliza cuando hay confusión patrimonial inescindible entre la fallida principal y los quebrados por extensión. Si dicha confusión patrimonial ha sido la causa determinante de la extensión de quiebra, la formación de la masa única se ordena ab initio, en la misma sentencia de extensión. Si, en cambio, la extensión de quiebra fue decidida por alguna otra causa, y después se descubre la existencia de confusión patrimonial entre los sujetos de las quiebras vinculadas, la pretensión de formación de masa única puede ser articulada por el síndico al presentar el informe general en cualquiera de las quiebras extendidas. La articulación se sustancia con los síndicos y los fallidos involucrados. Ordenada la conformación de masa única, se suman todos los bienes de los distintos quebrados vinculados para integrar un solo activo liquidable, sobre el cual concurren promiscuamente (de acuerdo a las graduaciones respectivas) todos los acreedores de los diferentes quebrados (quienquiera fuese el obligado de cada acreedor y aunque se hubiera verificado la acreencia en uno solo de los concursos) y sin preferencia entre ellos, excepto el acreedor privilegiado respecto del bien sobre el que recae el privilegio. En este caso, que la masa patrimonial de ambos se unifica, quien tuviese un crédito contra ambos fallidos por la misma causa, deudores solidarios, concurrirá una sola vez por el importe mayor verificado.

Por otro lado, el Sistema de pluralidad de masas o masas separadas con fondo común, residual, o remanente, se forma en los casos de extensión de quiebra contemplados en el incs. 1 y 2 del art. 161 (Actuación en interés personal y Abuso de Control), siempre y cuando no existiera, además, confusión patrimonial inescindible entre los quebrados vinculados. Importa la formación de masas activas y pasivas (bienes y deudas) para cada uno de las quiebras por separado, -como si no hubiera extensión y fuesen concurso autónomos-, hasta la distribución del activo liquidado en todas, oportunidad a partir de la cual se aprecia si se forma la masa remanente. Las masas activas están constituidas, una para cada quiebra, con los bienes de cada fallido correspondiente. Las masas pasivas están integradas, una para cada quiebra, con los acreedores de cada fallido correspondiente. Si queda remanente activo en la quiebra principal y saldos de pasivos insolutos en las quebradas por extensión, estos no pueden concurrir sobre aquel, pero si queda remanente activo en algunas quebradas por extensión y saldos insolutos de pasivos en la quebrada principal,

aquel conforma la masa residual, fondo común o de remanente que se aplica a satisfacer los créditos insatisfechos como si estos fuesen todos quirografarios.

Hasta aquí se ha desarrollado lo sucedido cuando un sujeto incide en la quiebra de otro incurriendo en alguna de las causales de los artículos 160 o 161 LCQ, debiendo responder, por ello, soportando la extensión de dicha quiebra.

Sin embargo, puede ocurrir también que un sujeto incida en la quiebra de otro sin incurrir en alguna de las causales mencionadas, para ello **la LCQ prevé una sanción: la acción de responsabilidad concursal para representantes y terceros**, establecida en el art. 173 LCQ.

El régimen general de responsabilidad de administradores y representantes está regulado en nuestro derecho por la ley general de sociedades 19.550 de modo que cabe formular una primera distinción entre la responsabilidad de los administradores estando la sociedad in bonis – responsabilidad societaria-, de la responsabilidad de ellos cuando la sociedad o el sujeto está en quiebra –responsabilidad concursal-. Ello en modo alguno implica que los dos sistemas funcionen o se apliquen de manera aislada o independiente, ni tampoco supone que, una vez decretada la quiebra, la responsabilidad solo pueda juzgarse bajo los parámetros previstos por la ley concursal. Por el contrario, los institutos “extrafalenciales” pueden ser utilizados incluso en situación de falencia, pues las normas que regulan la responsabilidad societaria y del derecho común se mantienen pese a que el sujeto sea declarado en quiebra, a la par que se incorporan, a partir de la falencia, supuestos de antijuricidad diversos que permiten responsabilizar a los administradores.

622

Las acciones reguladas por el art. 173 son, entonces, acciones “típicamente concursales” y resultan completamente independientes a las acciones previstas en el régimen societario. No se aplican en el concurso preventivo, sino solo en la quiebra, que debe estar vigente como presupuesto de ejercicio y para mantener viva la acción. De modo tal que la finalización del estado de falencia por cualquier causa o forma no liquidativa importa la conclusión o la pérdida de virtualidad de este régimen de responsabilidad concursal.

Acción de Responsabilidad de Representantes.

Los sujetos responsables de la acción concursal contemplada en el art. 173 parr. 1, pueden ser los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios de la persona fallida. La amplitud de la enunciación, que no tiene carácter taxativo, determina que los inculpados pueden ser tanto directivos “de derecho” –con título legal o contractual- o “de hecho” –sujetos que efectivamente actúan en la administración con vicios en su designación o sin designación alguna-

Al respecto, Rivera ha señalado que la ley atribuye responsabilidad a quienes tienen una vinculación funcional (administrador), contractual (mandatarios), o bien legal (representantes legales).⁶²³

Coincide la doctrina, que están excluidos de la acción de responsabilidad concursal los integrantes de los órganos de fiscalización y control (v.gr., sindicatura, consejo de vigilancia). Cabe anotar, sin embargo, que tanto los síndicos como los consejeros seguirán respondiendo –aun en situación de quiebra- bajo las pautas del régimen societario (conf. Arts. 296 y 298, LSC).

La responsabilidad concursal es, en definitiva, un tipo de responsabilidad civil; por ende, para su procedencia es necesario que se presenten los requisitos que sustentan la responsabilidad en el

622 Araya, Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, LL, 2009-D-168.

623 Rivera, Instituciones de derecho concursal, t. II, p. 320.

derecho de daños: conducta ilícita o antijurídica; factor de atribución; producción de un daño; relación de causalidad entre la conducta y el daño.

El artículo 173 1° parra. de la LQC, hace referencia a diversas conductas vinculadas a la cesación de pagos del fallido; castiga a quienes hayan “producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia”. Esa es la consecuencia que el obrar antijurídico imputado debe haber causado.

La idea de producir se identifica claramente con la de autoría de la insolvencia; facilitar implicaría adoptar conductas u omisiones que contribuyan a la producción del resultado dañoso (es decir, es una forma de complicidad); permitir supone también omisión o incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley en defensa del patrimonio administrado o gestionado y, por último, agravar claramente hace referencia a conductas que hacen más intenso o extenso el resultado dañoso (v.gr., cuando se continua el giro de los negocios estando ya instalado el estado de cesación de pagos).

La actuación de este sujeto pasivo tiene que estar signada por el dolo. Este, el dolo, es el único factor de atribución de la acción concursal de responsabilidad. Dada la falta de explicitación de los alcances del dolo, el mismo ha de entenderse en el sentido del derecho civil, es decir, se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 del Código Civil y Comercial.). Ello implica que el sujeto tenga plena conciencia de la antijuricidad de su accionar, así como la voluntad de causar un perjuicio con esa conducta. Por lo que la valoración de la conducta del agente productor del daño, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la prueba de los factores de atribución y de las eximentes, así como las facultades judiciales al respecto, y las demás circunstancias y consecuencias de la acción dolosa se juzgaran conforme a lo establecido en el art. 1716 y ss. Del Código Civil y Comercial.

El antecedente de la norma –esto es, el art. 166. Ley 19.551- no preveía el dolo como presupuesto de la responsabilidad, sino que era menos riguroso; se refería a la “infracción a normas inderogables de la ley”. Si bien los alcances de esta expresión suscitaban controversia, la mayoría de la doctrina se inclinaba por entender que quedaba incluida la culpa. Cabe recordar que la culpa es la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño o la falta de diligencia en el grado o dimensión exigible. De modo que, a partir de la introducción por la ley 24.522 de la exigencia de dolo en el accionar del autor, han quedado eliminadas del campo de la acción de responsabilidad concursal las conductas negligentes o culpables en el manejo de los negocios que hayan generado o hubieran sido determinantes de la cesación de pagos. La existencia de un obrar culposo determinante de insolvencia puede hacer operativa otras acciones no concursales de responsabilidad de terceros.

La restricción del factor de atribución al dolo, como un supuesto extraordinario de responsabilidad en el proceso falencial, ha sido justificada con el argumento de que, si se admitiera el obrar culposo para supuestos tan limitados (disminuir la responsabilidad patrimonial o ser causante de la insolvencia), no se otorgaría seguridad a las operaciones comerciales.⁶²⁴ Se ha defendido también esa postura alegando que la culpa, como factor de atribución de responsabilidad, habilitaría a revisar lo actuado por los administradores durante todo el periodo de cesación de pagos con más el año adicional, y cuyo plazo de prescripción no se computa desde que los hechos se originaron sino desde la declaración de quiebra, lo cual también afectaría la seguridad

624 Vitolo, Infracapitalización, sobreendeudamiento y responsabilidad falencial, en “Derecho concursal argentino e iberoamericano”, tomo II.

de las transacciones mercantiles, que requieren para su eficacia de plazos breves de impugnación y la certeza de firmeza definitiva.⁶²⁵

Pero lo cierto es que, más allá de esos justificativos, la innovación mereció la crítica de un importante sector de la doctrina, que postulo la necesidad de que se contemplara la culpa.⁶²⁶

La acción en comentario apunta a la reparación del daño, cuya existencia es primordial. En relación al mismo, cabe distinguir entre el daño que causo la actuación antijurídica del sujeto y el daño que debe existir a la hora de decidir la procedencia o no de la reparación, consistente (aquel) en la insuficiencia del activo liquidado para satisfacer íntegramente a los acreedores en la quiebra. En virtud de lo cual, la acción no puede prosperar si el acto analizado no ocasiono daño al tiempo de su realización o si pese a haberlo ocasionado originariamente, no se configura insuficiencia de activo a la hora de decidir sobre la acción de responsabilidad por ser mayor el activo falencial liquidado que el pasivo a satisfacer, o por haber sido desinteresados los acreedores, mediante algún modo de conclusión no liquidativo de la falencia como el avenimiento o el pago total.

En caso de progreso de la acción, la consecuencia o deber de reparar, se extiende a indemnizar los perjuicios causados. La regla impone su integración con las normas del derecho común, por lo que la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado (art. 1716, Código Civil y Comercial). El art. 275 del Código Civil y Comercial, establece que el autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado; y responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se había realizado sin la reticencia u ocultación, (art. 271).

En relación con la extensión del resarcimiento en la actuación dolosa, el art. 174 establece que la reparación del daño debe ser plena: consiste en la restitución de la situación del damnificado (en materia concursal, la persona fallida), al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

Puede ocurrir que el daño ocasionado sea derechamente la insolvencia, caso en que el responsable deberá pagar la suma equivalente a la diferencia entre la masa activa y pasiva de la quiebra, de manera tal que la totalidad de los acreedores de la quiebra puedan cobrar sus créditos, incluidos los intereses y gastos. Pero también puede darse el caso de que la conducta imputada hubiere ocasionado daños menores o simplemente una disminución patrimonial susceptible de determinación, sin llegar a ser la única causa de la insolvencia; en este caso este será el límite de la condena dado que la obligación de resarcir debe limitarse al daño efectivamente causado. En cualquier supuesto, el techo de la indemnización será el activo insatisfecho.

La conducta antijurídica dolosamente ejecutada debe tener relación de causalidad con el estado de cesación de pagos o con la disminución de la responsabilidad patrimonial del fallido. El autor debe reparar todos los daños que tengan un nexo de causalidad con el acto causante del perjuicio.

Para los supuestos de dolo se deja de lado la causalidad abstracta y se le imputan al sujeto las consecuencias causales sobre la base de un criterio subjetivo, teniendo en cuenta que el autor obro con ellas en mira. Habrá entonces, daño resarcible siempre y cuando el resultado dañoso configure una consecuencia inmediata, mediata o causal del obrar. Por el contrario, si se configura una

625 Roitman, Responsabilidad de terceros en la quiebra, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n° 11, p. 45.

626 Hequera – Richard, Responsabilidad del administrador societario en la quiebra, en "IX Congreso Argentino de Derecho Societario – V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", t. II, p. 393.

consecuencia remota que no guarda nexo adecuado de causalidad, dicho perjuicio no será pasible de reparación.

Acción de Responsabilidad de Terceros.

El parr. 2° del art. 173 de la LCQ regula la responsabilidad patrimonial de cualquier tercero, autor, cómplice o partícipe, en actos dolosos tendientes a la disminución del activo o a la exageración del pasivo, llevados a cabo antes o después de la declaración de quiebra.

Las características de esta otra acción concursal de responsabilidad patrimonial de terceros en quiebra son:

- Sujeto pasivo de la acción puede ser cualquier tercero; esto es, cualquier persona que no sea el propio fallido, ya fuera representante o no de él, su síndico societario, el síndico concursal, un acreedor, etc.
- La conducta legalmente reprochada es la participación en actos (lo cual excluiría la conducta omisiva) tendiente a la disminución del activo o la exageración del pasivo, en ambos casos referidos al patrimonio falencial. La noción de participación es muy amplia, y abarca tanto la autoría como la complicidad y otras situaciones de menor intensidad que corresponderá perfilar a la doctrina y jurisprudencia concursales.
- Siempre la conducta reprochada debe estar signada por el dolo. Este es el único factor de atribución posible.
- La existencia de daño y la relación de causalidad son iguales a las antes explicadas para esta acción regulada en el parr. 2° del mismo artículo.
- La consecuencia o deber de reparar en caso de progreso de esta acción, es mayor que en el supuesto en el art. 173 parr. 1°, ya que al deber de indemnizar los daños causados (al cual le caben las consideraciones hechas en comentario de la acción de responsabilidad de representantes) se agregan el deber de reintegrar los bienes (del fallido) que aun tuviera en su poder el tercero, y la pérdida (para el tercero) de cualquier derecho que quisiera reclamar en el concurso.

Disposiciones comunes a las Acciones de Responsabilidad.

Las acciones de responsabilidad antes desarrolladas, pueden promoverse en relación a actos llevados a cabo “hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos”, dicha fecha se fija de acuerdo a lo estipulado por el art. 116 de la LQC, es decir, debe ser determinada por resolución judicial, esta ha de fijar la fecha en la que, a criterio del juez, tuvo inicio la situación de insolvencia del fallido ininterrumpidamente mantenida hasta la declaración de quiebra. Se denomina periodo de sospecha al que transcurre desde la fecha de la cesación de pagos y hasta la sentencia de quiebra (art. 116, LCQ). El periodo dentro del cual se juzgarán los actos pasibles de originar responsabilidad puede ampliarse hasta el año anterior a esa fecha. Y a los fines de la responsabilidad de los representantes y terceros no rige el plazo máximo de retroacción de dos años anteriores a la sentencia de quiebra o a la fecha de presentación del concurso contemplado en el citado art. 116, que solo se aplica a las acciones de ineficacia (art. 118), como una manera de privilegiar la firmeza y estabilidad de las transacciones llevadas a cabo por el fallido. “Si bien la fecha de cesación de pagos, por aplicación de la ley 24.522, art. 116, no puede retrotraerse más allá de los dos años de la presentación en concurso o del decreto de quiebra ello es así en relación con los efectos que el periodo de sospecha produce sobre los actos perjudiciales a los acreedores, pero dicho límite de dos años no juega para los efectos relacionados con las responsabilidades de los representantes y

otros intervinientes, contemplados en la LC, arts. 173 y 174” (CNCom, Sala A, 6/9/05, “Rodríguez Pol, Eduardo c/ Alejandro F. Gonzalez SA s/ ordinario”).

Sin embargo, desde que el lapso aplicable con relación a las acciones de responsabilidad marcado por el artículo 174 de la LCQ se extiende a los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos – y sin limitaciones de tiempo-, y como además de la indemnización del daño causado se le puede exigir a los terceros el reintegro de los bienes que estén en su poder, obviamente se está privando de eficacia a los actos por los cuales se apoderaron de esos bienes. Por ello se ha sostenido que la norma instaura la posibilidad de promover acciones de ineficacia concursal más allá del periodo de sospecha, que para las acciones de ineficacia en general no admite mayor retroacción que la de dos años.

La mencionada acción tiene un plazo de prescripción, no de caducidad, de dos años. Tal plazo arranca desde la fecha del dictado de la sentencia de quiebra, sin aclarar la norma si se requiere que esa decisión se encuentre firme o no. Algunos autores opinan que resulta necesario que la sentencia de quiebra se encuentre firme.⁶²⁷ Otros en cambio, estiman que la prescripción comienza a computarse desde la fecha del dictado de la sentencia de quiebra, independientemente de su notificación o de la existencia de recursos.⁶²⁸ Ello porque, por un lado, la ley no menciona la condición de que la sentencia de quiebra este pasada en autoridad de cosa juzgada. Y, por otro lado, porque no es pasible de ocasionar problemas practico, pues si eventualmente aquel pronunciamiento fuera revocado, o dejado sin efecto, ello solo implicaría la imposibilidad de continuar con la acción. Por tratarse de un plazo de prescripción, no puede decretarse de oficio, sino que requiere invocación del interesado, que incluso goza de la facultad de renunciar a la prescripción ya ganada. El término prescriptivo es además pasible de ser interrumpido o suspendido de conformidad con las causales previstas por el art. 2550 del Cod. Civil yComercial.

Mientras no está fijada la fecha inicial del estado de cesación de pagos, es discutido el efecto que ello produce sobre la promoción de la acción de responsabilidad y, eventualmente, sobre su prescripción. Una interpretación sostiene que ello opera como impedimento de promoción de la acción de responsabilidad y, por eso corresponde aplicar la dispensa judicial de la prescripción que establecía el art. 3980 del Código Civil, norma repetida *mutatis mutandis* en el código vigente al 2250, que extiende el anterior plazo de tres a seis meses. Otra corriente de análisis considera que no hay impedimento para promover la acción de responsabilidad (con lo cual el plazo de prescripción corre siempre desde la sentencia de quiebra), aunque no podría dictarse sentencia en la acción de responsabilidad hasta tanto no quedara firme la resolución judicial que fija la fecha inicial del estado de cesación de pagos.

Con respecto al trámite y en función de las previsiones del art. 174 de la LCQ y de la aplicación de las normas comunes se puede decir que, la acción se sustancia y dilucida dentro de un proceso regido por las reglas del juicio ordinario previstas en el ordenamiento ritual del lugar donde radica la quiebra. Ello excluye la aplicación del trámite de los incidentes previsto en el art. 280 y ss. de la LCQ, quedando garantizado, de ese modo, el irrestricto ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), dada la máxima amplitud de debate y prueba que permite el trámite ordinario.

627 Grispo, *Tratao*, t. 4, p. 383; Balbin, *La acción social de responsabilidad en la LCQ*, ED, 195-972.

628 Rouillon (dir) – Alonso (coord.), *Código de Comercio*, t. IV-B, p. 424

Coherente con el procedimiento ordinario fijado para la acción, el artículo establece que el trámite perime en el plazo de seis (6) meses, que es el término fijado habitualmente en los códigos de procedimientos locales para la caducidad de la instancia.

La sentencia que se dictare (cualquiera fuere su sentido), es recurrible de la manera reglada por el código procesal aplicable al juicio ordinario adoptado para la tramitación (es mayoritaria la previsión, en las distintas jurisdicciones, del recurso de apelación con efectos suspensivo).

La competencia para entender es exclusiva y excluyente del juez de la quiebra.

En relación a la legitimación activa, el artículo dispone que la responsabilidad concursal “se declara y determina en proceso que corresponde al síndico”. De modo que la legitimación activa para promover las acciones corresponde, de manera excluyente, al funcionario concursal. En este caso la acción no estará sometida a tributo previo (v.gr., tasa de justicia), sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido. En caso de resultar obligada la masa, el crédito respectivo tendrá la preferencia del art. 240 de la LCQ.

Como consecuencia de la remisión general efectuada por el último párrafo del art. 176 al art. 120, los acreedores también podrán deducirla en caso de omisión del síndico. Para ello deberán seguir el procedimiento previsto por la norma citada, es decir, intimar judicialmente al funcionario para que la inicie, quedando expedita la acción transcurridos treinta (30) días. Rige también, para el caso de que la acción sea iniciada por un acreedor, la prohibición de pedir beneficio de litigar sin gastos y la posibilidad de que le sea requerido el afianzamiento de las costas del proceso, con el apercibimiento de tenerlo por desistido del juicio.

La parte última del artículo 174 de la LCQ, dispone que rige el régimen de autorización previa del art. 119, párr. 3°, de la LCQ. Que (para las acciones de revocatoria concursal) prevé que el síndico debe contar con la “autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible”. Como textualmente lo indica la norma, la autorización debe obtenerse con carácter previo (es decir, antes de la promoción de la acción), pues se trata de un requisito que hace a la legitimación de la sindicatura y cuya ausencia hace procedente la excepción de falta de legitimación activa.⁶²⁹ Por lo que es recaudo de admisibilidad formal de la demanda de responsabilidad, razón por la cual el defecto de la señalada autorización, justifica la desestimación liminar de la demanda.

Cabe hacer notar que solo se tiene en cuenta el capital quirografario (con exclusión del privilegiado) y que la mayoría es solo de capital y no de personas. Sin perjuicio de falta de previsión expresa, deberá excluirse del voto y del cómputo de las mayorías necesarias para la promoción de la acción a aquellos acreedores que tengan un interés contrario. Ello sobre la base de lo dispuesto por los arts. 9 a 11 y 240, Cód. Civil y Comercial, que veda el ejercicio abusivo de los derechos, así como por los arts. 241 y 248 de la LSC, que imponen la abstención del voto de los sujetos que se hallen en situaciones de conflictos de intereses.⁶³⁰

En cuanto a la carga de la prueba, en principio incumbirá a la parte actora probar los extremos de procedencia de esta acción y la extensión del daño reparable.

629 Heredia, Tratado exegético, t. 4, p. 286.

630 Sosa, Apostillas sobre la autorización para el inicio de acciones de responsabilidad por parte del síndico de la quiebra de una sociedad, LL, 2009-C-1364

Acciones de Responsabilidad Concursal y Acciones de Responsabilidad Social.

La LCQ en su art. 175, alude a las acciones por daños y perjuicios que puedan promoverse con fundamento en la ley de sociedad 19.550 o en el derecho común.

Dicho artículo modifica algunos aspectos de las llamadas acciones sociales de responsabilidad contempladas por el ordenamiento societario. La norma refiere, así a cualquier acción social de responsabilidad que en usencia de quiebra de la sociedad hubiera correspondido promover, a la sociedad o al socio, en beneficio de (para reparar perjuicios ocasionados) la sociedad (ahora fallida).

Aunque la acción de responsabilidad societaria y la concursal puedan fundarse en los mismos presupuestos facticos y puedan ser acumuladas, difieren en cuanto a su naturaleza, regulación y efectos.

En primer lugar, mientras el bien jurídico tutelado en la acción del art. 173 de la LCQ es el interés de los acreedores del quebrado; por el contrario, en la acción societaria por mal desempeño el iteren es el de la sociedad. Mientras en el ámbito falencial se incrimina a los sujetos que dolosamente causen la insolvencia o disminuyan la responsabilidad patrimonial del deudor, en el ámbito societario rige también la culpa. En efecto, la acción societaria no requiere dolo, sino mal desempeño con el estándar de conducta de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. “La diferencia entre las acciones previstas en la LC: 173 y 175 es bien notoria: la del art. 173 es una demanda típicamente de responsabilidad de derecho concursal, mientras que la del art. 175 se refiere a las acciones de responsabilidad de tipo societario. Nítidamente se percibe que esta última persigue hacer efectiva la responsabilidad por el mal desempeño del cargo, tanto por actos ilícitos violatorios de la ley, los estatutos o reglamentos, como por cualquier otro daño producido (v.gr., abuso de facultades o culpa grave); o sea, puede generarse responsabilidad aun sin llegar a configurar el fraude para comprometer la responsabilidad patrimonial de la sociedad o su insolvencia” (CNCom, Sala A, 19/9/02, “International Express SA c/Obstein, Luis, y otro s/ordinario”). Y, mientras la concursal tiende a reparar los daños derivados del accionar que produjo la falencia, la societaria tiende a la reparación de los daños causados a la sociedad, con independencia de que hubieran producido o contribuido a la insolvencia. “La acción social de responsabilidad ejercida por el síndico contra los socios de la sociedad se encuentra expresamente prevista en el art. 175 de la ley 24522, con su correlato en el art. 278 de la ley de sociedades, y difiere de la prevista en el art. 173 de la ley concursal, puesto que tiende a la reparación de daños y perjuicios causados a la sociedad, con independencia de que resultare o no causa eficiente del estado de cesación de pagos” (CNCom, Sala C, 13/12/05, “Edificadora Abilene SA c/ Martinez, Enrique, y otro”, LLontine, AR/JUR/8002/2005). De ello se deriva que, si la quiebra concluye mediante de un mecanismo no liquidativo que desinteresa a los acreedores, desaparece la legitimación para promover la acción concursal, mientras que, por el contrario, nada obsta a que igualmente subsista, en ese caso, el interés de la sociedad fallida que autorice a reclamar la reparación de los perjuicios por la vía societaria.

Las únicas acciones que interesan en el marco de la quiebra son las del tipo social, en razón de que siempre la reparación beneficiara al patrimonio de la sociedad, aun cuando el promotor sea un accionista que actuó ante la omisión de aquella, o el síndico o un acreedor frente a la quiebra. Por el contrario, las acciones individuales son totalmente ajenas a la quiebra; el afectado podrá demandar al administrador ante el juez natural sin que el síndico pueda hacerse parte o continuarla frente a la falencia de la sociedad, porque el perjuicio no ha sido causado a la fallida, sino que es individual del actor, sea accionista o tercero.

Cabe dejar aclarado que estas acciones sociales de responsabilidad societaria no se limitan a la que se promueve contra administradores y representantes, sino que puede extenderse a los órganos de fiscalización societaria excluidos de la acción concursal. Por lo que no cabe excluir a ninguna acción social de responsabilidad contra cualquier sujeto aun no mencionado en la lista señalada en el artículo de la LCQ; por caso, los controlantes de la fallida, o los administradores de la controlante de la quebrada, a quienes se pueden promover acciones de responsabilidad (sin perjuicio de la eventual aplicación de las reglas antes descriptas de extensión de quiebra al controlante abusivo). Además, la acción societaria habilita a perseguir a los administradores de manera solidaria. La solidaridad pasiva es de origen legal y emerge de los términos del art. 274 de la LSC, dado que se trata de una responsabilidad colegial, que solo permite a quienes hubieran dejado “constancia escrita de su protesta” y hubieran dado “noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente o se ejerza la acción judicial (art. 274, parr. 3)”, o bien si existiere asignación de funciones específicas (art. 274, parr. 2°, LSC, y art. 76, ley 17.811). Ello a diferencia de lo que sucede cuando se reprocha una actuación dolosa (tal el caso de la acción de responsabilidad concursal), que, como tiene como presupuesto un acto propio, excluye la solidaridad.

Los presupuestos de ejercicio y de procedencia de estas acciones sociales de responsabilidad, su prescripción, tramite, efectos, consecuencias y alcance del deber de reparar, etc., se rigen por las disposiciones del ordenamiento jurídico-positivo societario, aun en caso de quiebra de la sociedad. Las únicas particularidades que dicha declaración de quiebra acarrea son las siguientes: el rol de parte actora en las acciones en trámite puede conservarlo el socio que hubiese promovido una acción social de responsabilidad antes de la declaración de quiebra social. En este supuesto, el síndico concursal puede optar entre hacerse parte coadyuvante en el proceso preexistente, o deducir por separado las acciones que corresponden al concurso.

Si la acción social en trámite había sido promovida (antes de la quiebra) por la sociedad ahora fallida, solo puede ser continuada por el síndico atento al desapoderamiento de aquella. En otras palabras, si existieran acciones de responsabilidad societarias o fundadas en el derecho común iniciadas con anterioridad al decreto de quiebra, se dispone que estas acciones pueden continuar, pero ante el juzgado del concurso, y que el síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos o bien mantenerse al margen y deducir las acciones que corresponda por separado. Rige aquí una suerte de fuero de atracción activo.

Bien advierte Truffat que, cuando la acción fue ejercida por la propia sociedad antes de quebrar, el único que puede subingresar a esa Litis, tomando la legitimación que perdió el quebrado es el síndico. En ese caso, el funcionario no coadyuva en el proceso, sino que es legitimado principal, pues lo contrario equivaldría a asignar a la fallida una suerte de legitimación residual que la ley no le reconoce, salvo en lo que atañe a las medidas conservatorias judiciales hasta que el síndico se apersona. A partir de ello, el autor citado concluye que la opción del síndico de participar como coadyuvante parece restringida a la hipótesis de existir acción social promovida por algún accionista ut singuli.⁶³¹

No cabe duda que, aun cuando existiera una acción promovida, el síndico puede optar por promover otra ex novo; aunque en ese caso cabe que las acciones se acumulen, con el objeto de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias.

631 Truffat, Acciones sociales de responsabilidad en la quiebra, en Llorente – Barreiro (coords.), “Cuestiones actuales de derecho empresario”, p. 477.

En caso de ser promovida después de la quiebra dicha promoción corresponde al síndico. La ley de concursos se limita a establecer las condiciones para el ejercicio de las acciones societarias en el caso de quiebra de la sociedad. La LCQ modifica, así, algunos aspectos de la acción social de responsabilidad regulada en el ordenamiento societario, determinando la manera en que debe ser ejercida en la quiebra, es decir, corresponde al síndico el ejercicio de estas acciones contra socios limitadamente responsables de la sociedad fallida, administradores, síndicos y liquidadores. El objeto de la norma es, revestir al síndico de la quiebra de legitimación procesal para ejercer la acción social de responsabilidad del régimen societario, lo cual es concordante con la pérdida de legitimación del fallido prevista por el art. 110 de la LCQ. De ello se deriva que no es necesario, para habilitar al funcionario a promover la demanda social de responsabilidad societaria, que medie decisión previa de la asamblea de la sociedad fallida en los términos exigidos por el art. 276 de la LSC. Esa exigencia es insustancial, puesto que cualquier decisión negativa de los accionistas no puede condicionar al síndico como nuevo legitimado activo a partir del decreto de quiebra.

Si bien, la norma no aclara si para iniciar las acciones societarias o para continuarlas es necesario que el síndico obtenga la autorización previa de los acreedores. Una línea jurisprudencial entendió necesario requerir la mentada autorización, ponderando, además, la finalidad de la exigencia legal, que radica en que sean en definitiva los acreedores quienes evalúen la pertenencia de una acción que puede comprometerlos en costas. Pero y en sentido contrario se consideró que la promoción de la acción societaria de responsabilidad en sede concursal no necesita de la autorización prevista en el art. 119 de la LCQ. En posición intermedia, Truffat sostiene que, si el síndico quiere promover la acción social de responsabilidad, debe recabar la autorización del art. 119. En cambio, si está llamado a continuar una acción ya iniciada por la propia quebrada, no necesita la autorización porque el tema quedaría sujeto a las previsiones del art. 182. Parr. Ultimo, de la LCQ, y dado que el fin declamado por la ley, ya está ínsito en la demanda existente.⁶³²

Medidas Precautorias.

Por último y en relación a las medidas precautorias, (art. 176 LCQ), la regla contenida en este artículo autoriza la traba de medidas precautorias antes o después de promovida la demanda. Como cualquier medida de esta índole su finalidad radica en lograr una tutela anticipada que asegure el futuro cumplimiento de una sentencia favorable y no la torne ilusoria por la propia insolvencia del condenado.

La regulación general sobre este tópico corresponde a los códigos de procedimientos, que en general les atribuyen las siguientes características esenciales: su decreto y cumplimiento procede sin audiencia de la otra parte, a quien se le deben notificar con motivo de su ejecución o luego de trabarlas; tienen carácter provisional y solo subsisten mientras duren las circunstancias que determinaron su dictado, las cuales, si cesan, imponen su levantamiento.

Estas medidas, se pueden dictar bajo la responsabilidad del concurso en los casos que quien acciona y solicita aquellas, es el síndico de la quiebra; no así cuando lo hace otro demandante (socio, acreedor interesado), quien solo compromete su propia responsabilidad y no la del concurso. Esto significa que en el primer caso si hubiera que afrontar costos (honorarios, gastos, reparación de perjuicios, etc.) originados en las acciones antes explicadas, ellos serían considerados gastos de conservación y justicia.

632 Truffat, Acciones sociales de responsabilidad en la quiebra, en Llorente – Barreiro (coords.), "Cuestiones actuales de derecho empresario", p. 477.

Como es de notar, no se hace referencia a la contracautela, por lo que, para una corriente de opinión, lo expuesto en primera medida implica que cuando las medidas sean requeridas por el síndico, no será menester caución específica, dado que es ese supuesto se compromete la responsabilidad del concurso, de modo que las eventuales costas y daños tendrán el rango del art. 240 de la LCQ (Gastos de Conservación y Justicia). Pero si el demandante es un acreedor, desde que solo compromete su propia responsabilidad, si cabe exigir contracautela. En contra de esa posición, Ttuffat ha interpretado que la referencia a la responsabilidad del concurso importa la necesidad de que aquel cuente con activo suficiente para responder por las eventuales consecuencias de la medida y preste caución suficiente. Siguiendo la primera postura se estableció en CNCom, sala A, 25-10-2007, "F&M SA", Abeledo-Perrot Online "Si el embargo fue decretado a pedido del síndico y bajo responsabilidad de la quiebra, conforme el artículo 176, ley 24.522, en principio no se requiere otorgar caución alguna."

Este art. 176 en su segundo párrafo establece que para disponerlo (medidas precautorias por el monto que se determine, aun antes de iniciada la acción), se requiere que sumaría y verosímilmente se acredite la responsabilidad que se imputa, lo cual, hace referencia a un presupuesto siempre exigido para el despacho cautelar: el *fumus bonis iuris*, (la verosimilitud en el derecho).

Pero en la redacción el texto guarda silencio respecto de la acreditación del otro presupuesto, es decir, el peligro en la demora, entendido como la probabilidad de que la dilación provocada por la sustanciación de la causa, hasta el dictado de la sentencia, pueda llegar a frustrar el derecho. Ello no puede ser interpretado en el sentido que el actor se encuentre relevado de cumplir ese requisito, que si está ausente deja sin sentido la finalidad de la traba de cualquier medida anticipatoria.

La norma prevé, en su último párrafo, que las acciones de responsabilidad reguladas en esta sección, esto es, tanto las típicamente concursales contra representantes y de terceros, como las societarias o de derecho común, tramites por ante el juez donde está radicada la quiebra de la sociedad, sujeto administrado o representado. Se establece una suerte de fuero de atracción activo que constituye una excepción a las reglas generales de determinación de la competencia, tanto territorial como relativa a la materia y, asimismo, a la regla general del fuero de atracción pasivo que ejerce el proceso concursal, pues es aplicable incluso en el supuesto de que los demandados estuvieran también en quiebra.⁶³³ Se atiende a fundamentos de conexidad procesal, sobre la base de que el juez concursal es quien se halla en mejores condiciones de llevar adelante la investigación. Y ello es así pues la naturaleza y alcances de la acción de responsabilidad se relaciona no solo con la actuación individual de los demandados, sino con la influencia que esta tuvo respecto de la situación patrimonial de la fallida. "El juez de la quiebra se encuentra habilitado para ordenar, con sustento en lo reglado por LC: 176, un embargo sobre ciertos fondos porque es suficiente a esos fines la petición del comité de acreedores cuando – como en el caso— se encuentran configurados los requisitos de admisibilidad que prescribe la citada norma" (CNCom, Sala A, 29/9/04, "Banco Austral s/ quiebra s/inc. De responsabilidad por Ottone, Jorge).

La última parte del párrafo final, dispone que son aplicables, no solo en lo pertinente, los art. 119 y 120 de la LCQ. Ello implica remitir a las disposiciones procesales establecidas en esos artículos respecto de las acciones de ineficacia concursal. Siendo las reglas pertinentes aplicables a las acciones de responsabilidad las siguientes: a) no se exige tributo previo, sin perjuicio del pago oportuno por el vencido, así como la preferencia del art. 240 asignada al crédito por tasa de justicia; b) los acreedores tienen legitimación activa subsidiaria o subordinada, condicionada a la inactividad

633 CSJN, 22/10/91, "Custodia Cia. Financiera SA s/quiebra c/Olivera Avellaneda, Carlos R., y otro s/daños y perjuicios", ED, 145-496.

del síndico evidenciada por el transcurso de 30 días desde que se lo haya intimado judicialmente; c) el acreedor que promueve la acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos, pudiendo el juez ordenar que se afiancen las eventuales costas, bajo el apercibimiento de tenerlo por desistido, y d) si el actor fue un acreedor y resulta vencedor, tendrá derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre el monto de la reparación aportada por el tercero, que determinara el juez entre la tercera y la décima parte del producto ingresado, con el límite en el monto del crédito del acreedor.

Así en la CNCom. Sala B, 10/2/10, "Transporte 4 H SRL c/ Borassi, Georgina E.", Llonline, AR/JUR/4606/2010, se dispuso "Procede disponer la inhabilitación general de bienes respecto del demandado en los términos del art. 173 de la ley de concursos y quiebra, pues se ha demostrado la realización de ciertos actos de disposición que entraría prima facie en contradicción sindical y que se relacionarían con el pago de indemnización o gratificaciones graciables que habrían sido realizados a quien tendría vínculos familiares con la gerencia de la sociedad fallida."