

PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS CONCURSALES UBA 2024**Efraín Hugo RICHARD**

Por primera vez no concurrí a los Congresos de la Insolvencia que desde los '80 intervine en su organización.

Justamente ante esa imposibilidad, me apalanqué en distinguidos especialistas para introducir 12 comunicaciones algo disruptivas en la práctica del concurso de sociedades. Las mismas representan mi posición sobre "DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS" que fue un título que elegí para mi discurso del Congreso del IIDC en Roma año 2022, en homenaje a Alessandro Nigro que en 2017 en Punta del Este expuso sobre "Il «**diritto societario della crisi**»: **una nuova frontiera?**" como pregunta, llevando a profundizar una *crecente attenzione da parte del legislatore e, di riflesso, da parte della dottrina*. Y que *l'espressione «diritto societario della crisi» si intende come "punti di intersezione" di questi due diritti*, lo que en la sesión de ayer fue claramente advertido en diversos abordos. Sí, el derecho societario es una frontera, sus normas imperativas no pueden ser dejadas de lado por el proceso concursal, salvo expresa norma. Desde hace mucho distingo la crisis del patrimonio de una persona humana del de una persona jurídica, como lo hace la Comisión WINTER señalando que ante la crisis patrimonial de la primera el riesgo es de los acreedores, pero en una sociedad el riesgo es de los socios.

Con Lidia Vaiser, gestante del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México- ex Presidente y actual Presidente del Capítulo Argentino, rescatamos la función reservada al órgano de gobierno de, por lo menos aprobar, la propuesta de acuerdo en el concurso de la sociedad. Con el juez y profesor Sergio Gabriel Ruiz, trabajando en común por primera vez, pero con largo vínculo académico, nos introducimos en las relaciones entre garantes societarios y el derecho concursal. Con el abogado y contador Prof. Jorge Fushimi, con quién venimos hace varios años pensando disruptivamente en el campo de los concursos de sociedades, apuntamos a las alertas tempranas que, sin ser nombradas, se registran en nuestra legislación societaria desde sus albores. Y de inmediato en este tomo I nos despachamos sobre el ignorado pero imprescindible plan de empresa, de negocios o mejor aún de viabilidad.

Con la Secretaria Académica del Instituto de la Empresa Dra. María Fernanda Cocco, en parangón con el maestro italiano Nigro planteamos con firmeza la existencia de un diferencial derecho societario de crisis, encauzado por las normas imperativas del mismo impuestas ahora indubitablemente por el Código Civil y Comercial. El daño indirecto al socio por infrapatrimonialización es el novedoso enfoque con la señora Fiscal de Cámara Comercial en CABA Dra. María Fernanda Boquin, uniéndonos en mirar un poco más su reciente tesis doctoral en la U.N.C. y exitoso libro que tuve el honor de prologar. Con ella abordamos de inmediato la responsabilidad de administradores y socios con capacidad de decisión ante la infrapatrimonialización, rescatando la vieja norma del art. 99 LGS, de la que no se habla. Con la capacitada Síndico Concursal y brillante académica Florencia Corrado, nos balanceamos en que ha sido una posición clásica el exigir el cumplimiento de todos los requisitos para abrir el concurso de una sociedad, inclusive dando plazo perentorio para completarlos, pese a la declaración de cesación de pagos, en la inteligencia de proteger a los acreedores. Alguna flexibilización es admisible -como en el caso Vicentin- y nosotros queremos aportar un nuevo punto de vista sobre lo que no se habla: la responsabilidad de administradores (de hecho y de derecho) y de los socios de control; recordamos de los años 80 el caso Bodegas Filippini, tramitando en Mendoza y la Corte Suprema

que, al no abrir el concurso por el incumplimiento de los requisitos formales, la sociedad transitó por concursos y quiebras 12 años, para terminar en su apertura con nulidad de lo actuado. Contemplamos luego una flexibilización, en la inteligencia que una vez abierto el concurso de una sociedad, Juez y Síndico podían recabar esa información, para tratar de equilibrar la llamada “información asimétrica”, inclusive disponiendo la intervención de la sociedad. Y en esa misma línea intentamos acercar nuevas pautas, entroncadas en una visión actualizada de la conservación de la empresa viable y del interés de todos los interesados.

De seguido luce nuestra ponencia con Gabriela Fernanda Boquin, profundizando sobre acciones de responsabilidad en concursos de sociedades, sobre su convergencia e independencia, con un enfoque minoritaria, que a su vez representa una alerta disuasiva ante ciertas prácticas.

Con Juan Carlos Veiga remozamos nuestras viejas críticas a las prácticas tradicionales, poniendo el acento en la infrapatrimonialización y la evidente responsabilidad de administradores. Punto que acentuamos de seguido junto a Marcelo Camerini.

En el tomo III incursionamos nuevamente con Jorge Fernando Fushimi en torno a la problemática del acreedores hipervulnerable frente a la insolvencia de la sociedad quebrada, aportando un punto de vista disruptivo ante las novedosas opiniones sobre la cuestión.

Como una despedida nos permitimos hacer esta suerte de prólogo a la publicación en Estudios de Derecho Empresario de esos 12 ensayos.

Hasta siempre y mi eterno agradecimiento a Lidia, Gabriela, Fernanda, Florencia, Juan Carlos, Marcelo, Jorge Fernando y Sergio por el rol que decidieron asumir ante mi anunciada ausencia.

Efraín Hugo Richard

Córdoba, noviembre 2024.

INDICE

Tomo I:

§ 1.41. *Legitimación para elaborar y presentar la propuesta de acuerdo en el concurso preventivo de sociedades.* Lidia Vaiser - Efraín Hugo Richard página 287

§ 1.42. *Concurso de garantes con propuesta individual. Legitimación del garante que paga créditos solidarios para pedir la quiebra indirecta de su co-garante y/o del deudor principal.* Efraín Hugo Richard - Sergio Gabriel Ruiz página 292

§ 1.47. *Reflexiones en torno a las alertas tempranas.* Efraín Hugo Richard - Jorge Fernando Fushimi página 336

§ 1.53. *El componente olvidado de la propuesta de acuerdo preventivo.* Efraín Hugo Richard - Jorge Fernando Fushimi página 381

Tomo II:

§ 2.33. *Derecho de crisis de sociedades.* María Fernanda Cocco - Efraín Hugo Richard página 258

§ 2.46. *Insolvencia y acción individual de responsabilidad por daño indirecto al socio.* Gabriela Fernanda Boquin - Efraín Hugo Richard página 341

§ 2.53. *Responsabilidad por insolvencia o infrapatrimonialización y aplicación del art. 99 LGS.* Gabriela Fernanda Boquin - Efraín Hugo Richard página 410

§ 2.59. *Una nueva mirada sobre los requisitos para solicitar el concurso de una sociedad.* Efraín Hugo Richard - Florencia Corrado página 447

§ 2.67. *Independencia y convergencia de las acciones de responsabilidad societarias en los procesos concursales.* Gabriela Fernanda Boquin - Efraín Hugo Richard página 493

§ 2.68. *La responsabilidad de administradores en la infrapatrimonialización societaria.* Efraín Hugo Richard – Juan Carlos Veiga página 508

§ 2.69. *Repensando la cuestión de la infrapatrimonialización, y las responsabilidades del administrador que de ella deberían derivarse.* Marcelo A. Camerini - Efraín Hugo Richard página 513

Tomo III:

§ 3.24. *La quiebra frente al acreedor vulnerable.* Efraín Hugo Richard - Jorge Fernando Fushimi página 169

LAS PONENCIAS

§ 1.41. Legitimación para elaborar y presentar la propuesta de acuerdo en el concurso preventivo de sociedades. Lidia Vaiser - Efraín Hugo Richard página 287

Sumario: En el concurso preventivo de sociedades, si bien la legitimación procesal corresponde al órgano de administración, la propuesta debe ser aprobada por el órgano de gobierno, en virtud de que ésta afecta de manera incontestable el patrimonio social, el desenvolvimiento futuro de la sociedad y, por ende, los derechos patrimoniales de los socios, que pueden verse afectados, - además- por una sentencia de quiebra (art. 52.4 LCQ). No pueden obviarse tampoco las responsabilidades emergentes de las normas concursales y societarias. En un concurso o acuerdo preventivo extrajudicial de una sociedad, es tema primordial determinar que órgano tiene legitimación para formular la propuesta, que se someterá a la votación de los acreedores y eventualmente a la aprobación del juez. Conforme la legislación societaria la formulación de la propuesta de acuerdo corresponde a la competencia del órgano de gobierno de la sociedad.

En el concurso preventivo de sociedades, si bien la legitimación procesal corresponde al órgano de administración, la propuesta debe ser aprobada por el órgano de gobierno, en virtud de que ésta afecta de manera incontestable el patrimonio social, el desenvolvimiento futuro de la sociedad y por ende, los derechos patrimoniales de los socios, que pueden verse afectados, -además - por una sentencia de quiebra (art. 52.4 LCQ). No pueden obviarse tampoco las responsabilidades emergentes de las normas concursales y societarias.

En un concurso o acuerdo preventivo judicial o extrajudicial de una sociedad, es tema primordial determinar que órgano tiene legitimación para formular la propuesta, que se someterá a la votación de los acreedores y eventualmente a la aprobación del juez.

Anticipamos que conforme a la legislación societaria -LGS- esa propuesta corresponde a la competencia del órgano de gobierno de la sociedad.

Quede claro que la presentación en concurso de una sociedad no es ni obligatoria ni altera la funcionalidad de sus órganos, sin perjuicio de someterlos a algunas autorizaciones judiciales e imponerles obligaciones informativas o procedimentales.

En primer lugar, el Juez debería expedirse sobre si la propuesta incorporada a la causa es imputable a la deudora cuando se trata de una sociedad. Ello hace a la legitimación de la persona u órgano que la formalizó -al margen de la representación de quién la haya acercado al juicio universal-.

La doctrina se ha expedido³⁷⁸ marcando esta significativa cuestión: *“La propuesta (oferta de acuerdo) implica un nuevo compromiso, una nueva obligación que asume el deudor con relación a los acreedores en caso que la misma sea aceptada y como tal, quien la formula debe tener la capacidad legal para hacerlo, de tal manera que el acto pueda imputarse válidamente al ente social”*

Recorriendo la opinión de autores calificados expresa el autor que resulta común ver que en concursos preventivos de sociedades la propuesta la presenta el abogado de la sociedad sin cumplimentar ningún otro recaudo. No aparece firmada por el representante legal, no se

³⁷⁸ RASPALL, Miguel *Propuesta de acuerdo en los Concursos Preventivos de las sociedades. Quién es el legitimado, ¿el órgano de administración o el órgano de gobierno?* En Editorial ZEUS, Rosario 25 de febrero de 2008, año XXXV, Revista nº 6 tomo 106, pág. 261.

acompañan actas que muestren el tratamiento y aprobación de la misma, siquiera por el órgano de administración.-. Igualmente, frente a determinados tipos de propuestas, no se presenta el acta de reunión de socios o de asamblea que trata la misma y la aprueba por las mayorías legales y estatutarias. Concluye el autor en que *“Una actuación diligente en esta materia, que evitará sorpresas desagradables, parte de considerar que no es suficiente con la conformidad o ratificación en su caso, otorgada por el órgano de gobierno con el pedido de presentación en concurso preventivo...”*.

En concordancia con ello se ha opinado en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal y de la Insolvencia de Rosario³⁷⁹: *“Presentar la propuesta de acuerdo a los acreedores, en los concursos de sociedades comerciales, no debe confundirse con su formulación.... debe señalarse que la ley concursal dispone en su art. 6 que cuando se trata de una persona de existencia ideal la solicitud de apertura del concurso preventivo la deberá efectuar el representante legal, previa resolución, en su caso del órgano de administración. Pero la resolución de continuar el trámite iniciado, que debe presentarse en el expediente dentro del plazo de treinta días de la fecha de presentación, corresponde al órgano de gobierno...”*.

Es congruente pensar que, a la fecha de la ratificación de la presentación en concurso, el órgano de administración ya debería haber puesto a consideración de los socios no sólo la crisis económico patrimonial que llevó a esa presentación, sino el plan para superarla y la posible propuesta como solución de esos problemas de la sociedad, que debería formalizarse en su momento procesal para consideración de los acreedores.

La funcionalidad de la sociedad no se altera, pese al escudo protector que la presentación en concurso le ha otorgado. Los balances deben practicarse, las rendiciones de cuentas y las Memorias en su caso deben ser presentadas por el órgano de administración al órgano de gobierno, como lo debieron hacer cuando advirtieron en la Memoria precedente la posible crisis, salvo circunstancias sobrevinientes (normas de contabilidad LGS y art. 320 CCC).

Manifestada la improcedencia de que la propuesta sea formulada por el apoderado judicial, corresponde establecer cuál es el órgano societario competente para resolver sobre la propuesta de acuerdo preventivo que formulará la sociedad, y ello excede a los actos de mera administración, pues compromete la responsabilidad de los socios.

No se trata de negar las obligaciones del órgano de administración respecto a proponer un plan de negocios y su viabilidad a través de la propuesta de acuerdo. Es el órgano de administración el que debe efectuar un análisis pormenorizado de la cuestión y convocar, con tales estudios, al órgano de gobierno. Pues como acertadamente lo señala Heredia³⁸⁰, citando a Ragusa Maggiore, no puede reconocerse en el órgano de administración la facultad de decidir la propuesta de acuerdo, cualquiera que sea su contenido. Esa decisión debe emanar del órgano de gobierno de la sociedad ya que resulta una cuestión de trascendencia para el derrotero de la vida societaria y el de los socios. La propuesta debe reflejar la voluntad de la concursada y esa voluntad del concursado cuando se trata de una sociedad, es la voluntad social expresada por su órgano de gobierno, debidamente convocado.

³⁷⁹ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LEGITIMACIÓN PARA FORMULAR PROPUESTA DE ACUERDO EN EL CONCURSO PREVENTIVO DE SOCIEDADES COMERCIALES” t. 1 p. 763 de los libros del Congreso referido.

³⁸⁰ HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal. La Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* tomo 2 arts. 41 a 76, Editorial Ábaco, Buenos Aires julio de 2000, pág. 50.

Adviértase la posibilidad que ante el rechazo de la propuesta por los acreedores o su no homologación por abusiva o en fraude a la ley, se autorice la aplicación del art. 48 LCQ³⁸¹, del que puede derivar la transferencia forzada de las participaciones de los socios a terceros y, en cualquier caso, se culmine en un decreto de quiebra que disponga su extensión a los socios o terceros, como derivación razonada del art. 54 LSC, del CCCN, las normas concursales congruentes, y las previsiones del art. 99 LGS –de evidente aplicación y rara vez aplicado por la práctica³⁸²

Algunas opiniones doctrinarias sostienen que bastaría la ratificación por parte del órgano de gobierno de la propuesta de acuerdo preventivo presentada por los administradores”.³⁸³ Resulta claro que esa ratificación señalaría la inadecuación legal de la formulada con anterioridad por otro órgano, con los riesgos que ello importa ante los plazos perentorios que la ley dispone. Es conveniente que la decisión del órgano de gobierno sobre estos temas sea debatida en la reunión o asamblea que debe llevarse a cabo. Esa asamblea autorizaría³⁸⁴ modificaciones de la propuesta que fuere menester efectuar en el desarrollo de la negociación con los acreedores durante el período de exclusividad. Lo que facilita sin duda la negociación del acuerdo

Obviamente que el órgano de gobierno podría dar instrucciones al órgano de administración sobre la formulación de la propuesta, pero de ninguna forma podría delegar “en blanco” sus facultades propias. Si el Juez tuviera alguna duda, podría aceptar la propuesta bajo condición de ser ratificada por el órgano de gobierno, quién debería hacerlo en término perentorio. Es la máxima concesión que nos permitimos sugerir para mantener la funcionalidad de una relación societaria ante su crisis.

³⁸¹ RICHARD Efraín Hugo “CRISIS DE SOCIEDADES: ACUERDOS CONCURSALES ABUSIVOS Vs. SOLUCIÓN PRIVADA” en RDCO Julio-Agosto 2006, nº 519

³⁸² ver “El contra-derecho. Las prácticas *contra legem* en los procesos concursales societarios” Veiga-Richard en *Pensar en Derecho*, Bs. As. 2012-

³⁸³ GARCIA MARTÍNEZ, R. y FERNANDEZ MADRID, J, *Concursos y Quiebras*, Contabilidad Moderna, Bs.As., 1.976, pág.511; FARINA, Juan M., *Concursos de las Sociedades Comerciales*, Zeus, Rosario, 1.972, T.1, pág. 150

³⁸⁴ RICHARD, “CRISIS...” cit.: “Un primer tema de aplicar el derecho societario a la solución de la crisis, es determinar que órgano de la sociedad debe formalizar la propuesta a los acreedores. Sin duda que ella podría ya formalizarse en el mismo acto que el órgano de gobierno ratifica la presentación en concurso decidida por el órgano de administración”.

§ 1.42. Concurso de garantes con propuesta individual. Legitimación del garante que paga créditos solidarios para pedir la quiebra indirecta de su co-garante y/o del deudor principal. Efraín Hugo Richard - Sergio Gabriel Ruiz página 292

Ponencia: Si uno de los garantes, tras haber logrado homologar un acuerdo en el marco de un concurso de garantes con propuesta individual, abonó en su concurso preventivo una obligación que, originariamente ha sido asumida junto con otro co-garante, en garantía y/o como codeudores del concursado (deudor principal), se encuentra legitimado para requerir la quiebra indirecta por incumplimiento de estos últimos por el impago de la contribución debida sobre la parte que le corresponde asumir al codeudor o sobre el total que le cabe al deudor principal-, en virtud de la subrogación legal que, en dicha parte o en el todo, se ha producido. No afecta a dicha conclusión la circunstancia de haberse producido el efecto novatorio con la homologación de los acuerdos concursales arribados, puesto que dicho efecto, en el supuesto de homologación de acuerdos con propuestas individuales, no extingue la obligación de los garantes ni codeudores de la obligación originaria (art. 55 Ley 24.522 y art. 1597 del CCC). Es el efecto relativo de la novación concursal.

1. Introito:

Este ensayo apunta a responder las siguientes cuestiones:

¿Tiene legitimación para solicitar la quiebra indirecta de su/s codeudor/es, el garante que ha abonado, luego de la homologación del acuerdo con propuesta individual, deudas solidarias que lo vinculaban solidariamente con los otros concursados (co-garantes y deudor principal)?

En su caso, ¿qué efectos plantea la novación de las obligaciones solidarias en el marco de ese acuerdo homologado en cada uno de los concursos de garantes con propuesta individual?

Finalmente, si la mancomunidad solidaria pasiva que vinculó a garantes y deudor garantizado respecto de sus acreedores concursales se extinguió por novación cuando se homologaron acuerdos con propuestas individuales en sus respectivos concursos preventivos.

2. Legitimación del garante que paga un crédito común para solicitar la falencia indirecta de su co-garante y/o del concursado deudor principal.

Interesa indagar respecto de la cuestión de la legitimación del garante para instar la quiebra como acreedor de su co-garante y del deudor principal, también concursados, por haber efectuado pagos concordatarios a acreedores verificados en sendos concursos.

Para ello, debe señalarse que, en función de lo previsto por el art. 63 de la Ley 24.522, cuando el deudor concursado no cumplió el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra a instancia de acreedor interesado, o de los controladores del acuerdo.

En ese supuesto, se sostiene que el garante que ha pagado en su concurso cuotas concordatarias respecto de alguna deuda solidaria, ostenta el carácter de acreedor concursal por subrogación, tanto en el concurso del deudor principal (por el total), como en el concurso del co-garante (por la cuota de contribución). Ello, aun cuando dicha calidad de acreedor concursal se adquiera luego de cumplido el proceso verificadorio tempestivo o tardío.

En efecto, esos pagos se efectuaron con subrogación a acreedores verificados en sendos procesos, por los cuales, no requieren nueva insinuación concursal.

Ello así, si en el concurso preventivo de este garante resultó homologada una propuesta de acuerdo preventivo diferenciada, dicha sentencia generó, por imperio del art. 55 LCQ, la novación de todas las obligaciones de fecha anterior a la presentación concursal. Lo mismo ocurre en el concurso personal del co-garante y del deudor principal, habida cuenta que se trató de concursos de garantes, es decir, se trata de una obligación con codeudores solidarios, que se presentaron en concurso y ofrecieron propuestas de acuerdo diferenciadas.

En este punto podría sostenerse que cuando el garante pagó a los acreedores, les paga a sus acreedores declarados tales en su concurso preventivo y con sus obligaciones novadas por su acuerdo preventivo.

3. Los efectos novatorios del acuerdo homologado y el concursamiento de garantes.

La Ley de Concursos y Quiebras permite a quienes hayan asumido la calidad de codeudores solidarios o garantes de una persona concursada, que puedan petitionar su propio concursamiento, aunque estos últimos sujetos no se hallen en estado de cesación de pagos.

Esta norma contenida en el art. 68 LCQ, ha generado la problemática de los garantes o codeudores del concursado, que no se limita al estudio de dicha norma, sino que debe ser analizada juntamente con las disposiciones en materia de efectos del acuerdo homologado.

Así, y en cuanto a los efectos que sobrevienen a la homologación judicial en el concurso de garante, cabe distinguir según se trate de propuesta individual o unificada. Si el deudor principal y sus garantes hubieran formulado una propuesta individual, resulta claro que cada uno de ellos responde por su cumplimiento en forma también individual.

A pesar de que el caso en análisis se inició sobre la base de un concurso de garantes, el trámite devino, en virtud de la presentación de dicha propuesta individual, en un proceso concursal tradicional, en el cual, como es sabido, las obligaciones concordatarias son asumidas exclusivamente por el proponente.

En este sentido, como afirma Heredia, el incumplimiento que se haga de la propuesta individual aceptada por los acreedores y luego homologada, no tiene proyecciones respecto de la situación que compete a los restantes sujetos del grupo³⁸⁵.

Conforme a ello, el incumplimiento de un concursado a una propuesta individual que recibió homologación no apareja la quiebra de los demás sujetos agrupados, sino solamente su propia quiebra cuando así lo solicite un acreedor interesado o los controladores del acuerdo.

Por el contrario, si la propuesta de acuerdo hubiera sido unificada, el incumplimiento de alguna obligación asumida, por alguno de los concursados, traería como consecuencia la quiebra de todos los sujetos.

En cuanto a la novación concursal, puede destacarse que configura uno de los efectos primordiales que propaga la homologación de un acuerdo preventivo, incluso el del garante, instituto típico de la materia, previsto en el art. 55 LCQ, que textualmente reza: "*En todos los casos, el acuerdo homologado importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Esta novación no causa la extinción de las obligaciones del fiador ni de los codeudores solidarios*".

³⁸⁵ HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, Ed. Abaco, T.2, p.478).

Así, el acuerdo homologado produce el efecto de extinguir todo crédito de causa o título anterior a la presentación en concurso, dando nacimiento a otro (u otros) sujeto a las pautas concordatarias.

Como advierten Fassi y Gebhardt, la proyección de este efecto es crucial, dado que la extinción de las obligaciones preexistentes, y su reemplazo por otras de linaje exclusivamente concordatario, implica que una eventual declaración de quiebra del deudor no retrotrae la situación, sino que ella permanece, respecto de los créditos verificados, en los términos del acuerdo homologado.

Empero, tal extinción obligacional acontecida por el efecto novatorio concursal no es total, pues deja subsistente la obligación originaria respecto de los fiadores o codeudores solidarios.

Desde esta perspectiva, por imperativo legal, los garantes de un deudor concursado, sean fiadores y/o codeudores solidarios de la deudora principal, no gozan del beneficio de la novación emanada del acuerdo homologado de aquélla, en el sentido de quedar obligados frente a una nueva y única obligación reducida voluntariamente por los acreedores.

Ello así, no se benefician fiadores ni codeudores con las quitas y/o diferentes plazos que se hubieren concedido a la deudora concursada –hoy fallida, frente al reclamo efectuado a ellos por los acreedores que no fueron abonados por la deudora principal.

Más allá de todo cuanto aconteciera en el proceso universal, habrán de someterse -fiadores y codeudores solidarios- a las pautas contempladas en el compromiso original voluntariamente celebrado por ellos con el acreedor.

En síntesis, el acuerdo o propuesta logrados en el concurso de la deudora afianzada no enerva la acción que al acreedor le compete contra fiadores y codeudores solidarios, aun cuando puedan tomarse en cuenta los pagos efectuados oportunamente recibidos por el accionante en cumplimiento de ese acuerdo³⁸⁶.

Por dicha razón, es que se ha instituido el concursamiento de los garantes, posibilitando a éstos lograr un acuerdo, que una vez homologado, permitirá la reestructuración de su pasivo.

4. La cuestión del pago por subrogación.

En el marco referenciado, el acreedor de garantes y deudor garantizado puede verificar el total de su crédito en todos y cada uno de los concursos preventivos de cada uno de los codeudores solidarios. En este punto, conviene recordar que el art. 135 de la LCQ prescribe que: "*El acreedor de varios obligados solidarios puede concurrir a la quiebra de los que estén fallidos, figurando en cada una por el valor nominal de sus títulos hasta el íntegro pago*". Dicha norma resulta aplicable al concurso preventivo de coobligados in *solidum*, habida cuenta que la razón fundamental de la norma es que el concurso de uno de los deudores no afecte la acción individual o colectiva contra el resto de los deudores³⁸⁷.

Asimismo, el art. 135 LCQ señala que, cuando el coobligado o garante in *bonis* paga la obligación luego de la sentencia de declaración de quiebra, se subroga en los derechos que asistían al acreedor autorizándole a repetir el pago hasta el monto de lo pagado, o también, de lo que en exceso pagó teniendo en consideración su cuota de participación. Dicha previsión legal es coherente con lo dispuesto por el art. 915 inc. a) del Código Civil y Comercial que señala que la subrogación legal tiene

³⁸⁶ cfr. MUGUILLO, Roberto A. y Borda, Alejandro, La responsabilidad del fiador y la del codeudor solidario frente al concurso del deudor, LA LEY 2014-D, 247.

³⁸⁷ cfr. HEREDIA, Pablo, ob cit, T.4, p. 947, ROBERTS, H., Créditos verificados en dos o más concursos preventivos: derechos del acreedor, ED, Tomo 71, p. 597.

lugar a favor “del que paga una deuda a la que estaba obligado con otros, o por otros” y con el art. 918 del mismo cuerpo legal que señala que el pago por subrogación transmite al subrogante todos los derechos y acciones del acreedor y los accesorios del crédito, añadiendo que “el tercero subrogante mantiene las acciones contra los coobligados, fiadores, y garantes personales y reales, y los privilegios y el derecho de retención si lo hay”.

En una palabra, en el supuesto de concurso de garantes – y también en el de concurso de agrupamiento- con propuesta individual, no se produce la novación concursal por la homologación del acuerdo en sendos procesos de los garantes, de manera tal que la extinción obligacional que produce el pago de uno de los codeudores solidarios (garantes) puede reclamar por subrogación en el concurso de sus co-obligados³⁸⁸.

No podemos dejar de considerar que, conforme lo ha resuelto un precedente jurisprudencial, “aun cuando se trate de un fiador presentado en concurso preventivo junto con su afianzado, también podrá ser requerido de pago por el acreedor en los términos del acuerdo ofrecido y homologado. Es que, habiendo mediado propuesta individual para cada concurso preventivo — aunque en idénticos términos— el garante responde por su cumplimiento también en forma individual y hasta el límite de la deuda garantizada (art. 135 LCQ)³⁸⁹.”

Ello es así pues, como dijimos ya, el efecto novatorio producido en cada uno de los procesos concordatarios –tanto de la deudora principal, como de los garantes, no ha producido la extinción de la obligación principal respecto de los coobligados o fiadores, tal como lo ha señalado expresamente el art. 55 LCQ, ya referenciado.

Por ello, si bien es cierto que si uno de los garantes en su concurso abonó alguna obligación solidaria –con la finalidad de lograr el cumplimiento concordatario- también lo es que, desinteresó a un acreedor verificado en sendos procesos concursales, al menos por la porción satisfecha.

Conforme a las reglas emanadas del Código Civil y Comercial, la extinción obligacional se produjo respecto de la parte que el codeudor debía abonar, mientras que por lo demás, y en virtud de lo dispuesto por el art. 919 inc. b) CCC, el garante que abonó se encuentra facultado para reclamar al codeudor la parte que le correspondía cumplir.

³⁸⁸ La jurisprudencia reciente, ha señalado que “la novación que impone el mencionado artículo 55 de la ley concursal, tanto en el presente concurso como en el concurso de la deudora solidaria, no puede, tal como se propone en el decisorio apelado, generar la cancelación por cumplimiento del acuerdo en uno de ellos, de la obligación aquí admitida. Tal conclusión se respalda por una doble serie de razones. En primer término, si se considera que la novación establecida por la norma mencionada no produce la extinción de la obligación del codeudor solidario, carece de sustento jurídico tal aseveración. Motivo por el cual la misma mantendrá su vigencia en los términos acordados en su respectivo proceso concursal. Esto es, el acreedor goza de un crédito en cada uno de los concursos, se reitera en los términos que surjan del acuerdo homologado. Por lo demás, tampoco puede sostenerse tal conclusión tomando como argumento los efectos que produce la solidaridad respecto del pago de la obligación por uno de los codeudores. Una obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores. El acreedor puede exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos y si reclamase el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, puede reclamarlo contra los demás (arts. 699 y 705, Código Civil). Por lo demás, las relaciones de los codeudores solidarios entre sí que hubiesen pagado la deuda por entero se reglarán como se dispone en el artículo 689 del mismo código; en tanto si alguno de ellos resultare insolvente, la pérdida se repartirá entre todos los solventes y el que hubiese hecho el pago (art. 717, Código Civil). Como corolario de todo lo expuesto, se advierte que no existe norma alguna en la legislación civil que exonere al codeudor solidario de hacer frente a la obligación asumida en ese carácter, ni aún en caso de insolvencia” (Cam 1^º CC La Plata, in re: CONDE, Juan José s/ Concurso Preventivo pequeño, Sentencia del 4/4/24).

³⁸⁹ cfr. CNCom, sala C, Vital Soja S.A. s/ concurso preventivo, 16/04/2014.

Respecto de esa parte (cuota de contribución respecto de su cogarante -50%- o por el total si se reclama en contra del concursado deudor principal), a quien abonó se le transmiten todos los derechos y acciones del acreedor desinteresado y los accesorios del crédito, manteniendo las acciones contra los coobligados, fiadores y garantes personales y reales, y los privilegios y el derecho de retención si los hay (art. 918 CCC), no requiriéndose al efecto nueva insinuación verificatoria.

No debe olvidarse que si bien hay pago por subrogación cuando un tercero paga una deuda ajena por cuenta del deudor, también estaremos en presencia de dicho instituto, cuando se pague una deuda a la que estaba obligada con otros, o por otros (art. 915 inc. a) CCC), tal el caso que se analiza.

En síntesis, se entiende que no resulta correcto sostener que los pagos efectuados por el garante por dichas deudas solidarias, han extinguido las obligaciones de los demás concursados, esto es, el co-garante y el deudor principal, toda vez que el pago efectuado, si no es cancelatorio de la totalidad de la deuda original, permite al acreedor exigir el cobro de la suma restante en los concursos de los demás deudores solidarios, y respecto de quien, siendo deudor, abonó dicha suma, produce la subrogación legal como acreedor subrogante, supuesto éste, que exceptúa el efecto extintivo solutorio respecto de la totalidad de la acreencia.

Ello también se extrae de la norma prevista en el art. 835 CCC, que, expresamente señala que en los supuestos de solidaridad pasiva *“los modos extintivos inciden, según el caso, sobre la obligación, o sobre la cuota de algún deudor solidario”*, lo que acontece en el supuesto sub-examen. Además, dicha norma debe ser interpretada armónicamente con lo dispuesto en el art. 919 ya citado y arts. 840, 841, 1595 y 1597 del mismo *corpus*.

En una palabra, si uno de los garantes, tras haber logrado homologar un acuerdo en el marco de un concurso de garantes con propuesta individual, abonó en su concurso preventivo una obligación que, originariamente ha sido asumida junto con otro co-garante, en garantía y/o como codeudores del concursado (deudor principal), se encuentra legitimado para requerir la quiebra indirecta por incumplimiento de estos últimos por el impago de la contribución debida sobre la parte que le corresponde asumir al codeudor o sobre el total que le cabe al deudor principal-, en virtud de la subrogación legal que, en dicha parte o en el todo, se ha producido.

No afecta a dicha conclusión la circunstancia de haberse producido el efecto novatorio con la homologación de los acuerdos concursales arribados, puesto que dicho efecto no extingue la obligación de los garantes ni codeudores de la obligación originaria (art. 55 Ley 24.522 y art. 1597 del CCC).

§ 1.47. Reflexiones en torno a las alertas tempranas. Efraín Hugo Richard - Jorge Fernando Fushimi página 336

Sumario: La Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, establecía una serie de pautas acerca de la regulación en materia societaria, en particular sobre su constitución y funcionamiento, incluyendo modificaciones a la estructura societaria. La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, modificó la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Al respecto, explica la necesidad de establecer mecanismos de alertas tempranas, de la siguiente manera: Las empresas, en particular las pymes, que representan el 99 % de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos. Realizamos nuestras reflexiones al respecto.

DESARROLLO:

El artículo 3 de la Directiva 1023/2019, bajo el título: “Alerta temprana y acceso a la información” establece las siguientes reglas:

1. Los Estados miembros velarán por que el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora. A los efectos del párrafo primero, los Estados miembros podrán utilizar tecnologías de la información actualizadas para las notificaciones y comunicaciones.

2. Las herramientas de alerta temprana podrán incluir lo siguiente:

a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;

b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados;

c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa.

3. Los Estados miembros garantizarán que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana, así como de procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas.

4. Los Estados miembros velarán por que exista a disposición del público, en línea, información sobre la posibilidad de acceder a herramientas de alerta temprana, y que dicha información sea fácilmente accesible y presentada en un formato sencillo de consultar, en especial para las pymes.

5. Los Estados miembros podrán proporcionar apoyo a los representantes de los trabajadores para evaluar la situación económica del deudor.

I. Alerta temprana: la segunda y tercera acepción de “alerta”, que da la RAE, es 2. f. Situación de vigilancia o atención; y 3. m. o f. Aviso o llamada para ejercer vigilancia. Es decir, un mecanismo en virtud del cual es necesario prestar debida atención a alguna situación que requiere de una vigilancia especial. En el caso que nos convoca, se trata de mecanismos internos y externalizables que pongan sobre aviso al empresario primero. Y a los terceros interesados a continuación, respecto de posibles dificultades económicas y/o financieros que pueden derivar en situaciones que requieran reestructuraciones de pasivos. Pero, es importante rescatar que el sistema que prevé el sistema europeo, es de índole cooperativa, ya que quienes cuentan con información para dar alertas tempranas (organismos fiscales, entidades financieras, de seguridad social), puedan brindar información al empresario y no sólo emplear dicha información como centrales de datos de deudores en mora, que impide acceder a ciertas formas de contratación. En este sentido también se inclina Gebhardt³⁹⁰ al explicar la postura de la legislación europea sobre prevención de la crisis y preinsolvencia y enumera: 1) *sistemas de alerta temprana que puedan servir como advertencia de la vecindad de la crisis, tanto al deudor como a futuros afectados por la eventual insolvencia (trabajadores, acreedores, etc.)*. Más abajo veremos que hay opiniones en contrario.

II. El mecanismo de alertas tempranas tiende a prevenir las crisis de naturaleza económica o financiera, que funcionan como mecanismos propios del derecho societario, de allí la necesidad de la correcta inclusión dentro del derecho societario y no del derecho concursal. Se trata -como expresa la normativa europea- de evitar incurrir en ellos, atento a los altos costos de transacción. Se trata del deber empresario de prevenir el daño, o de minimizar los perjuicios que una reestructuración concursal acarrearía. Raspall³⁹¹ define a las alertas tempranas en materia concursal: *“En materia concursal, la expresión “alerta temprana” refiere a la posibilidad de que una persona (física o jurídica) tome conocimiento anticipadamente de que se acercan dificultades económico-financieras en la actividad que está desarrollando, o sea, la posibilidad de ingresar en zona de insolvencia y, en tal orden, que la información le permita comenzar a operar inmediatamente sobre ellas, para impedirles o superarlas”*. Rivera³⁹² discrepa de la utilidad de los sistemas de alarmas tempranas por cuanto, dice: *Desde nuestro punto de vista una solución como esta sería altamente inconveniente, al menos para nuestro medio, pues una denuncia de insolvencia o de situaciones de “alerta temprana” causaría la inmediata recalificación del sujeto como beneficiario de crédito lo que afectaría su gestión comercial. Recordemos que el Banco Central de la República Argentina califica a los deudores en estamentos que van del 1 al 6, siendo la situación 3 “deudores con problemas” y la 4 “deudores con alto riesgo de insolvencia”; con lo cual la promoción*

³⁹⁰ GEBHARDT, Marcelo: “Una agenda para posibles reformas de la Ley de Concursos”, Diario La Ley 01/09/2022, 1; LL-2022-E, 186.

³⁹¹ RASPALL, Miguel A.: “Derecho Preconcurso de la Empresa. Relación entre el principio de conservación y la alerta temprana, la flexibilización del presupuesto objetivo y la legitimación preconcursal activa”, Diario La Ley: 05/06/2024, 1, Buenos Aires 2024.

³⁹² RIVERA, Julio César: Simplificación de los procedimientos de insolvencia Ebook-Tr 2023 (Luqui), 363; TR LALEY AR/DOC/2478/2023.

de un procedimiento de reestructuración a partir de la denuncia de terceros importaría la inmediata ubicación del deudor al menos en situación 4.

III. La existencia de una contabilidad llevada conforme a la ley, en tiempo real y accesible, es condición necesaria, pero no suficiente, para la instauración de un sistema de alertas tempranas. En tal sentido, es esencial que el sistema legal provea y prevea las herramientas necesarias para que la contabilidad deje de ser un secreto y brinde a información necesaria para que tanto el propio empresario como los terceros, puedan tomar decisiones económicas racionales.

IV. Un ejemplo, es la legislación societaria belga³⁹³, que prevé expresamente un mecanismo de reacción en caso de “sonido de alarma” que se abre cuando el patrimonio pueda llegar a ser, o haya llegado a un mínimo determinado³⁹⁴ o bien, cuando el órgano de administración compruebe que ya no está seguro de que la sociedad, teniendo en cuenta la evolución razonablemente esperable, podrá saldar sus deudas durante los próximos doce meses. A partir de esta alarma objetiva, el órgano de administración debe convocar (salvo disposición estatutaria más rigurosa) a asamblea general a celebrarse dentro de los dos meses siguientes al que se haya constatado o se hubiera constatado tal situación, con miras a decidir sobre la disolución de la sociedad o las medidas previamente anunciadas en el orden del día para garantizar la continuidad de la sociedad. Salvo que el órgano de administración proponga la disolución de la sociedad, deberá elaborar y presentar en un informe especial las medidas que propone para garantizar la continuidad de la sociedad. El informe se anuncia en el orden del día y podrá obtenerse copia del él. La decisión de la asamblea (excepto disolutoria), será nula en caso de falta del informe referido. Si la junta general no fue convocada de conformidad con lo explicado, el daño sufrido por terceros se presumirá, salvo prueba en contrario, resultante de esta falta de convocatoria. Cumplida por primera vez con estas obligaciones, el órgano de administración haya cumplido por primera vez las obligaciones mencionadas anteriormente, ya no estará obligado a convocar la junta general por los mismos motivos durante los doce meses siguientes a la convocatoria inicial, con lo que se entiende que la ley belga está concediendo al menos un plazo de doce meses para volver a analizar la situación, sin perjuicio de la época en que se debe tratar el balance general. Como dato anecdótico, vale agregar que si el patrimonio neto cae por debajo del monto de capital mínimo (€ 61.500,00) cualquier interesado o el Ministerio Público podrá solicitar la disolución de la sociedad.

El modelo belga reúne los requisitos pretendidos por la directiva, y en la propia ley societaria contiene tres regímenes especiales de “*procedure de sonnette d’alarme*” según los tipos societarios, pero con iguales procedimientos.

V. Los “disparadores” de las alertas. Más arriba explicábamos que alerta era el llamado a estar vigilantes, pero “alarma” es el llamado a aprestarse al combate (llamado a las armas) y pareciera ser mejor expresión que la primera. Como fuera, el modelo belga en el que abrevamos, contiene dos situaciones que activan el llamado a tomar decisiones conducentes a producir la crisis: la primera, es contable y objetiva: que el patrimonio llegue o pueda llegar a ser negativo, o bien que llegue o pueda llegar a ser igual o menor a la mitad del capital social. El segundo supuesto, en cambio, es una previsión que depende de la percepción de los administradores sociales, quienes deberán

³⁹³ El Code des sociétés et associations du 7 mai de 1999 de Bélgica prevé un mecanismo especial en caso de que se produzca una alarma, bajo el título “Procédure de sonnette d’alarme”.

³⁹⁴ En el caso de las S.R.L. el mínimo es el capital completo y por eso habla de patrimonio que haya llegado a ser negativo, mientras que para las sociedades anónimas, cuando el patrimonio neto haya llegado a ser a menos de la mitad del capital social. Los conceptos no exigen llegar a esos valores, sino que exista el riesgo de llegar a dichos valores.

informar sobre la posibilidad o la certeza de que el ente, no llegará a cumplir con sus obligaciones dentro de los próximos 12 meses.

VI. La reacción empresaria frente a la alarma. Tanto la directiva europea, como la ley belga que utilizamos de referencia, prevén que el órgano de administración debe adoptar una conducta activa (salvo que se proponga la disolución del ente) y proporcionar un plan económico, financiero y empresarial al órgano de gobierno, para que puedan decidir de manera racional con relación a la eventual crisis (si hay pérdida total del capital, la crisis ya está instalada). Richard y Boquín³⁹⁵, se refirieron a la cuestión: *“Estas normas existen para alertar al buen administrador de lo que debe hacer y de lo que ocurrirá en caso de omisión. Es quien mejor se encuentra posicionado para advertir las alertas tempranas y más aún para evitar los daños de seguir operando como si nada sucediese a pesar de no existir más “prenda común” que garantice las obligaciones asumidas”*.

V. El valor de la memoria como elemento esencial de los sistemas de alerta temprana o de alarma: Reiteradamente hemos resaltado el valor y la importancia de la memoria como complemento cuantitativo y -esencialmente- cualitativo a los estados contables. La praxis profesional nos permite conocer que en una gran cantidad de los procesos concursales y falenciales de MiPyMEs se presentan estados contables sin todos los atributos legales, registros contables atrasados o mal llevados, y memorias defectuosas que en mucho se parecen a cuentitos infantiles, y compendios de esperanza, fe y “buenas vibras”, cuando deberían brindar información relevante sobre las perspectivas futuras del ente y la evolución habida.

La diligencia debida les impone avizorar la viabilidad del negocio en el período anual en curso donde el órgano de gobierno analizará la rendición de cuentas en el balance anual³⁹⁶. Así reza expresamente el art. 66 LGS que impone en el ap. 5 “Estimación y orientación de las futuras operaciones”.

Ello es congruente con la posibilidad que el concurso devenga en liquidación y la disposición del art. 100 LGS –modificado en 2015- que para posibilitar la eliminación de la causal de disolución impone la presentación de un plan con la intervención del órgano de gobierno.

VI – Por último, en la interpretación sistémica que propiciamos, el mismo Síndico del concurso debió en el Informe General previsto en el art. 39 ap. 7 LCQ: “En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”. La cuestión supera determinar si cuantitativamente los socios desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital, que es a lo que normalmente se limitan. Si miramos la integración normativa que impone el art. 150 CCC, debería avanzar informando si también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser

³⁹⁵ BOQUIN, Gabriela Fernanda - RICHARD, Efraín Hugo: “Responsabilidad de administradores y socios por infrapatrimonialización”, Ebook-TR 2024 (Gómez Leo-Dasso), 35 • TR LALEY AR/DOC/607/2024. Los autores se refieren a los art. 99 LGS y 167 CCCN. En similar sentido, BOQUIN, Gabriela Fernanda y RICHARD, Efraín Hugo: “Apostillas sobre la preconcursabilidad societaria y la responsabilidad de administradores y socios”, Diario La Ley del 02/11/2023, 1; TR LALEY AR/DOC/2663/2023.

³⁹⁶ RICHARD, Efraín Hugo “El plan de empresa. Etica y responsabilidad del empresario” en Libro de Homenaje a Pedro J. Frías, Ed. 1994 p. 1189 y ss., y “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, tomo V pág. 337 (abril 1993).

atendida en el caso de las sociedades concursadas³⁹⁷. Un síndico no cumple con su función si omite la información societaria, no evaluando la diligencia con la que actuó la administración, el esfuerzo que los socios hicieron para superar la crisis en ese ámbito privado y extrajudicial.

CONCLUSIONES:

El primer punto de nuestras conclusiones ya fue esbozada por uno de nosotros:

1. *El Derecho Societario configura la alerta temprana. Son conductas propias de la eficiencia y buena fe, asegurando actuar con diligencia y lealtad, la contabilidad y la memoria*³⁹⁸.

2. La prevención de la crisis, sea financiera, económica o jurídica, es deber fiduciario del administrador, a partir de su debida diligencia, y por lo tanto es materia societaria y no materia concursal, que rige a las situaciones de crisis desatada.

3. La legislación argentina, tal vez, no contenga un procedimiento de alerta temprana tan preciso, específico y concreto como el de la legislación belga, que incluso lo reitera en tres oportunidades, una para las asociaciones, otra para las sociedades de responsabilidad limitada y otra para las sociedades por acciones, pero eso no significa que no exista el deber de informar adecuadamente, al menos a los socios. Ese deber está impuesto en la correcta articulación entre rendición de los estados contables y la memoria, de manera precaria al menos.

4. El capital social, aun en crisis y con todas las objeciones, prevenciones, y críticas que se le formulan, aún sigue siendo un eficaz parámetro para activar alertas tempranas. En particular el capital mínimo de las sociedades anónimas y, más recientemente, de las S.A.S.

5. Reconocemos razón a Rivera, en el sentido que un sistema de alertas tempranas en Argentina, podría significar la inmediata "lluvia" de pedidos de quiebra y causa de una mala calificación crediticia, además de la incorporación en centrales de riesgo, que restrinjan el acceso al crédito del deudor, impidiéndole una solución meramente societaria, pero como contrapartida, obligaría a una presentación concursal tempestiva, sea anticipándose a los pedidos de quiebra o mediante la conversión del art. 90 LCQ.

No puede alegar buena fe, o un eficaz intento de evitar ocasionar daño, aquel administrador que contando con la adecuada y tempestiva información (cuya responsabilidad es exclusiva) no adopta los recaudos necesarios para evitar o mitigar las situaciones de crisis.

³⁹⁷ RICHARD, Efraín Hugo "PARTICULARIDADES DEL INFORME GENERAL DEL SÍNDICO EN EL CONCURSO DE SOCIEDADES" en IX Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la República "por un derecho de crisis diferenciado para personas humanas y sociedades" (Córdoba, 18 y 19 de mayo de 2018) Instituto de la Empresa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 29.

³⁹⁸ RICHARD, Efraín Hugo: "Cincuenta años de la Ley de Sociedades 19.550. Libertad bajo responsabilidad"; Diario La Ley 25/04/2022, 2; LL-2022-C, 39.

§ 1.53. El componente olvidado de la propuesta de acuerdo preventivo. Efraín Hugo Richard-Jorge Fernando Fushimi página 381

Sumario: Ambos nos hemos expresado en reiteradas ocasiones sobre la quita como propuesta de acuerdo preventivo, y de otras alternativas que permiten lograr reestructuraciones de pasivos sin necesidad de apelar a tal opción. En esta oportunidad nos reunimos para trabajar con el componente de la propuesta que, pese a ser una exigencia legal, raras veces es contemplada en la mayoría de los procesos concursales, o es tratado como un elemento meramente formal sobre el cual poco seguimiento se hace, pero que puede llegar a tener una importancia esencial. Nos referimos, concretamente, al penúltimo párrafo del art. 45 LCQ, que establece que el concursado “deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicable a la etapa de cumplimiento”. Hemos sostenido que la disposición contiene algunos elementos de un incipiente plan de empresa³⁹⁹ que debería acompañarse, no obstante, la insuficiencia de redacción de la norma hace pensar que carece de varios otros elementos imprescindibles para tal fin. La adecuada integración de la propuesta, no debería ser un escrito carente de contenido, similar a lo que ocurre con la mayoría de las memorias de las MiPyMEs, que sólo son declaraciones de intenciones y relatitos desconectados de la realidad que muestran los estados contables, sino contener una serie de metas cuantificables y comprometidas con el esfuerzo y sacrificio que se impone a los acreedores.

1. DESARROLLO: Más allá de cuál sea nuestra posición con relación a la quita⁴⁰⁰, lo real es que, si la cesación de pagos impide al deudor hacer frente a las obligaciones exigibles con producido del giro normal del negocio, la salida de la crisis necesitará no sólo que el giro normal del negocio (más otros acordados y homologados judicialmente) permita cancelar las deudas ordinarias, sino también

³⁹⁹ CARLINO, Bernardo “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina.

⁴⁰⁰ Los autores hemos colaborado en diversos trabajos, tanto en medios jurídicos especializados, como en ponencias conjuntas, entre los que podemos citar: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: entre otros trabajos nuestros, citamos: “El balance y la quita en concursos de sociedades y su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos)”, en “ASPECTOS CONTABLES, IMPOSITIVOS Y PREVISIONALES EN LAS SOCIEDADES Y LOS CONCURSOS”, Obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 153 a 162. Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013; “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos), en Revista Electrónica Microjuris.com, producto Sociedades (revista electrónica por suscripción). Datos para citar: MJ-DOC-6053-AR| MJD6053. Buenos Aires, 1 de diciembre de 2012; “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas”, en Doctrina Societaria y Concursal Errepar Nº 373, Diciembre de 2018, Tomo XXX, Pág. 1143-1158; “Donatario a palos (algo sobre quitas y concurso de sociedades)”, en Doctrina Societaria y Concursal Errepar Nº 407, Octubre de 2021, pág. 997 A 1008, Ed. Errepar, Buenos Aires. 2021. “La quita concursal como ganancia”, en la IV Jornada Nacional de Derecho Contable organizada por la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Morón y el Instituto Autónomo de Derecho Contable. Buenos Aires, 25 de agosto de 2011. Publicado en el Libro de Ponencias “Nuevos Aportes al Derecho Contable – IV Jornada Nacional de Derecho Contable”, Ed. Errepar, Bs. As. 2011 Pág. 305. “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (Y algunos aspectos Periféricos)”, en el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán 5, 6 y 7 de septiembre de 2012. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso, Tomo I, Pág. 635. Ed. Astrea. Bs. As. Agosto 2012. “Quita en el concurso de sociedad ¿Siempre ilegal?”, en el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Provincia de Buenos Aires), del 18 al 22 de octubre de 2021. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso, Derecho Concursal – Perspectivas Actuales, Tomo II, Instituciones concursales conservatorias, pág. 129, Ediciones DyD SRL, Bs. As. 2021. ISBN: 978-987-8353-50-0, Libro digital CDD 346.078. “El crowdfunding como propuesta alternativa a la quita- El caso Yagisawa Shouten Co.”, en el X Congreso Nacional de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 17 al 19 de octubre de 2018. Publicada en el libro de ponencias de la Jornada, Tomo II, pág. 109 a 118.

el saldo resultante del acuerdo. Esto implica, sin ningún lugar a dudas, restringir gastos y aumentar ingresos. Con plan de empresa o de negocios, o sin él, la meta es maximizar ingresos, y minimizar los costos y los gastos, a fin de lograr la máxima eficiencia posible desde lo económico y financiero. Va de suyo que toda propuesta, en tanto tenga visos de racionalidad económica, debe cumplir con tal finalidad, disponiendo el concursado de innumerables posibilidades de dar nuevo formato a las estructuras de precios, de costos, de gastos y de manejo de activos y de pasivos, además de una adecuada reingeniería de la estructura del órgano de administración y representación y las demás reestructuraciones que fuesen menester⁴⁰¹.

1.1. Sobre la obligatoriedad del complemento de la propuesta: La norma del antepenúltimo (o cuarto) párrafo del art. 45 LCQ, es obligatoria e imperativa y no es una mera recomendación o sugerencia, aún cuando no se hayan establecido consecuencias directas por la no integración de esta parte de la propuesta. Además, en aras de un eficaz concurso (al menos en las intenciones), el juez concursal debería obligar a la concursada a que no sólo presente sus estados contables en tiempo y debida forma, sino que la memoria abastezca acabadamente cada uno de los puntos que prevé el art. 66 LGS, en particular los incisos 1) y 6). Gebhardt⁴⁰² se expresa en similar sentido al nuestro, aunque consideramos que el juez debe exigir la integración de la propuesta, en todos los casos, bajo apercibimiento de considerar que no ha presentado la propuesta en forma, debiendo declararse la quiebra ipso facto. También Vaiser⁴⁰³ opina que la integración de la propuesta es imperativa. Es que sólo así el Juez podría cumplir la manda que se agregó al art. 52.4 LCQ “en ningún caso el Juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

1.2. Sobre el contenido del complemento de la propuesta: En una anterior ponencia⁴⁰⁴ esbozamos algunas líneas con relación a qué puntos, dentro de lo posible y lo racional, debería contener este componente de la propuesta de acuerdo preventivo, y expresábamos, con mayor grado de detalle, que -cuanto menos- debería contemplar desde lo racional de una administración ante la crisis:

⁴⁰¹ En similar sentido: HEREDIA, Pablo D. TRATADO EXEGÉTICO DE DERECHO CONCURSAL. Tomo 2, pág. 77-78. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As. 2000: “a partir del régimen especial que el deudor proponga, los acreedores conocerán cómo será el management de la empresa en la etapa de cumplimiento del acuerdo, lo que constituye dato de significativa relevancia a los efectos de que definan el sentido de su sufragio acerca de la propuesta que los concierna. Es claro, en este aspecto, que la aprobación de la propuesta depende, en buena medida, de que se asegure a los acreedores que la gestión empresarial luego de la homologación del acuerdo será eficiente. Desde tal punto de vista, se ha postulado que el régimen de administración contemple no menos que lo que la ley exige en los incs. 4º y 6º del art. 190 LCQ, en lo relativo al informe del síndico previo a la autorización de continuación de la actividad de la empresa en la quiebra. Es decir, el concurso preventivamente debería presentar un régimen de administración que indique el plan de explotación de la empresa, acompañado de un presupuesto de recursos debidamente fundado, y las explicaciones de las reorganizaciones o modificaciones necesarias para hacer viable tal administración”.

⁴⁰² GEBHARDT, Marcelo: “LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS LEY 24.522 y modificatorias”. Tomo I, pág. 233. Ed. Astrea, Bs. As. 2008: “es totalmente imperativo, no contiene sanción alguna a la omisión total o parcial de estos aspectos que debe contemplar la propuesta. Entendemos que el magistrado actuante, recurriendo a las facultades que le preserva el art. 274, deberá dictar las medidas integratorias necesarias para que el acuerdo sea válido”.

⁴⁰³ VAISER, Lidia: “El ‘régimen de administración’ en la propuesta de acuerdo: ¿plan de empresa?” LL-1999-D, 1073: Cita: TR LA LEY AR/DOC/4048/2001: “A pesar de la segmentación que hemos dejado en evidencia, no cabe duda acerca de que la propuesta de concordato constituye una unidad indisoluble. Más allá de toda otra consideración y en punto al régimen de administración, la propia ley se encarga de afirmar que éste constituye parte integrante de la propuesta”.

⁴⁰⁴ RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: “Sobre el régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento del art. 45 LCQ”, en el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Provincia de Buenos Aires), del 18 al 22 de octubre de 2021. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso, Derecho Concursal – Perspectivas Actuales, Tomo II, Instituciones concursales conservatorias, pág. 169, Ediciones DyD SRL, Bs. As. 2021

a) **Reducción del número de directores y un régimen restrictivo de pago de honorarios:** La reducción propuesta, hace referencia, especialmente, a los denominados “directores no ejecutivos” o “no operativos”, que en ocasiones ocupan cargos en empresas familiares por razones que no son de carácter estrictamente empresarial, o bien por razones protocolares o de justificación de pagos de estipendios. La remuneración a los directores disminuye la utilidad del ejercicio y, consecuentemente, se dispone de menos recursos financieros para destinar al pago de los acreedores. Es decir, el sacrificio se impone a los acreedores, pero el ente concursado también realiza ajustes y sacrificios equivalentes o mayores. Es decir, limitar al mínimo necesario, la cantidad de integrantes del órgano de administración de la sociedad y minimizar su retribución conforme logros, objetivos, metas y productividad, hasta que se cumpla con el acuerdo preventivo. Entre otros puntos, proponíamos el retiro de “privilegios empresariales” (como gastos de movilidad, representación, premios, bonos, pagos de servicios a los familiares de los administradores, etc.)

b) **Plan de no distribución de dividendos mientras dure la etapa de cumplimiento:** va de suyo que la distribución de dividendos entre los accionistas es absolutamente contradictoria con la idea de imponer quitas y esperas a los acreedores. La distribución de dividendos entre los accionistas, cuando los acreedores soportan una quita, no sólo que es una decisión societaria írrita, sino que implica un enriquecimiento sin causa de naturaleza fraudulenta.

c) **Prohibición de girar utilidades a cualquier otra empresa, sea nacional o extranjera, o a la sociedad holding.** Las utilidades, se ha dicho, no son tales, sino hasta que se hayan cubierto los quebrantos de ejercicios anteriores. Como ya hemos explicado, la cesación de pagos no necesariamente importa la existencia de quebrantos, por lo que aún cuando hubiera utilidades netas, las mismas deberían ser reinvertidas en la propia concursada como garantía adicional de cumplimiento de la propuesta. Siempre el concursado podrá adelantar los pagos de los dividendos concordatarios y así liberar las utilidades de esta restricción que proponemos.

d) **Enajenación de toda la flota de vehículos y de otros bienes (vgr. notebooks, teléfonos celulares de alta gama), afectados a los funcionarios societarios, salvo que se acredite que sean esenciales para el cumplimiento de las funciones.** Son formas anómalas de pagos de utilidades o beneficios a los administradores sociales. Ninguna de ellas puede ser convalidada, conforme al desarrollo efectuado más arriba.

e) **Suspensión de todo beneficio no patrimonial pagado a funcionarios societarios, controladores y empleados gerenciales, como bonos,** vacaciones pagas, viajes de capacitación, vales de combustible, vales de vestimenta, becas y otros emolumentos que se otorguen a socios (mayoritarios, o no), gerentes, directores o síndicos. Nos remitimos a lo expresado en el punto anterior.

f) **Eliminación de gastos superfluos:** tales como financiamiento para asistencias a eventos empresariales en los que el ente no realice presentaciones; supresión de gastos de publicidad, salvo la estrictamente necesaria; suspensión de la financiación a entes sin fines de lucro (asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones, entidades deportivas, etc.).

Como puede advertir el lector, se trata de suprimir gastos y erogaciones de escasa productividad, y nada decimos de gastos de mantenimiento, en la realización de inversiones o la realización de obras, que -quizás- puedan maximizar las ganancias o minimizar costos y/o gastos, lo cual no debería entrar en los supuestos del cuarto (o antepenúltimo) párrafo del art. 45 LCQ, y para lo cual sí resultaría de utilidad el desarrollo del plan de empresa, sobre el que no trabajamos en esta oportunidad. Podría oponerse en contra de nuestra ponencia, que estos gastos son exigüos e incluso

insignificantes en una estructura económica y financiera grande y que el contenido intraempresarial es un motor para el aumento de la eficiencia y la productividad, a lo que opondríamos que toda reducción de gastos y costos improductivos redundaría en beneficios, mayores o menores, pero beneficios al fin. Pero, en nuestra consideración, también influye en lo simbólico y lo gestual, ya que estos actos tienden a generar alguna ínfima satisfacción a los acreedores insolutos que habían confiado en el deudor, en el sentido de que todos realizan un esfuerzo en orden al sacrificio impuesto a acreedores⁴⁰⁵.

2. INTEGRACIÓN.

Pero además de lo expresado, que deviene de la racionalidad de la ciencia de la administración y consecuente configura la diligencia del órgano de administración de una sociedad en crisis, intentando que el juez juzgue la calidad de la propuesta, el tema tiene otra integración.

La presentación en concurso, a veces por conversión, implica la concreta posibilidad que, ante el criterio del Juez sobre abusividad o fraude, se abra un proceso alternativo de recuperación previsto en el art. 48 LCQ e incluso la quiebra con la consiguiente liquidación. O sea que estamos frente a un alternativo plan de liquidación, y el art. 100 LGS, después de la reforma del año 2015, dispone la posibilidad de evitar la liquidación "*Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*".

Resume la obligación que la propuesta devenga del órgano de gobierno y asegure la viabilidad de la actividad social, hoy base de encuentro doctrinario sobre la viabilidad del patrimonio para juzgar los posibles aparentes déficits de capital social, del futuro de la sociedad y de la responsabilidad de administradores y socios de control, que intentamos evitar con nuestras poco escuchadas advertencias.

3. OTRA VISIÓN.

Nuestra mirada, crítica de la supuesta legalidad de transferir a los acreedores la asunción de las pérdidas, podría así enriquecer las propuestas cooperativas entre todos los interesados en la continuidad de la actividad sin dañar.

En Jornadas del IADC se trató la plasticidad del *lease back*, que, trasladando la propiedad de los bienes a los acreedores, los dejaba disponibles para la continuidad del giro de la actividad social pagando un canon por tiempo determinado, alcanzando a su fin la propiedad, como en el contrato de leasing.

En relación con lo postulamos en torno a avizorar la prospectiva de la actividad, para permitir al juez juzgar sobre la homologación de la propuesta, apuntamos que existen caminos por los que se puede llegar a la viabilidad. Uno se manifiesta en el marco de los límites fijados legalmente a la *autonomía de la voluntad*, pues existen supuestos en que mediante pactos se califica como capital propio o de riesgo la aportación de recursos ajenos mediante las llamadas "obligaciones

⁴⁰⁵ Con relación a este punto, Daniel Truffat ha sostenido: TRUFFAT, E. Daniel: "Sobre el acuerdo concordatario abusivo", en: Jurisprudencia Argentina, Cita: TR LALEY 0003/014931 "Si se advierte que el acuerdo comporta un auténtico esfuerzo compartido entre los acreedores y el deudor (porque sin socialización de daño no hay concurso; pero ella no puede importar enriquecimiento incausado para el deudor o sus socios), teniendo en cuenta que el deudor debe hacer su mejor y auténtico esfuerzo para honrar su pasivo. // vi) Si el deudor ha brindado generosa y fidedigna información sobre su situación patrimonial al concursarse y en cada oportunidad en que lo requirieron el tribunal y la sindicatura. Nadie puede pretender que le vuelvan a creer, a dar crédito, si no ha sido veraz en procura de esta nueva posibilidad".

subordinadas" o los "créditos participativos"⁴⁰⁶. Se trata de cláusulas de postergación o posposición de rango de los correspondientes créditos que establecen: "el crédito debe figurar en el último lugar de la prelación, después de los derechos de los demás acreedores, y sólo puede ser pagado con beneficios de ejercicio o con el haber líquido resultante de la liquidación de la sociedad."⁴⁰⁷ Dejando a un lado la posibilidad de que por pacto se contemple esta figura, la construcción de una disciplina expresa sobre la infrapatrimonialización, cabría distinguir los subsumibles bajo la categoría de la llamada financiación *in natura*, en que los socios retienen derechos reales sobre los activos cedidos a la sociedad que pueden hacer valer mediante la oportuna *separatio ex iure domino* en la quiebra.

A su vez aparecen múltiples formas de capitalización, incluso por acreedores, en participaciones privilegiadas o comunes, usando en casos la prima, para mantener el equilibrio de las prestaciones *-equity-*.

Se trata de defender la conservación de la empresa en interés de todos los *stakeholders*, sin que el salvataje recaiga exclusivamente sobre los acreedores. Algo más que el mero "esfuerzo compartido". Y propio cuando menos, de la diligencia de los administradores societarios.

4. CONCLUSIONES:

El derecho de prevención del daño obliga al administrador a adoptar diferentes medidas que eviten causarlo, o que lo minimicen. Esa prevención debe ejercerse desde la órbita del derecho societario. Sin embargo, lanzado al concurso, existen baterías de propuestas que permitirían superar la situación de crisis económica o financiera que no impliquen quitas necesariamente. No obstante, la realidad nos lleva al terreno de situaciones las propuestas dañosas sean una opción y el derecho las ha receptado favorablemente. En tales casos, consideramos que no basta la mera propuesta, sino que -conforme a la ley, pero también a reglas de equidad que impongan un sacrificio por parte de los deudores (en particular, a los socios, administradores y controlantes de sociedades deudoras). Ese es el rol del complemento obligatorio que -con mucha más frecuencia de la deseada- podemos observar en la praxis concursal, suele ser presentado con frases de circunstancias, pero sin un contenido económico que realmente demuestren una vocación de sacrificio compartido acorde a las circunstancias y a las privaciones (y daños) ocasionados a los acreedores. Nuestro trabajo propone que los jueces y los síndicos (aun cuando éstos no están obligados a opinar sobre la viabilidad o seriedad de la propuesta, pero es frecuente que los jueces pidan opinión mediante la clásica fórmula "*de la propuesta presentada, vista a la sindicatura*") hagan cumplir efectivamente el texto de la ley y, conforme a la naturaleza de la propuesta, fuercen a que el deudor asuma el compromiso de cumplir con sus obligaciones de una manera jurídicamente ética y responsable.

⁴⁰⁶ Que ahora han sido recogidos en el art. 1531 CCC, sin descartar nuevas formas de contratos asociativos donde el acreedor no pasen a ser socios sin derechos, por asumir las pérdidas, incluso con ganancias distribuibles a los socios como el caso Multicanal S.A.

⁴⁰⁷ Massager Fuentes, José: "La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios", en *La reforma de la sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid 1994, p.953, opinando que "a partir de las normas en vigor es posible construir un tratamiento de la infracapitalización nominal que conduzca a resultados similares a los de la postergación de créditos". Un adelantado.

§ 2.33. Derecho de crisis de sociedades. María Fernanda Cocco - Efraín Hugo Richard página 258

Ponencia: La ley general de sociedades, desde su vigencia con otro nombre en el año 1972, contiene un excelente sistema para afrontar la crisis de sociedades en su “Disolución y liquidación”; sistema que fue adoptado para las sociedades por acciones simplificadas, en el año 2017, en el artículo 52 de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor.

Nos referimos a las crisis económico-financieras de las sociedades, superando la ambigua referencia desde el derecho concursal a deudor, empresario y empresa, sin puntualizar si se refieren a persona humana o persona jurídica, generando una pugna, aparente, entre sistemas normativos: el específico de las personas jurídicas –artículo 150 CCCN-, el del derecho societario y sus normas imperativas, y el del derecho falimental recogido en la Ley de Concursos y Quiebras, donde se desconocen los preceptos imperativos como uno de nosotros ha destacado con Juan Carlos Veiga en 2015: “El Contraderecho... Las costumbres *contra legem* en los procesos concursales de sociedades”⁴⁰⁸, ratificando ideas que veníamos sosteniendo desde varios años antes respecto de las quitas en procesos concursales de sociedades.

Desde el derecho corporativo, encontramos dos disposiciones clave: el artículo 159 CCCN regulando el deber de lealtad y diligencia y el interés contrario de los administradores, disponiendo que “... *deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica*”; y el artículo 167 CCCN referido al proceso de liquidación y las responsabilidades involucradas. Establece que: “... *La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto*”. Es el sistema previsto para casos de infrapatrimonialización en el art. 99 LGS, vigente desde el año 1972, y que rara vez se identifica y menos aplica.

Vemos así, que al regularse la cuestión relativa a la implementación de sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo, y al vincularse con el conocimiento, efectivo o presunto por el rol desempeñado, entendemos (probablemente con poco apoyo de la doctrina nacional en este punto) que se está introduciendo, de manera incipiente, la doctrina del buen gobierno corporativo anclada en la planificación estratégica negocial y el informe de gestión periódico, que hemos destacado que se encuentra desde 1972 incorporado en la ley de sociedades a través de la contabilidad periódica y la forma de presentarla anualmente al pleno de socios, reiterando en el art. 320 CCCN.

⁴⁰⁸ RICHARD, E.H. – VEIGA, J.C. “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS) en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires

Conforme a ello, la cuestión relativa a la gestión de las crisis económico-financieras -que no necesariamente implican estado de cesación de pagos y/o insolvencia- adquiere un cariz relevante por dos motivos: a) en primer lugar, y de modo propositivo, para permitir manejar esas dificultades patrimoniales de acuerdo a las necesidades de la propia persona jurídica, con regulación a medida y con transparencia absoluta para los acreedores, los socios y demás *stakeholders*; b) en segundo lugar, para evitar asignación de responsabilidades por aplicación supletoria o análoga de disposiciones normativas que no se adaptan a esa persona jurídica en particular.

Adicionalmente, encontramos una plusvalía a la solución jurídica que propendemos, basada en que en ningún caso los administradores están obligados a concursar la sociedad, por tratarse de soluciones extrajudiciales y preconcursales previstas en las opciones imperativas del art. 96 LGS, evitando el disvalor de la publicidad -negativa por cierto- de una situación que puede ser momentánea. Ni que hablar respecto de renegociar créditos *in bonis*. Es la recepción originaria de la ley específica de lo que ahora se llaman las “alertas tempranas”.

Desde el derecho societario, como una especialidad del corporativo, las normas legales involucradas son: a) el artículo 59 LGS disponiendo que *“Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”*. Completa el régimen el artículo 274 LGS estableciendo: *“Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”*. Se vincula fundamentalmente frente a la infrapatrimonialización con el artículo 99 LGS que dispone: *“Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”*; b) el artículo 96 LGS, referido a la pérdida del capital social, establece que *“... la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”*; c) el artículo 100 LGS regula la remoción de causales de disolución de la siguiente manera: *“Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”*.

Claro que esas acciones están previstas en el funcionamiento regular de la sociedad, pues ante la infrapatrimonialización juega la responsabilidad por acción u omisión prevista en el art. 99 LGS. Norma rara vez aplicada por la jurisprudencia concursal, de carácter preventiva de la responsabilidad de administradores y socios de control.

Todo lo dicho sobre el derecho corporativo es trasladable al derecho societario. Sin embargo, éste avanza en varios aspectos: a) el parámetro objetivo de la responsabilidad de representantes y administradores que es el del *“buen hombre de negocios”*; b) el tema del reintegro del capital social ante su pérdida; c) la viabilidad económica y social de la actividad empresarial. Es afrontar la infrapatrimonialización más que la pérdida del capital social. Y por supuesto preservar la viabilidad de la actividad de la sociedad.

Para el derecho societario⁴⁰⁹ el administrador es la persona que lleva adelante: 1- la gestión operativa consistente en los actos que integran el objeto social; 2- la gestión empresaria que implica la organización, desarrollo y conservación de la empresa de la sociedad; 3- la representación societaria al vincularse con terceros. O sea, asegurar la viabilidad de la sociedad y sin duda un representante necesario, hoy reconocido así expresamente por el negocio representativo en las relaciones de organización personificadas.

Para la teoría de la administración⁴¹⁰ el administrador se desempeña en todos los niveles de la organización, y según en cuál de esos niveles se encuentre será su papel. Tenemos tres niveles organizacionales, a saber: a- institucional, b- intermedio y c- operacional.

Corresponde al nivel institucional, por ser la alta administración de la organización, tomar las decisiones principales y marcar la estrategia de negocios de la empresa. Define la misión y visión de la organización. Se encuentra en relacionado íntimamente con el entorno externo de la empresa y, por ello, recepta los cambios y presiones que ocurren en el exterior.

Corresponde al nivel intermedio, por ser la articulación entre los niveles institucional y operacional, receptar las decisiones adoptadas en el nivel institucional y operativizarlas, a través de diversos programas de acción, en directivas para el nivel operacional. Interpreta la misión y los objetivos de la empresa y genera las tácticas de negocio de la organización.

Corresponde al nivel operacional, por ser el basamento ejecutivo de la empresa, administrar la realización de las tareas rutinarias de la organización afectando los recursos humanos no administrativos. Tiene contacto directo con la línea de producción.

En este punto, apreciamos una notable diferencia entre la conceptualización de la administración o gestión social que realiza el derecho societario. Para este último, la gestión social tiene tres actores: 1- la asamblea, 2- el órgano de administración y 3- la sindicatura; y constituyen, para la teoría de la administración, el mismo nivel organizacional.

Por ello, hemos propugnado utilizar el informe de gestión. Documento destinado a brindar todas las explicaciones necesarias para los socios que conforman esa sociedad –a modo de rendición de cuentas– y todas las futuras líneas de acción a adoptarse –a modo de planificación estratégica–. Este informe de gestión, por su flexibilidad de contenido (por no tratarse de un estado contable) y su sencillez de presentación, permite ser adaptado a las particularidades de cada una de las sociedades; particularidades dadas por la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en la conformación de la estructura societaria adoptada en el momento constitutivo de la sociedad. No es sino lo referido en la Memoria prevista en la LGS y lo dispuesto en el art. 320 CCCN.

Así entendemos que es aplicable el artículo 96 LGS a situaciones de crisis económico-financieras empresariales, en particular a los socios, en el sentido de la responsabilidad genérica de haber generado o mantener la existencia de una sociedad infrapatrimonializada. Las soluciones previstas en el art. 96 LGS pueden ser usadas frente a alertas tempranas de crisis, ante la infrapatrimonialización ya declarada o meramente por proyecto de expansión.

⁴⁰⁹ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel DERECHO SOCIETARIO – Ed. Astrea – Buenos Aires – 1997 pág. 224 y ss.. ROITMAN, Horacio LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES Comentada y Anotada – 2ª edición actualizada y ampliada – Ed. LA LEY – Buenos Aires – 2011 T. II pág. 285 y ss.

⁴¹⁰ Seguimos en este punto a CHIAVENATO, Idalberto ADMINISTRACION EN LOS NUEVOS TIEMPOS – Ed. Mac Graw Hill – Colombia – 2002 – pág. 7 y ss.

Claro que, en la capitalización, en cualquiera de sus formas, deben tenerse en cuenta las diferencias de valores entre: los valores estatutarios y el valor del dinero al capitalizar, para mantener el “equity” en la relación, particularmente ante la capitalización de pasivo. Por eso el Proyecto del Ministerio de Justicia del año 1992 –en que intervino uno de nosotros- prohibía toda referencia al capital social, imponiendo el patrimonio y la participación porcentual en éste, que debía asegurar la viabilidad de la sociedad. Algo así fue recogido para la sociedad de hecho en la reforma de la LGS del año 2015, conforme el anteproyecto del año 2012.

Por último, debemos referirnos al derecho falimental, donde cobran relevancia las disposiciones del artículo 52 LCQ que establece: “... 4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, volviendo a recordar el trabajo mencionado *ut supra* con Juan Carlos Veiga “El Contraderecho” donde se analiza la habitualidad de costumbres *contra legem*.

Finalmente, y entrando en un tema ríspido entre societaristas y concursalistas, que es el relacionado con la supuesta legalidad de quitas y esperas confiscatorias, como las logradas en el caso Multicanal S.A. y las acciones de responsabilidad previstas en los artículos 173, 174, 175 y 176 de la LCQ y las previstas varios artículos de la ley sociedades, pero particularmente en el artículo 99 desde el año 72 como forma preventiva y disuasoria.

Los societaristas sostienen que ambas vías de responsabilidad son posibles; en cambio, los concursalistas sostienen que sólo se pueden intentar las acciones previstas en la legislación falimental.

Nos pronunciamos a favor de la postura que sostiene la posibilidad de ejercer ambas vías, la societaria y la falimental, en el entendimiento que el fin perseguido por una u otra vía es distinto, y así puede ejercerlo el síndico en la quiebra, pero no se impide ese ejercicio a los acreedores en caso de acuerdos homologados de los que resulte una transferencia del riesgo, haciendo recaer las pérdidas en los acreedores. El tema central es si se genera responsabilidad por daño frente a los impagos, pero toda duda desaparece ante la infrapatrimonialización. La cesación de pagos, en términos contables aparece solucionable, si la sociedad es viable, con una mera espera.

Pero lo común es que la sociedad esté soportando una infrapatrimonialización, una insolvencia, acallada con falta de balances, pérdida de libros... a veces encubriendo una quita con una alambicada capitalización – el caso Vicentin...

Hoy, como acabamos de referir, se habla de las alertas tempranas, y en las relaciones de organización personificadas se impone no una representación voluntaria sino una representación orgánica, que debe hacer y rendir cuentas cada año -en realidad todos los días- y acompañar la misma con un pronóstico sobre el año ya en curso...

Los concursalistas insisten en transferir y/o compartir el riesgo, que en las sociedades es esencialmente constitutivo a cargo de los socios, como rasgo esencial e inseparable de una relación societaria. En virtud de esa postura asumida, se genera con las quitas falimentales una transferencia del riesgo incompatible con la relación societaria, violando la *absolute equity rule*.

Los concursalistas opinan que sólo pueden intentarse acciones de responsabilidad en caso de quiebra... Y se olvidan de que existe una teoría general de la responsabilidad civil, muy particular para las relaciones de organización personificadas que tienen representantes orgánicos y grupos de poder, de hecho, o de derecho, y confirmado en la norma imperativa del art. 99 LGS.

Por eso venimos en esta ponencia a rescatar el sistema societario de crisis, pergeñado en el año 1972 y ratificado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, destacando las soluciones

imperativas y voluntarias que se instalan en el art. 96 LGS, que deben ser entendidas y aplicadas en un marco de estricta equidad en su aspecto de previsiones cautelares para no dañar (arts.1, 2, 9 y 12 CCCN).

§ 2.46. Insolvencia y acción individual de responsabilidad por daño indirecto al socio. Gabriela Fernanda Boquin - Efraín Hugo Richard página 341

Ponencia: El reciente precedente “Ocampo”⁴¹¹ del Tribunal Superior de Córdoba, pone la temática en su justo lugar: vía una acción individual el socio dañado puede reclamar el daño indirecto, generado a su patrimonio como consecuencia de la quiebra de la sociedad, por mal desempeño o la conducta antijurídica del administrador que incumple la manda del art. 99 LGS. Ello implica la convergencia normativa del art. 279 LGS con el art. 99 LGS.

Fundamentos:

La acción individual de responsabilidad del socio contra los administradores sociales en caso de quiebra de la sociedad implica la posibilidad del reclamo del daño indirecto producido en el patrimonio del socio por la mala administración del ente y más aún cuando el socio sin poder de decisión se perjudica por su infrapatrimonialización.

Si bien era unánime la jurisprudencia comercial avalada por una tesis mayoritaria de la doctrina⁴¹² que rechazaba o desestimaba la acción de responsabilidad individual iniciada por el socio, si no existía un perjuicio directo en el patrimonio del accionante, estas debieron haber perdido vigencia en virtud de art. 1739 del Código Civil y Comercial de la Nación pues eran contrarias a la concepción del daño.

Pero sin perjuicio de la modificación introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación la doctrina judicial mercantilista siguió consagrando injustamente la imposibilidad fáctica del reclamo por vía de la acción individual del socio perjudicado por el mal desempeño de los administradores sociales bajo la consideración que el art. 279 de la ley de sociedades. Solo le reconoce legitimación, aun en caso de quiebra, cuando existe un perjuicio directo sobre su patrimonio o lo que es lo mismo, consideran que esta acción no es apta para lograr la reparación de daños indirectos o reflejos por lesiones padecidas por la sociedad; sino solamente el resarcimiento del daño directo, personal e individualmente soportado por el socio o accionista. Así, fueron rechazadas todas las acciones que, iniciadas por un socio, reclamaban el perjuicio sufrido por la quiebra de la sociedad, que había sido llevada a esa situación falencial por el mal desempeño de los administradores que por culpa o dolo habían violado la ley, el estatuto o el reglamento.

Esta posición jurisprudencial trae como consecuencia restringir el reclamo y, en algunos casos, enervar la viabilidad de las acciones individuales de responsabilidad⁴¹³

Considerando que el daño producido en el patrimonio del socio por la quiebra de la sociedad era indirecto, se exoneraba de responsabilidad a los administradores infieles por la ausencia de reconocimiento de legitimación activa.

⁴¹¹ Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial 12/6/24 “Ocampo Martín Guillermo c/ Exstein, Daniel Alberto-Societario Contencioso- acción individual de responsabilidad (art. 279 L.S) Recurso de Casación”

⁴¹² Por ejemplo, Rouillón, A y Alonso, D., Código de Comercio, comentado y anotado, Bs. As. T. III, pág. 703 y sig.; Halperín, Sociedades Anónimas, Ed. Depalma, año 1978, pág. 459; Verón, A., Sociedades Comerciales – Ley 19550 comentada, Anotada y Concordada, Tomo IV, página 334.

⁴¹³ En el mismo sentido: Sánchez Herrero, Pedro Responsabilidad de los administradores societarios por el "daño indirecto" a los socios. Casuística LA LEY 02/05/2022, 02/05/2022, 1 - RDCO 314, 21/06/2022, 3 Cita: TR LALEY AR/DOC/1425/2022

Este requerimiento jurisprudencial de la demostración de un daño directo al patrimonio presumía y alegaba que el daño ocasionado a la sociedad, que deriva en un menor valor en el mercado de la porción accionaria, no es suficiente para acreditar el extremo exigido. En este sentido, se ha dicho que “La acción individual de responsabilidad prevista en el art. 279 de la ley de sociedades (Adla, XLIV-B, 1310) solo puede referirse a los daños personales sufridos por el accionista, pero este carece de legitimación cuando se trata de un daño que sufre indirectamente, integrante del daño mayor que soporta la sociedad y de la misma naturaleza que el de todos los demás accionistas. [...] La acción individual de responsabilidad está condicionada a que el accionista sufra un perjuicio directo en su patrimonio, y no uno indirecto o mediato a través de la afectación del patrimonio social [...]”⁴¹⁴.

Ahora bien, esta injusticia notoria se ve subsanada por el imperio de los nuevos artículos del Código Civil y Comercial, que prevén que se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, exista dolo o culpa por parte el dañador, y considera indemnizable el daño directo y el indirecto.

Es más, en el punto, el art. 1739 CCC expresamente dice: para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable, y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Por otro lado, el artículo 1737 del Código Civil y Comercial se diferencia del 1068 del Código Civil al conceptualizar el daño, porque considera que este existe cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva. Y agrega el art. 1738, en su parte pertinente, que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención, y la pérdida de chance.

Con base en estos presupuestos normativos enunciados por la reforma y las circunstancias fácticas, que generalmente son consideradas como conductas reprochables, observamos la equivocación de la jurisprudencia que actualmente, de forma mayoritaria, afirma como verdad revelada que el accionista no puede reclamar vía acción de responsabilidad contra el administrador el daño que, ocurrido a la sociedad, erosiona su propio patrimonio, al no apreciarse como daño directo o inmediato.

Y si bien es cierto que el daño no es directo, es clara la existencia de uno indirecto acaecido en el propio patrimonio del socio, si existen conductas desaprensivas en la custodia de los bienes sociales, o respecto de la ausencia de contabilidad que permita desentrañar la realidad patrimonial del ente que ha quebrado, pues ello conlleva a la merma en el valor de la acción que influye indirectamente sobre los activos del socio víctima de la incompetencia, del incumplimiento o de la negligencia del administrador de la sociedad.

El reconocimiento de este daño y su carácter de indemnizable está previsto en la legislación pasada, no sólo en el art. 521 del Código Civil que determinaba su reproche al sujeto incumplidor deliberado, sino en la letra de la misma definición de concepto “daño” prevista en el art. 1068 del mismo cuerpo legal, que preveía como daño resarcible no solo al ocasionado directamente a las

⁴¹⁴ Verón, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales - ley 19550 y modificatorias*, T. 4, Ed. Astrea, Bs. As., 1987, pág. 312). Y CNCOM Sala B Montero Contreras, *Joselyn c/ Petro Gar Combustibles SRL s/ ejecutivo 17 de septiembre de 2018* Id SAU: FA18130265

cosas que están bajo el dominio de la víctima, sino también al producido indirectamente sobre los derechos y facultades de esta. Pero, a pesar de que la letra de la norma era clara, la jurisprudencia fue adversa al progreso de estas acciones, conforme hemos descripto más arriba.

El reciente precedente “Ocampo” citado en el sumario hecha luz sobre la cuestión cuando considera que “la limitación que pregona la doctrina mayoritaria en cuanto circunscribe la legitimación al reclamo por daño directo, excluyendo al indirecto o reflejo, no tiene base legal; porque como se indicó la norma nada dice” y agrega que “La completa pérdida del activo societario y la desaparición de la posible cuota de liquidación que le hubiere correspondido al accionante son, concretamente, los perjuicios padecidos por el actor; los que encuadran a la perfección en el concepto de daño emergente y lucro cesante (o bien, en su caso, pérdida de chance) cuya reparación ha sido reclamada en estos autos”

En definitiva, la acción individual del accionista prospera en caso de quiebra cuando el daño producido a la sociedad genera un daño indirecto en el patrimonio del accionante y el administrador debe responder por los actos y omisiones que lo hayan generado, por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles de su obrar. En este sentido en caso de infrapatrimonialización si el administrador hizo caso omiso a esa situación y continuó operando sin tomar las medidas que debía a los fines de sanear la situación o para liquidar al ente, el socio inocente puede reclamar los daños vía acción individual.

Ahora bien, debemos dejar en claro que el reclamo no puede duplicarse respecto del daño ocasionado, pues si existe iniciada una acción social su sentencia puede abarcar el mismo reproche, pero deberán acumularse los trámites a los fines que los rubros no se superpongan lo cual ya traté al considerar las acciones societarias en la quiebra.

También apreciamos que resulta razonable, que si bien no es una acción de las previstas en el art. 132 LCQ en cuanto el legitimado pasivo no es la fallida sino sus administradores, que tramite ante el juzgado concursal por razones de conexidad y a los fines de evitar posibles sentencias contradictorias o que dupliquen los reclamos y se condene por los mismos hechos lo cual implicaría una violación al principio non bis in ídem con el consecuente escandalo jurídico que ocasionaría.

La justicia del fallo es inobjetable. Nos permite reflexionar sobre la tendencia jurisprudencia, en ámbito societario y concursal, particularmente de los jueces en no referirse al art. 99 LGS, existente desde 1972 incorporado como prevención de la infrapatrimonialización y de la viabilidad de la actividad societaria. La norma no fue referida ni por actor ni por demandado, y la judicatura hizo prolijos análisis integratorios, sin usar el principio *iura novit curia* con expresa referencia a la clara norma admonitoria del referido artículo.

§ 2.53. Responsabilidad por insolvencia o infrapatrimonialización y aplicación del art. 99 LGS.
Gabriela Fernanda Boquin - Efraín Hugo Richard página 410

Ponencia: Aspiramos a que la previsión del art. 99 LGS sea descubierta y actúe para evitar la inviabilidad de las sociedades y evite la clara apertura de acciones de responsabilidad.

Aclaremos como punto de partida que nos estamos refiriendo a situaciones de infrapatrimonialización diferenciándola de la pérdida de capital social, pues son conceptos diversos: una sociedad puede estar operando aparentemente con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –sólo si hay capital operativo suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente. Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores⁴¹⁵.

Es en esa oportunidad cuando, como consecuencia de la pérdida de un patrimonio adecuado que permita continuar con la actividad y distribuir utilidades, los accionistas pierden el interés de la gestión y vuelcan esa frustración sobre los acreedores, quienes buscarán el cobro de sus créditos ya no considerando la responsabilidad limitada que surge de la elección de un determinado tipo social, sino intentando buscar a los responsables de un actuar desaprensivo que los colocó en la situación de insatisfacción.

Esto lo denominamos “acreedores como inversores sin derechos”⁴¹⁶.

La insolvencia genera un agravamiento de la situación del estado de cesación de pagos y, por ende, también una mayor cuota de responsabilidad porque el sujeto deudor no incumplió, sino que ya no podrá pagar con medios propios dado que fue puesto en esa situación sin haberse prevenido de los daños que se generarían por esa falta de gestión.

El administrador que continúa la gestión de la sociedad en cesación de pagos, no adoptando las medidas conducentes para solucionarlo en lo interno y afectando a terceros, tiene un actuar doloso (que caracterizaba el art. 931 del Código Civil) y en el caso particular ello se califica por generar una apariencia de solvencia de la sociedad con bienes que él sostenía eran suyos, retirándolos poco tiempo antes de declararse la quiebra de la sociedad, pero después de varios años de operar en estado de cesación de pagos. El punto central vuelve a los aspectos de la tempestividad u oportunidad de la presentación en concurso y a la circunstancia de que una sociedad haya operado varios años en cesación de pagos, sin que se advierta el intento de corregir internamente la situación, lo que genera una operatoria antifuncional⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Efraín, Hugo Richard. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial”. Op. cit.

⁴¹⁶ Efraín, Hugo Richard. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial”. Op. cit.

⁴¹⁷ Efraín, Hugo Richard: “El que daña repara (en torno a un disuasivo fallo de un juez concursal de Córdoba)”, enero-febrero 2006. RCyO N.º 216, p. 188.

El sistema argentino regula acciones típicamente concursales contra administradores sociales en el art. 173 de la ley 24.522. Esta consiste en un reproche de carácter subjetivo por conductas dolosas por haber permitido facilitado agravado o provocado el estado de cesación de pagos de la deudora

Por otro lado, considera la posibilidad de ejercer acciones societarias en la quiebra.

Habitualmente estas últimas son fundadas en las previsiones del artículo 274 de la ley 19550 que establece responsabilidad por daños generados por dolo o culpa grave o abuso de facultades por actuación que infringe el patrón de conducta establecido en el art. 59 LGS (deber de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios), por violación a la ley, estatuto o reglamento la responsabilidad es frente a los accionistas, la sociedad o terceros

Pero en general, por no decir siempre, se olvida el uso de una norma societaria clave en casos de infrapatrimonialización societaria como es el art. 99 LGS, reforzada por artículo 167 del Código Civil y Comercial. La convergencia de ambas normas resulta necesaria pues tienen carácter imperativo (cuestión respecto de lo cual no hay dudas en la jurisprudencia y posiciones doctrinarias), y la societaria posee una redacción defectuosa que habilita la integración con su correlato en el código de fondo es decir el artículo 167 CCC, para así despejar dudas y aplicarla en la práctica sacándola del ostracismo a la que fue sometida en medio siglo de existencia.

De ambas normas surge una responsabilidad por deudas ex lege para administradores y socios que han permitido la infrapatrimonialización no generando medidas de subsanación de la misma.

Los administradores se encuentran obligados a comunicar la causal de disolución para lograr una respuesta efectiva de los socios respecto de la situación, quienes a su vez tienen que decidir como sanearla o liquidarla.

Considerada esta integración se debe acudir a otras normas indisponible del Código Civil y Comercial de la Nación, como lo son los arts. 1757 y 1758 que regulan la responsabilidad por actividad riesgosa.

La actividad de la sociedad infrapatrimonializada es una actividad riesgosa por la traslación que hacen administradores y socios de su propio riesgo –y obligación esencial prevista en art. 1° LGS- a los terceros siendo éstas las circunstancias de realización de su actividad que implica un parámetro objetivo de atribución de responsabilidad

El concepto de actividad da la idea de acción de una organización o de una acción organizada considerando la Real Academia Española como conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad.

Una actividad es riesgosa cuando el riesgo que genera no es circunstancial⁴¹⁸ creando una probabilidad objetiva de generar un daño. La actividad de una sociedad infrapatrimonializada no nació riesgosa en sí misma para terceros, sino que llevada a cabo en las circunstancias de violación de lo impuesto por la manda del artículo 99 LGS y del 167 CCCN genera un riesgo que para ser imputable requiere de la existencia del daño al tercero, es decir de la obligación impaga o incumplida que no se verá satisfecha por ausencia de activos que la sufraguen. Por supuesto que será necesaria la prueba de la relación de causalidad por parte de quien alega daño, pero probada esta, las causales de exoneración de responsabilidad serán las previstas en el CCCN. Así se eximirá de responsabilidad al socio o administrador por causa ajena o caso fortuito o se excluirá la antijuridicidad por la conformidad o consentimiento de la víctima o dañado es decir el acreedor conforme las previsiones

⁴¹⁸ Pizarro La responsabilidad civil por actividad riesgosa LL 1989 página 936

del artículo 1720 CCC aclarando que para que esta sea válida será necesaria la adecuada información del damnificado. En este sentido puede traducirse que la conformidad brindada a una propuesta concordatario libera de responsabilidad por los daños ocasionado por la infrapatrimonialización del ente siempre que haya existido una adecuada información de la situación a la que es sometido y por la cual libera de responsabilidad. Por el contrario, aquel acreedor que es dañado por una propuesta lesiva no habiendo brindado consentimiento para la misma no libera al socio o administrador de esa responsabilidad.

La objetividad o cuasi objetividad no es novedosa en el derecho comparado⁴¹⁹ y aun en los Tribunales⁴²⁰ extranjeros respecto de los administradores sociales que responden ex lege por incumplimiento de la manda de atender alertas tempranas de infrapatrimonialización.

Pero a pesar de ello, sin lugar a dudas no quiere ser considerada por la doctrina que mayoritariamente escapa a esta calificación sin tener en cuenta que el CCCN ha venido a introducirla en ámbitos que hasta el momento nuestra legislación no lo había hecho

Sólo echando una mirada a los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación expuestos por la Comisión redactora nos daremos cuenta y entenderemos hasta qué punto la convergencia es el nuevo paradigma y la responsabilidad objetiva ha abierto su cauce para contemplar muchas más situaciones que las que estábamos acostumbrados a asimilar dentro de este concepto.

Así respecto de la extensión de responsabilidad se ha pronunciado considerando que: *Es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta, excepto en la medida en que en determinados supuestos la ley lo determine. Esta ley puede tanto ser la ley especial como la ley general de concursos y quiebras. Además, en el Código se contemplan otros casos de desplazamiento del principio general, a fin de tutelar situaciones especiales como las de ciertas clases de acreedores involuntarios o manifiestamente desprovistos de cualquier poder negocial que les hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías. Con ello debe preverse la posibilidad de sancionar en el plano patrimonial conductas de indebida traslación del riesgo empresarial a terceros “débiles” o que, por las circunstancias mismas del nacimiento de su derecho, no han contado con posibilidades previas de defenderse⁴²¹.*

Y sobre la responsabilidad objetiva por actividad riesgosa se pronunció⁴²²: *Una de las discusiones en este tema giró alrededor del posible impacto que esta norma de cierre del sistema podría tener sobre la aplicación analógica de un factor objetivo de atribución. Si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica*

⁴¹⁹ Art. 367 Real Decreto legislativo de 2 de julio del 2010 por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de sociedades de Capital modificado en el año 2022

⁴²⁰ STS 1721/ 2023 Numero de resolución 586/2023 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f978881b7732b95a0a8778d75e36f0d/20230508> Tribunal Supremo sede Madrid Sala civil 21 de abril 2023 que emitió sentencia de Casación ante situación de déficit patrimonial o desbalance patrimonial considerando la evolución en el derecho español de la responsabilidad de los administradores objetiva o cuasi objetiva justificando la misma por el riesgo generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago.

⁴²¹ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 1ra. edición - Agosto 2012 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Ed. por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal pagina 551

⁴²² Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 1ra. edición - Agosto 2012 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Ed. por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal pagina 682

definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma. En cambio, cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. En este sentido, es conveniente proyectar una norma que consagre la culpa como factor de atribución residual.

Finalmente diremos que todo lo expuesto y las conclusiones arribadas son consecuencia de una teoría de la responsabilidad de las relaciones de organización personificada⁴²³ que debe ser atendida por su especialidad con consideraciones específicas, teniendo en cuenta que la soportación de las pérdidas por parte de los socios es un elemento constituyente y justificante de la existencia de una sociedad y del reconocimiento del principio de personalidad diferenciada que les permite limitar a los socios la responsabilidad frente a terceros siempre que se cumplan con las normas imperativas que las regulan.⁴²⁴

Constatamos diariamente la existencia de un tratamiento jurisprudencial de las acciones de responsabilidad y las diversas interpretaciones al respecto, apreciando que en pocos casos se trata de forma convergente o integral a todo el plexo normativo (acciones concursales, societarias y fundadas en norma de derecho común), realizándose aplicaciones aisladas muchas veces erróneas que no conducen a la verdadera finalidad de las mismas cual es la recomposición del activo del deudor a través de vías reparatorias, como lo son las acciones de responsabilidad,

Los fallos que ignoran la existencia de normas imperativas como el artículo 99 LGS o el 167 CCCN a pesar de encontrarse configurada las situaciones previstas en la normativa, y la ausencia de planteos adecuados por parte de los reclamantes para que se haga aplicación de la aquella, generando la irresponsabilidad absoluta ante la existencia de un daño a los terceros.

La infrapatrimonialización es un fenómeno que debe ser evitado y corregido apenas percibido, antes que se instale, teniendo en cuenta que no es el resultado de un ejercicio contable, ni una simple ecuación aritmética que establece que el activo es inferior al pasivo en un balance de cierre de ejercicio, ya que será necesario considerar los valores reales de los bienes que componen al primero y las proyecciones futuras de los negocios pretendidos o en trance, teniéndose para ello en cuenta todo lo que surja de la Memoria, elemento de prueba que resulta de fundamental importancia a los fines de considerar la existencia de la situación que convierte a los acreedores como inversores sin derecho y determinando la frontera al beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Para determinar la responsabilidad de administradores y socios ante terceros será necesario la convergencia de acciones, lo cual implica generar una situación o lugar donde ocurre una unión de varias normas: las imperativas de la LGS y del CCCN.

Razones de índole legal y práctica imponen esa necesaria convergencia normativa, sustentándose las primeras en el art. 2 CCCN que exige el diálogo de fuentes y la interpretación integrada de todo el ordenamiento jurídico, sumándose a ello las prelación normativa previstas en los artículos 150 y 1709 del mismo ordenamiento que también así lo demandan.

⁴²³ Término acuñado por los Doctores cordobeses Muiño y Richard. Ver en este sentido Richard, Efraín Hugo "Relaciones de organización y derecho privado patrimonial negocial". Volumen 3 Estudios de derecho empresario 2014 <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/8809> y Muiño Orlando Manuel Revista IN IURE, Año 6. Vol. 1. La Rioja (Argentina) 2016. "Apostillas en torno a la conceptualización de las relaciones jurídicas de la organización." pp. 11-46.

⁴²⁴ BOQUIN, Gabriela F. *Responsabilidad de socios y administradore* Ed. Dyd, Buenos Aires, 2014, con prólogo de E.H.-Richard.

¿Quién puede dudar que la norma del art. 99 LGS no debe ser complementada por la más clara redacción del art. 167 CCCN? A más de 51 años de su sanción no existen casi precedentes que usen dicha norma societaria ante el acaecimiento en los casos concretos de los presupuestos en ella previstos, no lográndose acuerdo en la doctrina a la fecha acerca del alcance de la frase “sin perjuicio de la responsabilidad de estos” al considerar la de los socios diferenciándola o asimilándola a la de los administradores.

En este punto cabe destacar que mientras la legislación comparada solo atribuye responsabilidad al administrador por omisión en el actuar instalada la infrapatrimonialización del ente, la ley argentina también la atribuye al verdadero dueño del negocio, el socio controlante, que es quien en definitiva se aprovecha de la traslación del riesgo a los terceros acreedores de la sociedad.

§ 2.59. Una nueva mirada sobre los requisitos para solicitar el concurso de una sociedad. Efraín Hugo Richard - Florencia Corrado página 447

Sumario: Ha sido una posición clásica el exigir el cumplimiento de todos los requisitos para abrir el concurso de una sociedad, inclusive dando plazo perentorio para completarlos, pese a la declaración de cesación de pagos, en la inteligencia de proteger a los acreedores. Alguna flexibilización es admisible –como en el caso Vicentin- y nosotros queremos aportar un nuevo punto de vista sobre lo que no se habla: la responsabilidad de administradores (de hecho y de derecho) y de los socios de control.

1. Recordamos de los años 80 el caso Bodegas Filippini, tramitando en Mendoza y la Corte Suprema que, al no abrir el concurso por el incumplimiento de los requisitos formales, la sociedad transitó por concursos y quiebras 12 años, para terminar en su apertura con nulidad de lo actuado.

2. Luego hemos visto una flexibilización, en la inteligencia que una vez abierto el concurso de una sociedad, Juez y Síndico podían recabar esa información, para tratar de equilibrar la llamada “información asimétrica”, inclusive disponiendo la intervención de la sociedad.

3. En esa misma línea intentamos acercar nuevas pautas, entroncadas en una visión actualizada de la conservación de la empresa viable y del interés de todos los interesados.

4. Es claro que hoy campea la homologación de acuerdos con quitas y esperas que transfieren las pérdidas de los socios a los acreedores, y que los jueces se limitan a referirse al abuso de derecho y nunca al fraude a la ley –ambos condicionantes de la homologación en el art. 52.4 ley 24522.

5. Afirmamos que la confesión de estar en cesación de pagos se enrola en lo que hoy denominados atender a las alertas tempranas, y la oportuna apertura del concurso parece natural a una buena administración, evitando la infrapatrimonialización y la responsabilidad solidaria e ilimitada de administradores y socios de control, conforme lo dispuesto por el art. 150 CCC y arts. 94.4, 94.5, 96 y 99 LGS y 167 in fine CCC, normas imperativas tendientes a asegurar que las pérdidas son a cargo de los socios (esencialidad art. 1 LGS) y que trasladarlas con quitas a los acreedores es tratar a éstos como socios sin derecho.

7. La apertura del concurso de la sociedad, ante la mera invocación de la cesación de pagos –que implica una mera inexistencia temporal de activos corrientes- permitiría afrontar la viabilidad de la sociedad con planes coherentes, inclusive invitando a los acreedores a participar la aventura en común, capitalizando sus deudas con primas de emisión para mantener equivalencias –equity-.

8. Con esta interpretación no sólo buscamos la actuación tempestiva de la administración, evitando la infrapatrimonialización y la inviabilidad de la empresa, sino también evitando que ante ello nazca la responsabilidad del poco utilizado art. 99 LGS, norma imperativa que rige desde el año 1972 para afrontar la crisis de sociedades.

DESARROLLO

La justicia ha rechazado la apertura de los concursos preventivos utilizando todo tipo de argumentos cuando en realidad es un paraguas de protección no solo para el deudor que frena las ejecuciones, sino también para los acreedores más débiles que podrían concurrir junto con los demás acreedores bajo iguales condiciones amparados por el principio de *la par conditio creditorum* y con la vigilancia del síndico y la protección del juez.

Los argumentos de los rechazos fueron:

- CNCom Sala D, Expte. 12515/2021 Sudamet Automotriz S.A. S/ Concurso Preventivo. Rechaza apertura de concurso por incumplimiento de recaudos del art 11. La sociedad se presenta por segunda vez requiriendo su concurso preventivo porque consideró que la elaboración y aprobación del balance general, luego del rechazo del primer pedido de concursamiento, permitiría exponer claramente la situación de la empresa y la composición de su patrimonio, pero nuevamente omite toda aclaración relativa al destino de los fondos entregados por sus clientes como anticipo para la adquisición de los automóviles. Intentan justificarlo en el nuevo balance como egresos en concepto de “gastos de administración” y “gastos de comercialización”. Se convoca una asamblea extraordinaria y resuelven aprobar retroactivamente el pago de los importes consignados en el balance correspondiente al ejercicio anterior, por la suma de \$ 149.112.066, en concepto de “honorarios del directorio” intentando explicar el exceso a los límites prefijados en el art. 261 de la ley 19.550. La cámara si bien ha considerado aceptable cierto grado de flexibilidad a la hora de evaluar si se hallan cumplidos los recaudos del art 11 LCQ entiende que, en este caso, implicaría llegar al extremo de desnaturalizarlos. Hay un problema de insuficiencia de la explicación de las causas concretas de la situación patrimonial que lleva al deudor a la cesación de pagos. Considera grave esta omisión que impediría a los acreedores obtener la información suficiente para la toma de decisiones para aceptar o rechazar la propuesta concordataria. Por eso le deniega nuevamente la apertura del concurso.⁴²⁵

- CNCom Sala D. Expte. 16035/2017/CA1 Zaccardi, Raúl Alberto y Zaccardi Raúl Armando Soc. de hecho s/ Concurso Preventivo. Rechaza la solicitud de apertura de concurso preventivo si no se justifican los motivos que impiden formar los legajos de los acreedores o aportar la información relativa a los activos⁴²⁶

- Segundo Juzgado De Procesos Concursales - Primera Circunscripción de Mendoza, Cuij: 13-03602635-3((011902-4351893)) Canadela Ariel Horacio P/ Concurso Pequeño. Rechaza la apertura por incumplimiento de los recaudos del art.11 porque no cumple con la intimación de acompañar el último bono de sueldo y no aclara si la información resultante de un sello corresponde a un acreedor no denunciado. El juez muestra ser rígido y manifiesta que *“El cumplimiento acabado de los requisitos se impone como condición de admisibilidad del concurso. ... La LCQ no prevé la posibilidad de que el juez emplace al concursado a los fines que dé cumplimiento adecuado al art. 11 LCQ;”, pero la ley tampoco lo impide y lo que no esta prohibido está permitido (Art.19 CN)*⁴²⁷

- CNCom Sala F Timuka SACI s/ concurso preventivo. Se rechaza el pedido de concurso por el incumplimiento del deudor de los requisitos formales que la ley de fondo prevé, fundamentalmente no acompañar la documentación correspondiente a la totalidad de los acreedores denunciados, a fin de reafirmar la realidad de las deudas y de ese modo evitar la presencia de acreedores ficticios que pudieran eventualmente conformar mayorías inexistentes.⁴²⁸

Lo que debe tenerse en cuenta que la petición en sí misma no puede considerarse fraudulenta, porque:

⁴²⁵ https://www.consejo.org.ar/storage/attachments/RECOPIACION_DE_FALLOS_162.pdf-PNQJrLrVpl.pdf

⁴²⁶ <https://abogados.com.ar/corresponde-rechazar-la-solicitud-de-apertura-de-concurso-preventivo-si-no-se-justifican-los-motivos-que-impiden-formar-los-legajos-de-los-acreedores-o-aportar-la-informacion-relativa-a-los-activos/20580>

⁴²⁷ <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=5405478249>

⁴²⁸ <https://apunty.com/doc/rechazo-del-pedido-de-concurso-por-el>

- hay información que puede ser reunida por la sindicatura en virtud de las facultades que le otorga el art.33 LCQ,
- incluso el juez designar un interventor y no debe realizar un análisis de la información contable cuando excede su incumbencia, y
- si el deudor intentara iniciar el proceso en una jurisdicción diferente para evitar la concurrencia de ciertos acreedores, en primer lugar, el a quo por Art.3 LCQ debería declinar su competencia y remitir al juez competente, sin perjuicio que hoy con la verificación no presencial⁴²⁹ a la que se acudió tras la pandemia, este escollo quedó resuelto. Incluso muchas de las sociedades con domicilio legal en CABA realizan su actividad económica en otras provincias del país y sin embargo la apertura de su concurso es legal, pero podría resultar abusiva si el objetivo es evitar las acciones de sus acreedores y perjudicarlos. El Art. 10 del CCCN establece que existe “*Abuso del derecho. ...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres...*”

En la causa “COIMEXPOR ARGENTINA S.A. s/ CONCURSO PREVENTIVO” Expte: 6265/2009/6/CA1, tras el dictamen de la fiscal de Cámara, en fecha 12-7-24 el JNCom.20 Sec 39 declaró la nulidad de la apertura del concurso porque entendió que el juez no resultaba competente porque no terminaron los trámites de inscripción en IGJ del nuevo domicilio legal y durante el concurso se autorizaron dos ventas de inmuebles a los socios a precio vil. ¿Cabría preguntarse dónde estaba el juez que se declaró competente y autorizó dichas ventas? Por estos motivos sentencia en 2024 que existió fraude a la ley en un concurso que se abrió en el año 2009, fue homologado y se encuentran abonados todos los acreedores con excepción del fisco que podría reclamarles a los directores de la sociedad por resultar responsables solidarios según la Ley de procedimiento tributario. Esta resolución se encuentra apelada, pero en 2017 la CNCom Sala C prejuzgo y ante la eventualidad de existencia de fraude dio intervención a la fiscalía por la denuncia de quien adujo ser socio mayoritario y que no habría dado conformidad a la presentación del concurso ni a la venta del inmueble. ¿Analizará la Cámara si el concurso produjo un daño y a quien se dañaría de confirmar la resolución?

*“El fraude a la ley, se produce cuando, en negocios jurídicos aparentemente lícitos, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente, denominada ley de cobertura, se persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa, denominada ley defraudada.”*⁴³⁰

Como fue el lema del último Congreso Societario que se llevó a cabo en la ciudad de Córdoba - Libertad bajo responsabilidad- debe atenderse el principio general del derecho de no dañar, y si ocurriera debe responderse y repararse en forma plena. Ahora bien, si no existe daño, los jueces no deberían interferir con un exceso de rigorismo formal.

Entendemos que la confesión del estado de cesación de pagos en principio sería suficiente y podría entenderse como una respuesta del órgano de administración ante la presencia de alertas tempranas y evitando futuras responsabilidades. Existen diversas cuestiones que pueden considerarse como alertas tempranas:

⁴²⁹ Florencia Corrado, “La era de la verificación no presencial”. 28-9-20. Errepar. Cita digital: EOLDC102338A

⁴³⁰ (Conf. Ferreirós-Olavarría- López Palomero, Vaquez; “El fraude y sus consecuencias jurídicas”, Ed La Rocca, Buenos Aires, 2007)

1. Caída de ventas, pérdida de clientes, aumento de la competencia sin lograr reinventarse, incremento de los costos sin poder elevar los precios.
2. Falta de liquidez habitual.
3. Falta de información financiera y endeudamiento a tasas usurarias sin existir otras alternativas de financiamiento
4. Imposibilidad de análisis de flujo de fondos futuros ante la existencia de un mercado volátil.
5. Crecimiento de conflictos internos y mal clima laboral, no tener un protocolo de familia para evitar discusiones.
6. Imposibilidad de inversión en nuevas tecnologías, no realizar estudios de mercado para ver los cambios de gustos del consumidor.
7. Incremento de juicios y planes de pago de los fiscos.⁴³¹

Pero para reflejarlo en números podemos hablar de la inexistencia temporal del activo corriente, lo que pone en riesgo a la empresa, pero aún con posibilidades de recuperarse.

Por lo expuesto, no sirve para los intereses de la sociedad denegar la petición oportuna del concurso. Claramente debe verificarse que no resulte ni prematura ni tardía como lo prevé la normativa concursal peruana e incluso, el juez como director del proceso, podría exigir un plan de reestructuración como establece la legislación colombiana.⁴³²

Esta petición oportuna, fijaría como límites mínimos la inexistencia temporal de activos corrientes para hacer frente a las deudas exigibles y como límite máximo el valor del Patrimonio Neto de la empresa. Esto resulta muy fácil de acreditar con la certificación de contador exigida por el art. 11 inc. 3 LCQ con más un análisis de ratios, principalmente el índice de liquidez.

El activo corriente son los derechos, bienes, recursos que tiene la empresa que pueden transformarse en efectivo dentro del año para hacer frente a sus deudas.

Los administradores y socios deben intentar salvar la empresa ante la existencia de alertas tempranas y si lo hicieran en forma tardía resultaría imposible su recuperación y serían pasibles de responsabilidad. Como se dice en la justicia “a confesión de parte, relevo de prueba”, por lo que confesar el estado de cesación de pagos acompañado de la certificación contable ya exigida por la norma, complementada con un análisis de ratios y un plan de reestructuración no le da lugar al juez a denegar la apertura a sabiendas que el principio que debe regir por el bien de la sociedad es el de la conservación de la empresa y las fuentes de trabajo.

Para Rivera, “*el estado de cesación de pagos constituye el presupuesto objetivo para la apertura del concurso preventivo (art. 1, ley 24.522), y éste puede conceptualizarse como el estado patrimonial generalizado y permanente que refleja la imposibilidad de un sujeto de pagar, de manera regular, obligaciones exigibles, cualquiera sea su naturaleza y las causas que las generen.*”⁴³³

El concepto ha ido evolucionando y flexibilizándose, acercándose a la teoría amplia. “*Al flexibilizarse la interpretación del concepto a través de la doctrina y jurisprudencia, en la actualidad*

⁴³¹Florencia Corrado, Cierre del XV Congreso Argentino De Derecho Societario Y El Xi Congreso Iberoamericano De Derecho Societario Y De La Empresa, “Como evitar las empresas desmanteladas”. <https://www.youtube.com/watch?v=JgNUiXaNTY>

⁴³² <https://www.ladfi.com/post/gu%C3%ADa-completa-de-reorganizaci%C3%B3n-empresarial-en-colombia>

⁴³³ Rivera J. , 2003, págs. 179, Tomo I

pueden utilizarse los procesos concursales como herramienta para aquellas empresas que se encuentren tanto en dificultades económicas como en dificultades financieras... Se puede definir como estado de impotencia para satisfacer, con medio regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatas exigibles (exigibles o pasivos corrientes)”⁴³⁴

En la causa HCA S.A.U. s/ CONCURSO PREVENTIVO Expte. 14780/2021 donde intervino la CNCom Sala C, se homologa un concurso declarando la conclusión provisoria y el mantenimiento de las inhibiciones, donde está siendo discutida la existencia de cesación de pagos y existe una denuncia penal. El juez, en fecha 16-3-23 dispuso que la posible declaración de cumplimiento del acuerdo “*sería eventualmente decidida frente a la culminación de las investigaciones llevadas adelante en sede penal y en esta sede mercantil respecto de la legalidad del procedimiento y la conducta de la concursada*”. La fiscal opinó que la resolución homologatoria debía ser revocada (23-11-23) “*en tanto correspondió analizar en autos si el concurso tramitó careciendo del requisito sustancial y objetivo de este tipo de proceso universal como es la cesación de pagos y/o si existió fraude a la ley y/o en el caso, solvencia sobreviniente, con las consecuencias que ello conllevaría*”, pero la realidad de los hechos es que el concurso está cumplido en su totalidad según opinión de la sindicatura del 5-10-23 que ratifica el informe del 29-9-23, escrito agregado a fs.11243/4. Cuando culminen las actuaciones del incidente nro. 24 se elevarán las actuaciones a fin de resolver los planteos. Ahora cabría preguntarse con qué fin la sala se atrevería a declarar la nulidad del concurso por inexistencia del presupuesto objetivo ahora que está homologado y cumplido en su totalidad. ¿Qué daño intentaría reparar con su sentencia?

El exceso de rigorismo formal puede ser perjudicial para la sociedad y apartarse del concepto de justicia. Deben cumplirse los requisitos subjetivos, objetivos y formales, pero dentro de las posibilidades del sujeto y con el objetivo de evitar un mal mayor. No debería impedirse a los administradores de la fallida intentar salvar la empresa y evitar las responsabilidades que le pueden caber de agravarse la crisis, llegar a una infrapatrimonialización y no proceder a su disolución (Art.99 LGS).

CONCLUSIÓN

Nuestra legislación sirve como está, pero los jueces deben realizar una interpretación armónica de las normas, flexibilizar la interpretación del concepto de cesación de pagos y la exigencia de otros requisitos formales que pueden suplirse, permitiendo la apertura oportuna del concurso que fue peticionada, ante la advertencia de alertas tempranas, a fin de evitar las responsabilidades que se le podrían imputar a los administradores y socios de control por no proceder a la liquidación de la sociedad por aplicación del Art.99 LGS.

434

<https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/548828/Cocconi%2C%20M.%20B.%20%282022%29.%20Determinaci%C3%B3n%20de%20la%20cesaci%C3%B3n%20de%20pagos..pdf?sequence=1&isAllowed=y>

§ 2.67. Independencia y convergencia de las acciones de responsabilidad societarias en los procesos concursales. Gabriela Fernanda Boquin - Efraín Hugo Richard página 493

Ponencia: Las acciones de responsabilidad societarias reguladas por el art. 99 LGS ante la crisis de la sociedad, pueden ejercitarse por el damnificado contra administradores y socios con poder de decisión ya sea en el proceso concursal reclamando el daño a la sociedad o como acción individual. A su vez en caso de quiebra la legitimación que nace de las conductas antijurídicas reconocidas en el art. 99 LGS pueden iniciarse también por el Síndico, quien podría ejercer las del art. 174 LCQ, ligadas al art. 120 LCQ +y las propiamente societarias conforme lo dispone el art 175 LCQ y 278 LGS. Las acciones societarias no están sujetas a autorización de los acreedores requerida por el art. 120 LCQ.

FUNDAMENTOS

La insolvencia no es inocua al momento de evaluar la responsabilidad de los administradores sociales y socios con poder de decisión (art. 167 CCCN), pues es claro que no pueden encontrarse en mejor situación aquellos que administraron una sociedad insolvente como si fuese solvente que quienes lo hicieron respecto de una que se encontraba *in bonis*, en cuyo caso nadie desconoce la posibilidad de accionar por la vía otorgada por el art. 279 LGS.⁴³⁵

Hemos dicho en otra oportunidad que “Debemos convenir que la aplicación del derecho concursal no sustituye el resto del sistema jurídico, salvo impedir la agresión inmediata al patrimonio concursado” y, citando a Siegbert Rippe: “El desarrollo requiere un conjunto de normas jurídicas que bajo criterios unitarios, comunes y generales conciban, oriente, promuevan y regulen dicho desarrollo en el contexto de una política definida para tales fines”⁴³⁶.

En este sentido, el decreto de quiebra, en el concurso de una sociedad, opera como un verdadero disparador de acciones de responsabilidad que beneficiarán a la masa de acreedores en su conjunto, y converge en el proceso la posibilidad de analizar el tema desde distintos aspectos y con diferentes normas de nuestro ordenamiento, pero que también pueden ser ejercidas individualmente por los dañados.

Ello es así, pues aún en quiebra se conserva la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad contra administradores sociales en base al art. 279 de la LGS, dado que esta legitimación la conserva el acreedor individual que deberá depositar lo obtenido en la masa activa falencial a los fines de no afectar la *par condicio creditorum*, cuando el daño se genera por el mal desempeño del administrador social, y en el uso abusivo de la sociedad que, por ejemplo, siguió operando a pesar de encontrarse ya inmersa en estado de cesación de pagos y generando nuevos pasivos que sabe o debe saber ya no serán satisfechos.

Asimismo, también se podrán ejercer acciones fundadas en los artículos 1708 y 1716 del CCCN imputándose conductas que siendo antijurídicas, conforme los cánones de conducta exigibles a los

⁴³⁵ Boquin, Gabriela F. “ Responsabilidad de socios y administradores frente a la infrapatrimonialización” editorial DyD Marzo 2024 página 117

⁴³⁶ Richard, Efraín Hugo. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial”. 2014. Edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo, p. 415. Publicado en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*. AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, con cita de Siegbert RIPPE, “La función de la empresa en el desarrollo económico y social” en libro colectivo *Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, directoras Llaura Filippi – María Laura Juárez. 2001 Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, tomo I pág. 59.

administradores, han causado un daño susceptible de apreciación pecuniaria ya sea directamente sobre los bienes, bajo el dominio o precisión de la víctima del daño, o indirectamente a sus derechos o facultades, dependiendo del alcance del resarcimiento a los daños inmediatos si se ha obrado con culpa o negligencia, y aun a los mediatos si la conducta delictual ha sido dolosa.

Pero lo que es más importante es que en caso de infrapatrimonialización se conserva la posibilidad de accionar, a pesar del trámite del proceso concursal, por vía de la acción del art. 99 LGS.

Ello con variadas ventajas:

1. Posibilidad de ampliar el elenco de conductas reprochables más allá del elenco restringido del art. 173 de la LCQ.

2. Innecesidad del cumplimiento del recaudo de la autorización de los acreedores exigido en las acciones típicamente concursales (art. 119 y 174 LCQ), en virtud de que este es una exigencia excepcional para determinadas acciones especialmente contempladas en el régimen concursal, ya que para el resto de aquellas rige el principio contenido en el art. 182 del mismo régimen.

3. Ampliación de los elencos de sujetos pasivos sometidos al reclamo indemnizatorio, ya que en virtud de lo dispuesto por el art. 1081 CC se podrá llegar no solo a los autores, sino también a sus consejeros y cómplices en el actuar generador de perjuicios.

Como se observa, la convergencia de acciones o su concomitancia favorecen a la reparación integral del daño superando las limitadas normas contenidas en el régimen específico concursal, que claramente no agota la regulación de la problemática expuesta.

Entonces afirmamos que ante el decreto falencial, subsisten las acciones sociales, pero con un cambio en la legitimación activa con idénticos requisitos y presupuestos. Este es el caso de la acción social donde la perjudicada directa es la sociedad y no los acreedores, pero la reparación del perjuicio ocasionado le será directamente beneficioso a sus acreedores. Lo cual no les impide realizar un reclamo individual hasta obtener la reparación integral de su daño.

La normativa vigente claramente impone como requisito previo al inicio de las acciones típicamente concursales la autorización de la mayoría simple de acreedores quirografarios.

Pero la cuestión es diferente si se trata de acciones sociales que debemos integrar al proceso concursal pues como nos hemos referido en otro trabajo, en esa integración resulta un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias– son imperativas y/o de orden público⁴³⁷.

Ahora bien, considerando la naturaleza de las acciones preceptuadas en el artículo 175 LCQ al ser societarias, y por ende de naturaleza distinta a la regulada por el artículo 173, consideramos que no se requiere para su inicio la autorización de los acreedores concursales cuando dicha acción social fue votada por la asamblea de accionistas, o resulta proveniente de sentencia que declara la responsabilidad de los administradores (el supuesto puede constituir el caso normado por el art. 254 LGS), y menos aún para el caso en que la acción estuviese iniciada y el síndico decidiera hacerse parte coadyuvante. La remisión efectuada por la última parte del 176 solo lo es a los efectos pertinentes, y es claro que no se precisa la conformidad de ningún acreedor cuando la acción ya fue votada por los accionistas en asamblea. Pero debemos aclarar que dentro de estas acciones

⁴³⁷ Richard, Efrain Hugo. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya”. op. Cit.

societarias con posibilidad de ejercer en el marco de una quiebra se encuentran todas las previsionadas en la ley general de sociedades, muy especialmente las derivadas del art. 99 de la misma, original del año 1972.

Teniendo en cuenta, además, que la autorización para la acción de responsabilidad concursal y las acciones de ineficacia resulta de un régimen sumamente especial que no debe extenderse por analogía. En el caso de las acciones de responsabilidad propiamente concursales, el artículo 174 de la ley de concursos y quiebras, expresamente se pronuncia requiriendo la mentada autorización, requisito que no es reproducido en el artículo 175 y menos aún por el 278 comentado.

En este sentido, debe tenerse presente que el principio general que rige las acciones que debe y puede iniciar el síndico está contenido en el artículo 182 del régimen falencial, que no prevé conformidad alguna de los acreedores como recaudo esencial a los fines de su legitimación activa.

A lo expuesto se suman, como una expresión más que sirve para fundamentar la innecesaridad de la autorización, los casos en los cuales la acción social fue votada por la asamblea de accionistas, o resulta proveniente de una sentencia que declara la responsabilidad de los administradores (el supuesto puede constituir el caso normado por el art. 254 LGS), pues resultaría inverosímil que habiendo discurrido la asamblea o un juez sobre la posibilidad de su inicio, la mayoría de acreedores quirografarios pudiesen resolver algo en contrario.

Menos aún podría pensarse en requerir la mentada autorización en los casos en que la acción estuviese iniciada y el síndico decidiera hacerse parte coadyuvante, o en el caso de la acción del art. 99 LGS que por su especialidad e independencia queda fuera del régimen de recaudos procesales concursales.

La remisión efectuada por la última parte del 176 LGS solo lo es a los efectos pertinentes, tales como que el plazo de perención de instancia es de 6 meses o que la acción no está sometida a tributo previo, sin perjuicio del pago por quien resulte vencido, como la tasa considerada como gasto de conservación y justicia. Es claro, por ende, que no se precisa la conformidad de ningún acreedor.

La conformidad previa para iniciar acciones de integración y responsabilidad, incorporadas en la legislación falencial del año 1995 ha sido considerada restrictiva para los intereses de los acreedores, y no se ha analizado suficientemente la expresión “mayoría simple” que introduce el tercer párrafo del art. 119 LCQ, que sin duda corresponde a una teoría de las relaciones de organización aún en desarrollo en nuestro país.

Justamente con la visión que dejamos expuesta intentamos insistir en la construcción de un sistema de las relaciones de organización personificada –como es la sociedad-, del tratamiento de sus crisis y de una teoría general de la responsabilidad de administradores y socios.

§ 2.68. La responsabilidad de administradores en la infrapatrimonialización societaria. Efraín Hugo Richard – Juan Carlos Veiga página 508

Aprovechamos un reciente fallo de la Justicia de Tucumán que en una quiebra admitió la acción de responsabilidad contra los administradores fundada en el art. 173 LCQ (por haber afectado la consistencia patrimonial eliminando las expectativas de generar recursos), para formalizar esta comunicación, reiterando nuestra posición advirtiendo que la solución corresponde también a la que contiene la Ley General de Sociedades (LGS) desde 1972.⁴³⁸

LA CUESTION DE LAS PÉRDIDAS Y DE LA INFRAPATRIMONIALIZACIÓN.

Venimos advirtiendo que la práctica concursalista y la jurisprudencia, sin dejar de exteriorizar una eticidad, tiende a refugiarse en las normas de la LCQ para atender el daño causado por administradores, en este caso, y también los socios de control.

En el marco de la quiebra de Agomet S.A. el síndico inicia acción de responsabilidad concursal contra sus administradores y socios, conforme art. 173 LCQ, sosteniendo que por su obrar doloso el patrimonio disminuyó considerablemente, y las expectativas de generar recursos desaparecieron, por lo que habría sido declarada en quiebra, señalándose que al cerrar el segundo ejercicio, el 31/12/99, ya tenía un pasivo impagable de \$53.918,52, producto de un primer contrato de arriendo y, sin embargo, celebraron otro por un año más, agravando su estado de insolvencia y comenzaron a realizar maniobras fraudulentas, tales como: a) venta de bienes de la quiebra de Rusco Hnos. S.A.; b) libramiento de cheques sin fondos y con cuentas cerradas; c) retiro de bienes de cambio aún luego del arriendo finalizado; d) liquidación de supuestas erogaciones por mejoras pretendiendo cancelar cánones insolutos; e) deudas impositivas y previsionales no declaradas. El **Juzgado de primera instancia** hizo lugar a la demanda de responsabilidad concursal instaurada por la parte actora y, en consecuencia, condenó a Oscar Nicolás Agostini y a Susana Blanca Agostini, a cancelar el pasivo verificado en la quiebra de Agomet SRL hasta su íntegro pago, con más intereses en la forma que considera. Se aludió al dolo eventual como factor de atribución. La **Cámara Civil y Comercial** confirma y, por las mismas razones de primera instancia, extiende responsabilidad a otro co-demandado Carlos Daniel Agostini como apoderado general e la sociedad manifestando que si bien no suscribió los actos considerados jurídicamente relevantes a los efectos de atribuir responsabilidad a los administradores, ha facilitado como factor coadyuvante y en pleno ejercicio de su condición de apoderado general con amplias facultades de disposición y administración, el agravamiento patrimonial de la fallida.⁴³⁹

La **Corte Suprema de Justicia de la Provincia**, declara inadmisibile el recurso de casación, en razón de que las críticas a la sentencia giran en torno a consideraciones de hecho y prueba, ajenos a la materia casatoria. y el Voto del Dr. Daniel Leiva destaca que el factor de atribución de la acción de responsabilidad es el dolo directo y el eventual, que agravaron la situación patrimonial del deudor, con actos concretos tendientes a disminuir la responsabilidad patrimonial del deudor.

Este criterio ya se venía sosteniendo antes de la sanción del CCyCN, que lo ratifica.

EL CRITERIO INTEGRADOR DEL SISTEMA DE CRISIS SOCIETARIA

⁴³⁸ CSJT: AGOMET S.R.L. s/Quiebra.vs.Agostini Oscar Nicolás y otros s/Especiales . Sent.,1281, 09/10/23

⁴³⁹ Cámara Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala 1 .Sentencia 615 de 19/10/2023.

Las conductas antijurídicas sancionadas son las de producir, facilitar, permitir o agravar la situación patrimonial del deudor o su insolvencia.

La insolvencia o el agravamiento del estado de cesación de pagos es el resultado dañoso que hace nacer la responsabilidad y concretamente el daño se produce por la insatisfacción total de los acreedores.

Hace más de 10 años nos permitimos terciar en una línea jurisprudencial que omitía referirse a un sistema en el tratamiento de la crisis societaria. Lo hicimos en “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS)”.⁴⁴⁰ Si bien en el mismo nos centrábamos en el cuestionamiento de las quitas a los acreedores como forma de desnaturalizar la esencia de la relación societaria que es que los socios asuman las pérdidas, no dejamos de ver otras aristas. Así destacábamos que “Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley.”

Enfatizábamos que “La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LSA). ...La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de las sociedades comerciales viene siendo reclamada por un sector calificado de la doctrina española y argentina. Es difícil pensar en exigir un sistema concursal eficiente si los administradores de las sociedades en crisis no han adoptado las medidas preventivas que pongan en resguardo el medio técnico organizativo que la legislación societaria ha puesto a su alcance.”

El fallo que comentamos sanciona la conducta de administradores y socios que no solamente no han adoptado esas medidas preventivas, sino que con su actuar ilícito permite la insolvencia y provoca la infracapitalización patrimonial, en claro apartamiento a la normativa societaria.

Apuntábamos en el artículo antes citado “Cuando se exige que, en el informe general, en caso de sociedades, el síndico debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter estamos aludiendo a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal “aventura”? - No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas. - Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones que adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social,

⁴⁴⁰ Publicado en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

que genera la obligación de reintegrarlo. - Se trata, ni más ni menos, que el Síndico analice los balances y señale si la crisis era una mera cesación de pagos, por desbalance entre activos y pasivos corrientes, o si se había perdido el capital social, con patrimonio neto negativo. Y en este último supuesto si se convocó a los socios o estos tomaron conocimiento de ese estado patrimonial a fin de adoptar las soluciones previstas por el art. 96 LSC. En caso afirmativo el Síndico debería informar sobre los daños generados y las responsabilidades a tenor del art. 99 LSC.”.

Y no hay duda de que el Síndico en el concurso de Agomet S.A. lo hizo e inició la acción de responsabilidad, pero curiosamente él y ambas instancias omitieron la referencia a las normas societarias que hacen indubitable la responsabilidad ante la infrapatrimonialización, que hace a la inviabilidad de la actividad y cuando la conducta de los socios y administradores claramente resultan responsables en los términos de los arts.96 y 99 de la LGS.

Vale la pena de la lectura del fallo del Tribunal Supremo de España –Sede Madrid-de 21 de Abril de 2023 que en sentencia de casación dictada ante la situación de déficit patrimonial o desbalance patrimonial, considerando la evolución en el derecho español de la responsabilidad de los administradores por el riesgo generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad, del cumplimiento de su obligación de pago.⁴⁴¹

MEDITANDO.

Estas reflexiones, están destinada a la meditación en torno a la infrapatrimonialización, la viabilidad de la actividad, la naturaleza de la sociedad y la atribución de acciones –o de omisiones- para evitar conductas dañosas, fundamentalmente las destinamos con efecto preventivo, para que nadie asuma responsabilidades por actuar tempestivamente frente al riesgo o alertas tempranas. Muchos las profundizarán y otros las cuestionarán, pero este es el método de construir un sistema jurídico y judicial más eficiente, particularmente respetando los criterios de equidad, justicia y esfuerzo compartido (*absolute equity rule*).

Y este es el rol de estos Congresos.

Como dijimos “El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, con pleno empleo, asegurando la inclusión social, evitando mayor marginación sin que signifique afectar la competitividad ni dañar el mercado. Parece fundamental tener presente que el derecho concursal excede la interpretación de la ley concursal. Esta visión limitada impide afrontar el desafío de un derecho concursal eficiente. Cualquier reforma que margine el sistema jurídico y se reduzca al proceso concursal carecerá de todo sentido. Y nuestro postulado es el de una visión integral del sistema jurídico. En materia de crisis societaria, aún en el caso de apertura de un concurso preventivo o de un acuerdo preventivo extrajudicial, no se puede prescindir de la aplicación de las normas imperativas de la ley societaria que fijan las obligaciones de administradores y socios para que un instrumento tan maravilloso de la organización, como es la constitución y funcionalidad de las sociedades, no se convierta en objeto riesgoso y peligroso como un automóvil a alta velocidad y sin conducción fiable”.

⁴⁴¹ STS 171/2023, Res. 586/2023

El Código Civil y Comercial con su art.150 y la Ley General de Sociedades con la reforma del art. 100, marcan un camino insoslayable para las sociedades: la necesidad de la viabilidad económica y social de la empresa, como resguardo.

§ 2.69. Repensando la cuestión de la infrapatrimonialización, y las responsabilidades del administrador que de ella deberían derivarse. Marcelo A. Camerini - Efrain Hugo Richard página 513

Ponencia: La causal de disolución por pérdida del capital social debe ser analizada, al margen del resultado contable, para determinar la existencia de patrimonio que permita la viabilidad de la sociedad, evitando de esa forma la posibilidad de acciones de responsabilidad.

Introducción:

Creemos conveniente comenzar esta ponencia, precisando el alcance de lo que denominamos infrapatrimonialización, que en nuestra visión consiste en el fenómeno que se advierte previo al concursamiento o al momento del concursamiento de empresas unipersonales o de la persona jurídica o en la quiebra de estas, como consecuencia de determinarse que su pasivo es mucho más importante cuantitativamente hablando que su activo.

Esta situación reviste un análisis particular en el caso de las personas jurídicas (privadas), por las distintas razones que desarrollaremos, en cuanto a sus alcances y responsabilidades para sus administradores, siendo de importancia señalar que esta situación, convierte a los acreedores como inversores sin derecho y determinando la frontera al beneficio de la limitación de la responsabilidad.

El art. 173 de la Ley N° 24.522 y sus mod. ("LCQ") establece las acciones concursales contra administradores sociales, en base a un reproche de carácter subjetivo por conductas dolosas por haber permitido facilitado agravado o provocado el estado de cesación de pagos de la deudora

Junto a ello, considera la posibilidad de ejercer acciones societarias en la quiebra, de conformidad con las previsiones del artículo 274 de la Ley N° 19550 y sus mod. ("LGS") que establece responsabilidad por daños generados por dolo o culpa grave o abuso de facultades por actuación en infracción al cartabón del art. 59 de la LGS.

Pero curiosamente destacamos que no se utiliza en casos de infrapatrimonialización societaria el art. 99 de la LGS, conjugado con el artículo 167 del Código Civil y Comercial de la Nación ("CCCN") a través del art. 150 de este cuerpo legal.

Así las cosas, nos preguntamos: ¿Es este todo el andamiaje legal que se puede aplicar a esta problemática?, la cual consideramos que se produce en muchos casos, que pasan sin sufrir el reproche que merecería, como lo prueba la escasa jurisprudencia en la materia, particularmente por no encarar la judicatura de la facultad-obligación prevista en el art. 52.4 LCQ "en ningún caso homologará una propuesta en abuso de derecho o fraude a la ley".

Desarrollo conceptual:

En la jurisprudencia y en la mayoría de la doctrina concursalista argentina se centra en diluir la responsabilidad de administradores y socios frente a la insolvencia de la sociedad, trasladando la pérdida a los acreedores con acuerdos con desmesuradas quitas y espera.

De esa manera se está eliminando, ahuyentando la financiación genuina de inversores locales y extranjeros, que podrían luego sufrir el efecto de esa práctica.

Nosotros, que analizamos la integración normativa para afrontar la crisis societaria y particularmente la infrapatrimonialización, a través de las normas imperativas, recalamos en la

responsabilidad solidaria entre administradores y socios de control que resulta de los arts. 99 LGS y 167 --in fine- de CCCN, conforme la normativa del art. 150 CCCN.

El socio mero inversor puede descansar tranquilo, habrá soportado la pérdida prevista en el art. 1 LGS, pero jamás podrá reclamársele el daño generado por haber perdurado en la actuación infrapatrimonializada de la sociedad.⁴⁴²

El art. 19 LGS sanciona con responsabilidad a todos los socios de una sociedad con objeto lícito y actividad ilícita, que debe ser manifiesta civil o penal, pero admitiendo que el socio de buena fe requiera se le releve de esa responsabilidad. Es el claro caso del socio mero financista de una sociedad con responsabilidad limitada.

Las normas de 1972 en orden a crisis de sociedades fueron bien pensadas y poco aplicadas, pero si bien apuntan en el art. 94 LGS a la pérdida total del capital social o a la imposibilidad sobreviniente (patrimonial económica o financiera, agregamos) de cumplimiento del capital social, bien hoy entendido constituyen -con las normas de contabilidad- alertas tempranas, que impone revisar los resultados contables que indican esa pérdida y, si en realidad, hay un patrimonio insuficiente para viabilizar la actividad prevista (arg. art. 100 LGS). Recién con esa constatación, que debe ser tempestiva, los administradores deberían asumir las opciones imperativas del art. 96 LGS, para evitar la responsabilidad ex lege prevista en el art. 99 LGS.

Por consiguiente, para las personas jurídicas, y particularmente para las societarias, existe un sistema de prevención de sus crisis, acotando el daño de una insuficiencia patrimonial, y ello es su concurso preventivo. Esto ya fue dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 20/10/2009 en el concurso de "Sociedad Comercial del Plata S.A.", señalando: "*El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores*".

El art. 52 ap. 4) de la LCQ que enfáticamente dispone "*En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley*", y en el caso de concurso de sociedades, se entenderá que la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social, y se lo ha perdido es en fraude a normas imperativas de la ley específica.

El bien jurídico a tutelar es la conservación de la empresa viable, y así desde la vigencia de la ley 24522, que originariamente generó una apariencia de permisibilidad en el monto de la quita y espera, apareció jurisprudencialmente la posibilidad de la tercera vía, que aún hoy permitiría que el juez llamara a los socios a reintegrar el capital social o capitalizar la sociedad.

Ante ese enfoque jurisprudencial la ley fue modificada primero, ante la decisión de no homologar, tratando de salvar la actividad, el empleo, los intereses de los *stakeholders*, el art. 48 LCQ, y luego permitiendo que la propia concursara terciara legalizando la propuesta. El caso Vicentin S.A. viene siendo un laboratorio donde se advierten ciertas conductas y los diferentes criterios judiciales para enmendarlas.

Ante la práctica concursalista de que los acreedores asuman las pérdidas (violando el art. 1° LGS, la "*absolute priority rule*") nuestra posición, desde largo tiempo pone la mirada en los criterios disuasorios del legislador del 72 y trata de generar la advertencia para que los administradores (y

⁴⁴² La Comisión de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales del Ministerio de Justicia del año 1992, que integraron Horacio Fargosi y Sergio Le Pera, introducía un nuevo tipo legal la "Sociedad por acciones Simplificada" donde estaba prohibida la mención del capital social, con acciones sin valor nominal, para imponer que año a año se determinara por Asamblea el patrimonio necesario para la continuación del giro y el eventual monto del dividendo.

los socios de control) actúen conforme la previsión legal sin que pueda imputárseles responsabilidad.

§ 3.24. La quiebra frente al acreedor vulnerable. Efraín Hugo Richard - Jorge Fernando Fushimi
página 169

Sumario: Una vez más, analizamos el tema de las personas en situaciones de vulnerabilidad con relación al fenómeno de la quiebra de las sociedades. Como hemos expresado con anterioridad, en los casos de las quiebras de personas humanas, la cuestión es en el sentido que apunta la doctrina mayoritaria o sea postergando a otros acreedores. Pero cuando se trata de concurso o quiebra de sociedades, la responsabilidad hacia las personas vulnerables debe ser asumida conforme las reglas de responsabilidad de las relaciones de organización personificadas en caso insuficiencia patrimonial de la sociedad concursada, o sea en caso de infrapatrimonialización por los socios que la integran, en particular si estos constituyen el grupo de control, o por los administradores sociales, que también podrían tener responsabilidad solidaria. Particularmente en los casos de quiebra, no es razonable que el costo de la vulnerabilidad recaiga sobre los demás acreedores. Hemos tratado la cuestión en el último Congreso concursal del año 2021⁴⁴³

1.NO TODOS LOS ACREEDORES VULNERABLES ENTRAN EN NUESTRAS HIPÓTESIS DE TRABAJO.

La problemática del acreedor vulnerable está limitada. La persona que es acreedora luego de la celebración de un acto voluntario lícito de naturaleza obligacional, De manera consciente (decimos, con discernimiento, intención y libertad) con la fallida, no puede luego pretender un rango superior que rompa la *pars conditio creditorum*, alegando su propia vulnerabilidad. Las hipótesis en las que mayoritariamente debemos conducirnos son aquellas en las que el acreedor vulnerable es acreedor involuntario, o bien ha sido puesto en la condición de acreedor, por el acaecimiento de una condición suspensiva a la que se subordinó el contrato: vgr. el asegurado de un seguro de salud, o el beneficiario de una obra social, de una mutual o de una sociedad de medicina prepaga. Tampoco es aplicable la problemática a un escenario en el que todos los acreedores son vulnerables, ya que el problema está generalizado y no cabe otra que aplicar la regla de la *pars conditio creditorum*.

En muchos casos la “vulnerabilidad” la genera la quita y espera que se impone por mayoría a los acreedores quirografarios, poniendo como vulnerables a los más viejos o con menor patrimonio para soportar la pérdida. Y esos supuestos los hemos afrontado desde la idea del fraude a la ley societaria por apartarse de las previsiones del art. 96 LGS.

2.IGUALDAD, IGUALITARISMO, EQUIDAD y PRIVILEGIO.

Es necesario hacer una distinción terminológica: el concepto de igualdad es el que surge de la Constitución Nacional. Se trata de una igualdad jurídica en derechos, obligaciones, garantías y dignidad de la persona humana. Dada la redacción del art. 16 CN, en términos contemporáneos hablaríamos de “no discriminación”, al establecer que no existen prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, fueros personales, ni títulos de nobleza. Refuerza el concepto manifestando que todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la

⁴⁴³ FUSHIMI, Jorge Fernando; RICHARD, Efraín Hugo: “Acreedores vulnerables o hipervulnerables de una sociedad concursada o en quiebra. ¿Problema de los acreedores o de los socios?”, en el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Bahía Blanca, en el Libro de Ponencias del Congreso, Derecho Concursal – Perspectivas Actuales, Tomo I, Instituciones y Principios Concursales, pág. 257, Ediciones DyD SRL, Bs. As. 2021. digital CDD 346.078; FUSHIMI, Jorge Fernando: Proceso concursal, vulnerabilidad e hipervulnerabilidad, ponencia al XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Bahía Blanca, en el Libro de Ponencias del Congreso, Derecho Concursal – Perspectivas Actuales, Tomo III, Instituciones concursales liquidativas, pág. 180, Ediciones DyD SRL, Bs. As. 2021. ISBN: 978-987-8353-50-0, Libro digital CDD 346.078.

idoneidad. Pero esta última expresión “sin otra condición que la idoneidad” ya reconoce que no todos somos iguales en término de “igualitarismo”. Si hay personas no idóneas, no podrán ser admisibles en los empleos. Vale decir: hay personas idóneas y personas no idóneas. Las no idóneas no podrán ser admisibles en los empleos. Pero más paradójico es aún, la frase que continúa: “La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. Si esto fuera real, todos deberíamos pagar la misma cantidad de impuestos, pero sabemos que no es así. Si aplicásemos un criterio “igualitarista” todos deberían pagar aritméticamente, la misma cantidad. Sin embargo, esa solución, no sería equitativa. Y es que, sobre el tema de la igualdad tributaria, también rige el art. 4 CN, que establece que los ciudadanos están obligados a solventar las contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General. Con lo que nos preguntamos: ¿igualdad o equidad? Reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que⁴⁴⁴ se “*debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión; hacer justicia no es sólo aplicar la ley como una tarea mecánica, sino que la misión del magistrado es arribar a la recta determinación de lo justo 'in concreto', conjugando los principios enunciados en la ley, con los elementos fácticos de las situaciones reales que se les presenten a resolver*”. Concretamente, en materia tributaria, ha complementado⁴⁴⁵: *las leyes impositivas deben ser interpretadas en forma tendiente a lograr la armonía de sus disposiciones con el principio superior igualitario y de equidad consagrado por el art. 28 de la Constitución Nacional, evitando criterios distintos y aun contradictorios en situaciones de evidente identidad*”, más aún: determinó⁴⁴⁶ que “*es contra la equidad imponer el gravamen de las cosas a uno solo de los litigantes en vez de distribuirlo según el grado de justicia que respectivamente hayan tenido*”. Igualdad y equidad, pues, están en el mismo rango, no siendo ésta última, ni más ni menos que la justicia aplicada al caso concreto, en el que dos sujetos no son iguales.

Es decir, todo el sistema jurídico argentino, está estructurado de modo tal que la persecución del valor ontológico justicia, se traduzca en soluciones equitativas en los casos en concreto, partiendo de que los sujetos son iguales en derechos, garantías y dignidades, pero no lo son en términos de realidad.

Y cuando hablamos de “igualitarismo” empleamos el sufijo –“ismo”, tal cual como lo prescribe la primera acepción de la Real Academia Española, es decir: *Forma sustantivos que suelen significar 'doctrina', 'sistema', 'escuela' o 'movimiento'. Socialismo, platonismo, impresionismo*. Esto es, elevar a la igualdad como derecho y garantía constitucional, al rango de valor ontológico supremo, junto a la vida y a la libertad, y esto no es lo que prescribe nuestra Carta Magna, ni el supremo estamento judicial argentino. Consideramos que es un error en el que se incurre peligrosamente en los tiempos posmodernos, el considerar que la igualdad es un valor ontológico (o al menos, constitucional) y que ésta está por encima del valor supremo de la libertad, e incluso de la vida.

Por su parte, el privilegio es la ruptura del principio de igualdad ante la ley. Hay privilegio cuando a dos personas en exactamente la misma situación jurídica, se le reconoce a uno mayores, mejores o más derechos que al otro, consagrándose así una injusta situación contraria al principio de equidad. En materia de derecho de obligaciones (que los procesos concursales no son, sino procedimientos especiales del derecho de obligaciones, para las hipótesis de cesación de pagos, de

⁴⁴⁴ Son algunos ejemplos: Boetto S. c/Sotomayor M.C.A. y otros s/Rec. De inconstitucionalidad. Juicio ejecutivo". Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Voto Dr. Vigo, 06-07-2005; y en particular el Boletín de la Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN: “Equidad (Panorama)” de septiembre de 2023 (<https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/95/documento>).

⁴⁴⁵ CSJN: Fallos: (230:304).

⁴⁴⁶ CSJN: Fallos (175:116).

insolvencia, o de crisis económicas o financieras, según cada caso), Vélez Sarsfield lo definía en el viejo art. 3875 CC como el derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro⁴⁴⁷. La propia definición dejaba en claro que es tan “grave” la ruptura del principio de igualdad (*pars conditio creditorum*), que los privilegios sólo podían (y pueden) tener por objeto la ley. Incluso tomando disposiciones legales supranacionales, como hace Gabriela Boquín⁴⁴⁸ (para citar una de las juristas que con más celo defiende el derecho de hipervulnerables en el proceso concursal). Posición que creemos muy interesante –además de versada– en el caso de sociedades unipersonales o quiebras de personas humanas, con titulares insolventes.

La propia ley concursal establece que, existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en ella. No hay privilegio sin ley y no pueden crearse por voluntad de las partes. El viejo art. 3876 CC era muy claro al respecto, y el actual 2574 CCC, lo ratifica. Eso sí, salvando los créditos laborales, todos los privilegios son renunciables o postergables e incluso en el concurso preventivo, el acreedor laboral puede renunciar a su privilegio, el que renacerá en caso de quiebra indirecta.

La ley es reacia a crear privilegios. En particular, la concursal. Los privilegios, en definitiva, perjudican a los acreedores no privilegiados, que –merced al principio de *pars conditio creditorum*– es casi seguro que terminarán percibiendo sumas inferiores al del capital adeudado. Y eso, conspira contra el crédito en general como variable económica.

Queremos decir, todo el sistema económico, es un sistema en el más estricto sentido de la palabra. Podrá ser más, o menos funcional, más o menos racional, pero es un sistema, y el sistema de créditos es el lubricante de dicho sistema, es el que facilita las transacciones, les da fluidez (de allí la comparación con el material lubricante), y permite una relativamente armónica circulación de corrientes (flujos) económicas reales (de bienes y servicios) y flujos económicos ideales o monetarias (el flujo de dinero). Pero si nos limitásemos al dinero físico, las transacciones se verían acotadas, limitadas a la cantidad de dinero disponible: lo que permite el incremento de los flujos reales, es el crédito. Esa es la razón por la cual, se protege el crédito y la razón por la cual el principio de *pars conditio creditorum*, o *pari passu*.

La introducción de preferencias extralegales (o supra legales) para los acreedores vulnerables o hipervulnerables, en materia concursal, no implica reforzar el principio de igualdad, sino una clara ruptura al principio de igualdad, al conferirles preferencias de pago que la ley no concede, tal vez por no haberlas previsto en las hipótesis legales.

El problema radica en que la cuestión suele derivar, particularmente en el caso de quiebra, en trasladar la situación a un cuestionamiento al art. 239 LCQ sobre las prioridades de pago, agudizando así el perjuicio generado a los acreedores. En los últimos años, se ha advertido que, frente a la quiebra (tanto de personas humanas, como de personas jurídicas), se ha tratado de brindar un superprivilegiada no previsto en la ley concursal a las personas en situación de hipervulnerabilidad, en detrimento de los acreedores legítimos del proceso. En la conferencia inaugural del IV Congreso Argentino de Derecho Concursal y II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, el jurista alemán Karsten Schmidt expresó que, dentro del sistema capitalista, la renta del empresario es privada, mientras que, en la quiebra, el empresario socializa las pérdidas. La introducción de un acreedor

⁴⁴⁷ Nos referimos a la vieja definición del derogado Código Civil, en lugar de referenciamos en el vigente art. 2573 CCC, atento a que aquella ponía el acento en la preferencia de la persona del acreedor, mientras que la actual definición, pone al crédito como titular de la preferencia y no al acreedor.

⁴⁴⁸ BOQUÍN, Gabriela Fernanda: “Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID 19”, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA Deonomi, Año III – Nº 3 (2020) (Número especial: Pandemia y emergencia empresarial), pág. 24.

involuntario, en particular el vulnerable, a la masa pasiva falencial, implica -de alguna manera- la privatización del pasivo para con tales acreedores, que son absorbidos por los acreedores, en lugar de hacerlo el estado, conforme analizamos más arriba. Dicho en otros términos: los acreedores falenciales, no sólo soportan la pérdida (daño) por la falencia, sino que también se hacen cargo de las responsabilidades del fallido y del estado, al ver mermado su dividendo falencial a favor del hipervulnerable.

Creemos que todos aquellos funcionarios judiciales, del ministerio público y magistrados que ciegamente disponen de beneficios de diversa índole a los hipervulnerables, sólo por su condición, sin considerar otros elementos y sin comprender que, al hacer incidir el costo sobre personas particulares no responsables, sólo logran que se aumenten las tasas de riesgo, se restrinja el crédito y aumente -en definitiva el costo argentino-. No se trata de justicia distributiva de “quitar al pudiente para darle al hipervulnerable”, se trata de que el pudiente, por deleznable que fuere, no tiene por qué soportar sobre su peculio el costo de la vulnerabilidad ajena, ya que -como se dijo- es responsabilidad primera de quienes los colocaron en tal situación y, subsidiariamente, del estado⁴⁴⁹, conforme a toda la normativa vigente.

3. LA CUESTION EN EL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS.

Pero estas apreciaciones jusfilosóficas y constitucionales, tienen efectivo apoyo en el derecho societario de crisis, como venimos postulando hace años, sosteniendo que ante la infrapatrimonialización quiénes deben asumir la responsabilidad son los socios –art. 1 LGS- además de los administradores –art. 99 LGS-, lo que elimina doctrinalmente lo que la doctrina mayoritaria – incluso de la Corte- viene sosteniendo en un sentido u otro. La no inconstitucionalidad del art. 240 LCQ debe directamente introducir en las acciones de responsabilidad que prevé la LGS y no descarta la LCQ que agrega otras vías.

4. CONCLUSIONES:

Premisa esencial: estamos suponiendo que se privilegie (o no) el crédito del acreedor en situación de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, exclusivamente destinado a mitigar su situación y no de un mero crédito monetario generado por otras circunstancias ajenas al padecimiento humano.

1. Así como la vejez, la minusvalía o discapacidad, las cargas de familia, la falta de trabajo, la falta de salud entre otras situaciones, son contingencias sociales cuya atención ha asumido el estado a través del sistema de la seguridad social, consideramos que la vulnerabilidad social deviene del precario funcionamiento y crisis de tal sistema.

2. La igualdad ante la ley no es un derecho ontológicamente superior a la vida, a la libertad, y considero que tampoco al derecho a la propiedad, por lo tanto, nadie puede ser privado de ninguno de tales valores en aras de una supuesta igualdad.

⁴⁴⁹ En similar sentido: CORRADO, Florencia: Doctrina Societaria y Concursal Tomo XXXV – 2023, N° 430 - Setiembre 2023: “Los hipervulnerables ponen en jaque al estado”: “el Estado tiene el deber de debida diligencia en materia de derechos humanos, siendo responsable principal o solidario, dependiendo el caso, por acción u omisión, y los jueces, debido al deber de control de legalidad y convencionalidad, dictan sentencias forzándolos a cumplir con su obligación. Como dijo el procurador y reitero, deben exigirle al Estado un compromiso real y acciones positivas y concretas para superar los obstáculos y resolver una situación de desequilibrio. Como mencioné en el foro de “El arca”, es el Estado quien firmó y ratificó los tratados y se comprometió a otorgar una tutela especial a los hipervulnerables, obligándose a acatar los mismos garantizando los derechos de sus ciudadanos”.

3. Como bien expresa Corrado, más arriba, es el Estado quien -mediante la suscripción de una pléyade de tratados internacionales de rango supra legal- ha asumido el deber de protección de las personas en situación de vulnerabilidad e hipervulnerabilidad.

4. En tal sentido, el conceder privilegios a los acreedores hipervulnerables, haciendo recaer el costo de los mismos a los acreedores falenciales (o concursales, llegado el caso), implica un menoscabo al principio de igualdad entre acreedores, pero más grave aún;

5. Implica que el estado privatiza el costo de proteger, amparar y resolver los problemas de los acreedores vulnerables de hipervulnerables.

6. Es decir, el proceso falencial socializa el daño que genera la crisis financiera o económica, y el estado se aprovecha de ello, privatizando en cabeza de los acreedores falenciales el costo de la protección de los vulnerables e hipervulnerables.

7. Como ya expresamos con anterioridad, el estado, a través de los enormes gastos que efectúa en materia de ayuda social, y a través de los amplios recursos de la seguridad social que percibe a trabajadores en relación de dependencia y a empleadores, quien otorgue la cobertura final, aunque subsidiaria) a la desprotección en que queda sumido el hipervulnerable en estos procesos, ya que -en definitiva- el bienestar general, no es sino el primero y más claro objetivos del estado, plasmado en el mismo Preámbulo de nuestra Carta Magna.

8. Finalmente, conceder en procesos judiciales, derechos y privilegios de diversa índole a los hipervulnerables, sólo por su condición, sin considerar otros elementos y sin comprender que, al hacer incidir el costo sobre personas particulares no responsables, sólo logran que se aumenten las tasas de riesgo, se restrinja el crédito y aumente -en definitiva el costo argentino-. No se trata de justicia distributiva de "quitar al pudiente para darle al hipervulnerable", se trata de que el pudiente, por deleznable que fuere, no tiene por qué soportar sobre su peculio el costo de la vulnerabilidad ajena, ya que -como se dijo- es responsabilidad primera de quienes los colocaron en tal situación y, subsidiariamente, del estado, conforme a toda la normativa vigente. Las soluciones propugnadas en otro sentido no son justas y son profundamente inconstitucionales, toda vez que se priva de derechos patrimoniales fundados en razones que sólo competen al estado.